

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**¿LO QUE PASA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA SE QUEDA SOLO EN LA
RELACIÓN OBLIGATORIA?**

**LA OponIBILIDAD DEL CRÉDITO FRENTE A TERCEROS Y EL PRINCIPIO
DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Alejandro Joel Ramos Támara

Código 20111025

Asesor

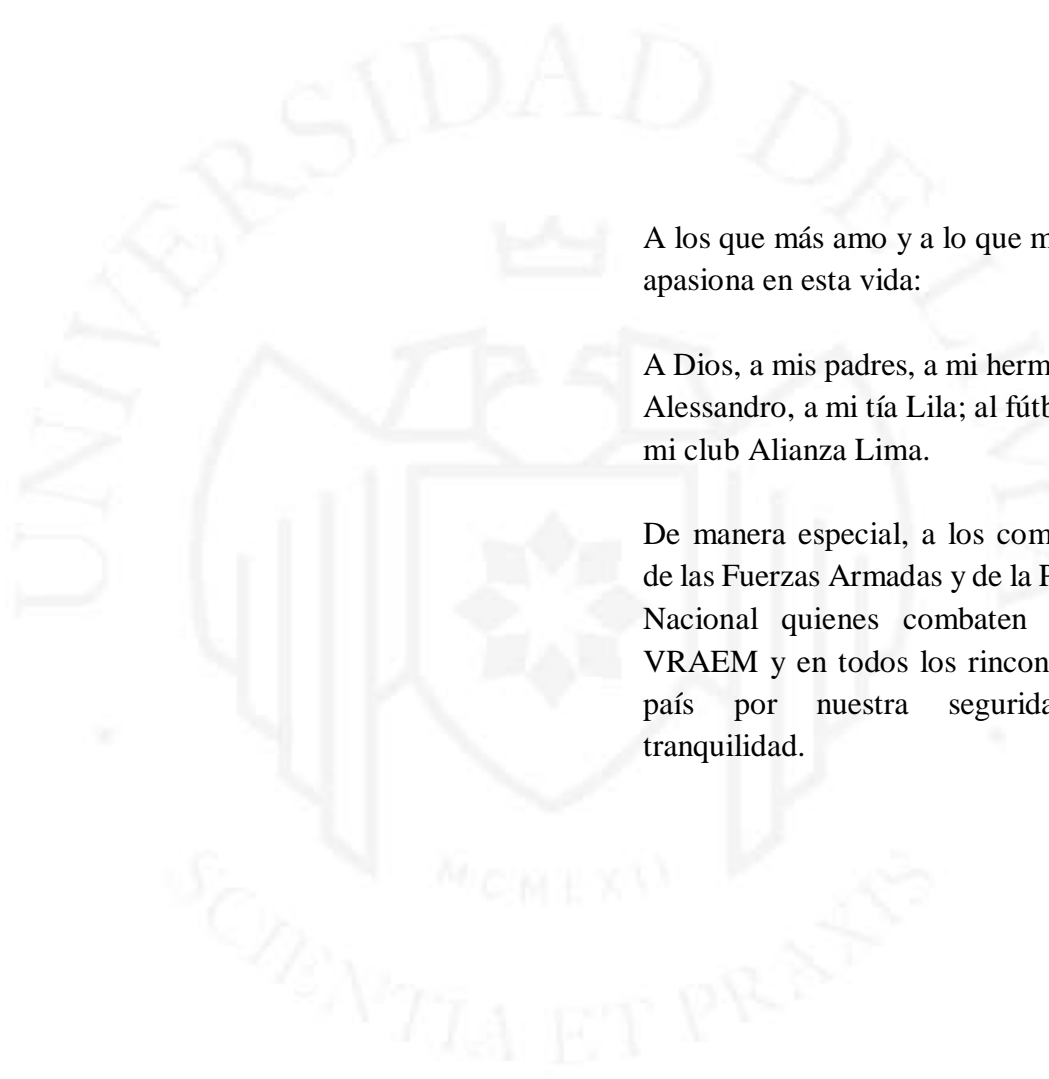
Luciano Juan Luis Barchi Velaochaga

Lima - Perú

Junio del 2019



**¿LO QUE PASA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA SE
QUEDA SOLO EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA?
LA OPONIBILIDAD DEL CRÉDITO FRENTE A
TERCEROS Y EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD
CONTRACTUAL**



A los que más amo y a lo que más me apasiona en esta vida:

A Dios, a mis padres, a mi hermano, a Alessandro, a mi tía Lila; al fútbol y a mi club Alianza Lima.

De manera especial, a los comandos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional quienes combaten en el VRAEM y en todos los rincones del país por nuestra seguridad y tranquilidad.

AGRADECIMIENTOS

Sin duda alguna debo agradecer primero a las personas y a las pasiones a las cuales dedico esta investigación. A Dios por regalarme la vida. Por haberme dado la fuerza y la fe necesarias para poder realizar este trabajo y muchas cosas más. Sin él ya hubiera estado perdido desde hace tiempo en todo. A mis padres, por educarme desde muy pequeño con mucho amor y dedicación y también por la infinita paciencia que me tuvieron -día a día- en el transcurso de la preparación de esta investigación. Muchas gracias por esperarme. Este trabajo es suyo.

A mi hermano, por la bendita perseverancia y fuerza que sacaba en los momentos más difíciles que nos tocó vivir. Esa tenacidad me ayudó a continuar con mis objetivos. A mi sobrino Alessandro, pues a pesar de ser tan pequeñito supo tenerme paciencia cuando no podía jugar con él a la pelota porque tenía que continuar con el desarrollo de este trabajo. A mi tía Lila, por su enorme nobleza y porque desde niño me cuidó y me amó al igual que mis padres. Tu memoria estará presente siempre en mi corazón.

Al fútbol, bendito deporte que hizo que creciera como deportista y como persona. La mentalidad y la garra propias de ese juego hizo que también le pusiera corazón al desarrollo de esta investigación. Gracias por existir pelotita querida. A mi amado Club Alianza Lima, que me ha dado muchas sonrisas y lágrimas, pero ese amor por la blanquiazul -aunque parezca algo sin sentido o una locura- es la que también me ayudó a culminar esta tarea. ¡Corazón para ganar!

Debo agradecer a los comandos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional quienes luchan en el VRAEM y en todos los rincones del país por lograr la pacificación nacional. A los que ya se fueron y a los que aún están. A ellos, que no dudan ni un segundo en dar su vida por nosotros, que sacrifican su futuro por el nuestro, ¡Muchas gracias! Esta investigación y muchas otras cosas que hacemos en la vida son posibles gracias a su trabajo, pues si no estuvieran ustedes, el terrorismo y la delincuencia nos estarían matando ahora mismo sin piedad.

Mi agradecimiento especial también -con mucho aprecio- a Sebastián Basombrío Dughi, Emily Horna Rodríguez y Jaime Miranda Gómez, excelentes seres humanos y profesionales, de quienes aprendí muchísimo durante todo el tiempo que practiqué, con los dos primeros, en el Estudio Echeopar y, con el último, en el Estudio Amprimo. Gran parte de mi desarrollo personal y profesional se los debo a ellos. Gracias por toda su paciencia y por cada lección aprendida.

Por último y no menos importante, quiero agradecer también a los profesores Luciano Barchi Velaochaga -quien no dudó en asesorarme en la preparación de este trabajo y cuyos inteligentes comentarios me ayudaron mucho-, Marco Ortega Piana -quien, con la ferviente pasión que lo caracteriza, me enseñó durante cuatro ciclos continuos- y Juan Espinoza Espinoza, pues sus rigurosas y grandiosas clases hicieron que naciera en mí el gusto por el Derecho Civil Patrimonial. Del mismo modo, mi sincero agradecimiento también a los profesores Luis Alberto Liñán Arana y Henry Huanco Piscoche quienes, además de sus valiosas enseñanzas en cada clase, me dieron la oportunidad de dar mis primeros pasos en la docencia.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	10
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I: SOBRE LA NOCIÓN DE OPONIBILIDAD EN EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1.1	La oponibilidad en los Derechos Reales y en los Derechos Personales.....	18
1.1.1	Teoría Dualista o Clásica.....	22
1.1.2	Teoría Pluralista.....	26
1.1.3	Teoría Monista Realista.....	28
1.1.4	Teoría Monista Obligacionista.....	29
1.1.5	Posición personal.....	31
1.1.5.1	¿Cuál es la posición que adopta nuestro Código Civil?.....	31
1.1.5.2	Las incongruencias internas en el Sistema de Derecho Civil Patrimonial.....	36
1.1.5.3	La oponibilidad en las relaciones jurídico patrimoniales.....	42

CAPÍTULO II: LA OPONIBILIDAD DEL CRÉDITO FRENTE A TERCEROS Y LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL

2.1	Sobre la noción de relación jurídica y las situaciones jurídicas subjetivas.....	60
2.1.1	El derecho subjetivo y su contenido.....	65
2.1.2	El deber jurídico y su contenido: el deber jurídico como medio de realización y el deber jurídico como medio de protección o como deber genérico de no dañar a nadie (“ <i>alterum non laedere</i> ” o “ <i>neminem laedere</i> ”)	71
2.2	La tutela aquiliana del crédito.....	77
2.2.1	El tratamiento de la tutela aquiliana del crédito en los principales ordenamientos europeos.....	79
2.2.1.1	Derecho alemán.....	79
2.2.1.2	Derecho francés.....	80
2.2.1.3	Derecho español.....	82
2.2.1.4	Derecho italiano.....	83
2.2.2	Los argumentos en contra de la tutela aquiliana del crédito y las inconsistencias de cada una de ellas.....	89
2.2.2.1	Sobre los derechos subjetivos absolutos -oponibles <i>erga omnes</i> - y la exclusión al crédito.....	90
2.2.2.2	Sobre el principio de relatividad contractual y la noción de oponibilidad.	93
2.2.2.2.1	Lo que es el principio de relatividad contractual.....	96
2.2.2.2.2	Las excepciones al principio de relatividad contractual.....	97

2.2.2.2.3	La diferencia entre el principio de relatividad contractual y la oponibilidad.....	121
2.2.3	La tutela aquiliana del crédito y su reconocimiento por el VII Pleno Casatorio Civil.....	128
2.2.4	Los supuestos de lesión de crédito por un tercero y la delimitación del supuesto materia de nuestra investigación.....	130
2.2.5	Lesión del derecho de crédito a causa de la actuación conjunta entre el deudor y el tercero y su tratamiento en nuestro sistema jurídico.....	132

CAPÍTULO III: ASPECTOS PROCESALES A TENER EN CUENTA A EFECTOS DE OBTENER UNA OponIBILIDAD PLENA EN ALGUNOS PACTOS PERSONALES: LA INEFICACIA DEL NEGOCIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN ANTE UNA AMENAZA DE CONFIGURACIÓN DE DAÑOS Y COMO MEDIOS DE MITIGACIÓN Y REPARACIÓN DEL PERJUICIO

3.1	EL PACTO DE <i>NON CEDENDO</i> Y EL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO.....	135
3.1.1	Los requisitos necesarios para obtener una protección plena: la condición de tercero y la onerosidad de la operación.....	138
3.1.2	Sobre la pretensión que debería formularse ¿cuál es el remedio que debería aplicarse a fin de hacer oponible este pacto?.....	149
3.1.2.1	Ineficacia estructural.....	149
3.1.2.1.1	La supuesta nulidad por la vulneración de una norma imperativa.....	154
3.1.2.1.2	La supuesta nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible.....	186
3.1.2.1.3	La supuesta nulidad por la vulneración del orden público y las buenas costumbres.....	198
3.1.2.1.4	La supuesta nulidad por fin ilícito.....	212
3.1.2.2	Ineficacia en sentido estricto.....	243
3.1.2.2.1	La legitimidad para contratar: legitimidad originaria o directa, derivada o indirecta y restringida o limitada.....	245
3.1.2.2.2	La ratificación del contrato celebrado por quien tiene la legitimidad para contratar restringida o limitada y por quien carece de la misma.....	252
3.1.2.2.3	La consignación del pago de parte del cedido.....	262
3.1.2.2.4	El conocimiento sobreviniente del pacto de <i>non cedendo</i> de parte del cesionario.....	265
3.1.2.2.5	Sobre la formalidad de la ratificación del contrato de cesión de crédito.....	276
3.1.2.2.6	¿A quién debe comunicar el cedido su decisión de ratificar el contrato de cesión? ¿Solo al cedente, al cesionario, o a ambos?.....	282
3.1.2.2.7	¿Cuál es el plazo que tiene el cedido para ratificar el contrato de cesión?.....	283
3.1.2.2.8	¿La obligación de no transferir el crédito se transmite a los herederos del acreedor?.....	286
3.1.2.2.9	¿Quién es el sujeto legitimado para demandar la ineficacia del contrato de cesión?.....	288

3.1.2.2.10	¿Cuál es el plazo que tiene el cedido para solicitar la ineficacia del contrato de cesión?.....	290
3.1.2.2.11	Sobre la ejecución forzada de la obligación de no ceder un crédito.....	292
3.1.3	Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil a efectos de que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria plena.....	299
3.1.3.1	Antijuridicidad.....	302
3.1.3.1.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	326
3.1.3.1.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	330
3.1.3.2	Nexo de causalidad.....	336
3.1.3.2.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	337
3.1.3.2.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	338
3.1.3.3	Factor de atribución.....	346
3.1.3.3.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	347
3.1.3.3.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	351
3.1.3.4	Daño.....	368
3.1.4	Sobre los plazos de prescripción de las pretensiones resarcitorias y de la ineficacia del contrato de cesión.....	371
3.2	EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO.....	377
3.2.1	Cuestión previa: no todos los pactos de exclusividad atentan contra la libre competencia.....	378
3.2.2	Algunos comentarios a la definición de suministro establecida por el Código Civil.....	381
3.2.2.1	Sobre los bienes que pueden ser objeto de un suministro.....	382
3.2.2.2	¿Suministro en propiedad, suministro en uso, arrendamiento comodato o mutuo?.....	383
3.2.3	Algunos comentarios a la regulación del pacto de exclusividad en el Código Civil.....	387
3.2.3.1	¿La exclusividad pactada a favor del suministrado contraviene el artículo 882 del Código Civil?.....	388
3.2.3.2	El camuflaje del incumplimiento del pacto de exclusividad.....	392
3.2.3.3	Sobre la razonabilidad del pacto de exclusividad.....	394
3.2.3.4	¿El pacto de exclusividad está sujeto a un determinado plazo?.....	397
3.2.3.5	Sobre el incumplimiento del pacto de exclusividad.....	409
3.2.4	Los requisitos necesarios para obtener una protección plena: la condición de tercero y la onerosidad de la operación.....	412
3.2.5	Sobre la pretensión que debería formularse ¿cuál es el remedio que debería aplicarse a fin de hacer oponible este pacto?.....	415
3.2.5.1	Ineficacia estructural.....	415
3.2.5.1.1	La supuesta nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible.....	416
3.2.5.1.2	La supuesta nulidad por la vulneración del orden público y las buenas costumbres.....	419

3.2.5.1.3	La supuesta nulidad por fin ilícito.....	423
3.2.5.2	Ineficacia en sentido estricto.....	434
3.2.5.2.1	La legitimidad para contratar: legitimidad originaria o directa, derivada o indirecta y restringida o limitada.....	434
3.2.5.2.2	La ratificación del contrato celebrado por quien tiene la legitimidad para contratar restringida o limitada.....	437
3.2.5.2.3	El conocimiento sobreviniente del pacto de exclusividad.....	444
3.2.5.2.4	Sobre la formalidad de la ratificación del contrato.....	449
3.2.5.2.5	¿A quién debe comunicar el beneficiario de la exclusividad su decisión de ratificar el contrato? ¿Solo a su contraparte, al tercero, o a ambos?.....	450
3.2.5.2.6	¿Cuál es el plazo que tiene el beneficiario de la exclusividad para ratificar el contrato?.....	451
3.2.5.2.7	¿Quién es el sujeto legitimado para demandar la ineficacia del contrato?.....	452
3.2.5.2.8	¿Cuál es el plazo que tiene el beneficiario de la exclusividad para solicitar la ineficacia del contrato?.....	453
3.2.5.2.9	Sobre la ejecución forzada del pacto de exclusividad.....	453
3.2.6	¿Cuál sería el tipo de medida cautelar que podría solicitar el beneficiario de la exclusividad antes o durante el proceso de ineficacia que haya iniciado?.....	455
3.2.7	Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil a efectos de que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria plena.....	460
3.2.7.1	Antijuridicidad.....	461
3.2.7.1.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	462
3.2.7.1.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	464
3.2.7.2	Nexo de causalidad.....	466
3.2.7.2.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	467
3.2.7.2.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	468
3.2.7.3	Factor de atribución.....	471
3.2.7.3.1	Análisis desde la óptica del deudor.....	472
3.2.7.3.2	Análisis desde la óptica del tercero.....	474
3.2.7.4	Daño.....	478
3.2.8	Sobre los plazos de prescripción de las pretensiones resarcitorias y de la ineficacia del contrato.....	482
CONCLUSIONES.....		484
REFERENCIAS.....		486

INTRODUCCIÓN

Una de las categorías jurídicas que ha cobrado mayor importancia en las últimas décadas es, sin lugar a dudas, el crédito. El mercado ya no gira solo en torno a la propiedad predial el cual fue el foco de atención de la mayoría de las economías del mundo por muchos siglos. Y es que, durante mucho tiempo, los sistemas económicos -y con él, los sistemas jurídicos- solo se enfocaban en dar una mayor protección al titular de un predio que ejerza sobre el mismo un determinado derecho. Como consecuencia de ello, las distintas legislaciones se ocuparon en dar un mayor tratamiento a los derechos sobre ese tipo de bienes.

El interés por dichos derechos fue tanto que, incluso dentro del conjunto general de los derechos sobre bienes, algunas legislaciones no dudaron en realizar una división en ella que coloque por un lado a los derechos sobre bienes que ostenten una “mayor relevancia o jerarquía”, agrupándolos en una lista cerrada *-numerus clausus-* y a los cuales bautizaron con la denominación de derechos reales y, por el otro, dejaron de lado a los demás derechos sobre bienes que no tengan la “calidad” necesaria para ser “reales” y a otros derechos en los cuales no se encuentren de por medio un bien a los cuales la doctrina, la jurisprudencia e incluso las mismas legislaciones denominan derechos personales.

Esta división entre “reales” y “personales” es desarrollada en doctrina por la corriente teórica denominada como la dualista clásica. Según esta teoría las relaciones jurídico-patrimoniales están compuestas solo por derechos reales y personales. Las primeras son “absolutas” y las segundas “relativas”. En base a dicha clasificación se ha concluido de modo arbitrario y sin sustento alguno que los derechos reales son los únicos que gozan de una oponibilidad *erga omnes* mientras que los derechos personales tienen una oponibilidad mucho menor: solo *inter partes*.

Como consecuencia de ello, cuando una persona lesionaba a un bien sobre el cual un sujeto ejercía un determinado derecho real, esta podía hacer valer su derecho (cese de la afectación a través de la recuperación y/o refacción del bien) en cualquier momento y sin temor a que su pretensión sea rechazada pues, quien lesionaba un derecho real, por el hecho de ser “real”, lesionaba algo igual o similar a la vida misma.

Sin embargo, cuando se pretendía oponer un crédito a un determinado sujeto que no era parte de la relación contractual por haber lesionado dicho derecho, no se dudaba en negar rotundamente tal posibilidad en atención a la “suprema” relatividad del derecho personal de crédito según la cual los contratos solo surten efectos entre las partes contratantes y nadie más (a diferencia de los derechos reales que -según los dualistas- sí podían ser opuestos a todos los demás). En ese contexto, los acreedores no podían dirigirse contra los terceros que lesionaban su derecho, y no les quedaba más remedio que asumir ese riesgo cuando contrataban.

Esta forma de concebir a las relaciones jurídico patrimoniales, sin embargo, no marchaba en el mismo sentido de la evolución de las relaciones económicas y, muy por el contrario, era un freno seco y constante que el derecho ejercía sobre la realidad, lo cual resulta un serio y grave despropósito, pues, como sabemos, el derecho debe estar alineado a la realidad, inspirarse en ella, servir y contribuir a su avance y no “adelantarse” en su recorrido para detenerla.

Ese escenario y el vertiginoso avance de la realidad económica han determinado que los agentes de mercado tengan un mayor interés en la protección de sus créditos y en la búsqueda de mecanismos legales que les permitan tener la seguridad de que los mismos van a ser cumplidos y, en caso de que sean lesionados, encontrar los remedios necesarios para que sean tutelados.

Uno de los mayores inconvenientes que se ha presentado en la búsqueda de dicho objetivo es justamente la problemática surgida en torno a la lesión del crédito por causa imputable -no al deudor, que es lo más común- sino a un tercero. Este tema ha generado mucha polémica a nivel de la doctrina y la jurisprudencia comparada, no solo por las diversas hipótesis existentes en las cuales un tercero puede lesionar un crédito, sino por las corrientes clásicas que se oponían a admitir tal posibilidad. Sin embargo, resulta alentador saber que poco a poco las nuevas corrientes de opinión y también las legislaciones se han ido mostrando de forma favorable a otorgar protección al acreedor lesionado y permitir que este se dirija sin problema alguno contra dicho tercero.

Creemos que nuestro país no constituye la excepción a esa nueva corriente y que es posible encontrar en nuestro sistema jurídico -como se desarrollará en la presente investigación- herramientas a partir de las cuales se pueda construir una tesis que permita otorgar al acreedor lesionado tutela efectiva no solo frente al deudor, sino también frente al tercero. Veamos a continuación cuál es el problema concreto al cual pretendemos dar solución, los objetivos que con

ello buscamos alcanzar y la hipótesis de solución con la cual pretendemos dar respuesta al señalado problema:

Objetivo General:

Analizar y demostrar que las situaciones jurídicas subjetivas “personales” -tales como el crédito o el derecho potestativo - gozan de un mismo nivel de tutela, alcance -oponibilidad *erga omnes*- y protección frente a terceros al igual que las situaciones jurídicas subjetivas “reales” tales como la propiedad o cualquier otro derecho real.

Objetivos Específicos:

(i) Sobre la base de expuesto, se busca demostrar, a partir de un análisis del deber genérico de no dañar a nadie, de la categoría de la ineficacia del negocio jurídico y de otras instituciones más, que los créditos son perfectamente susceptibles de ser opuestos frente a terceros cuando estos, conociendo o pudiendo conocer fehacientemente de la existencia de los mismos, los lesionan conjuntamente con el deudor sin tener en cuenta el contenido de cada uno de ellos.

(ii) Demostrar que para hacer efectiva la oponibilidad del crédito frente al tercero y al deudor no es necesario “esperar” a que, una vez lesionado el mismo, se verifique un daño cierto y, recién en ese momento, conformarse con solicitar un resarcimiento a ambos, sino que es posible que, con la sola verificación del hecho que da lugar a la lesión al crédito, el acreedor ya podría solicitar que se impida la ejecución de los actos que puedan implicar una transgresión a su derecho y, de ese modo, evitar que se le ocasione un daño.

(iii) A efectos de demostrar lo expuesto precedentemente, a partir de un análisis sistemático se delimitará el contenido de, entre otras, las siguientes categorías: la oponibilidad de los derechos patrimoniales (reales y personales), la libertad de contrato y sus límites, el principio de relatividad de los contratos y sus excepciones, la buena fe en la contratación, el deber genérico de no dañar a nadie (“*alterum non laedere*”), la ineficacia del negocio jurídico y los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil.

Planteamiento del problema:

El artículo 1210 del Código Civil establece lo que en doctrina se conoce como el pacto de *non cedendo*. Este es un acuerdo a través del cual el acreedor se compromete a no transferir el crédito que tiene a su favor. Más allá de las peculiaridades que puede tener este pacto, como son el plazo, la formalidad, las garantías y otros más, lo que llama la atención y es lo relevante para efectos del presente trabajo es lo establecido por el segundo párrafo del señalado artículo. Este indica lo siguiente: “*El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión*”.

Como se observa, el pacto de *non cedendo* puede ser opuesto sin ningún problema al cesionario que pretende adquirir el crédito del acreedor. De una simple y parca lectura del artículo mencionado podría no advertirse nada relevante; sin embargo, el mismo tiene un trasfondo fundamental en cuanto al grado de tutela que deberían tener todas las situaciones jurídicas subjetivas dentro del sistema del Derecho Civil Patrimonial. Veamos:

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es que el cesionario es, en buena cuenta, un tercero respecto de la relación obligatoria que existe entre el acreedor (cedente) y el deudor (cedido). Este es un punto fundamental en el marco de la investigación, pues tradicionalmente y hasta ahora -como se ya se adelantó-, un sector de la doctrina no ha dudado en señalar uniformemente que las relaciones obligatorias que nacen a través de los contratos u otras fuentes obligacionales solo son susceptibles de ser opuestas *inter partes*. No es posible que a un tercero le alcancen de ningún modo los efectos de una relación jurídica de la cual no participó. Relatividad contractual le llaman a este precepto “universal” dentro del derecho de los contratos.

Si esta tesis de la relatividad fuera un dogma y, por tanto, algo irrefutable, lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1210 implicaría una abierta vulneración al mismo, pues según ella, el cedido (deudor) se encuentra habilitado para oponer el pacto que celebró con su acreedor (cedente) al cesionario (tercero) que conocía del mismo y, por tanto, actuaba de mala fe al adquirir el crédito de un sujeto que se había comprometido a no transferirlo.

Esto hace que se enfrenten algunas categorías jurídicas en conflicto como son, entre otros, los siguientes: el principio de relatividad contractual, la libertad de contrato, la buena fe, el *alterum*

non laedere (deber genérico de no dañar a nadie) y otros más. Además de ello, se tiene en frente a una teoría tradicional muy arraigada en varios ordenamientos jurídicos: el dualismo clásico. Como ya se mencionó, según esta teoría solo los derechos reales son susceptibles de ser opuestos *erga omnes*, mientras que los derechos personales solo pueden ser opuestos *inter partes*.

Ahora bien, lo peculiar del escenario expuesto es que la posibilidad de oponer un crédito frente a terceros muy pocas veces es regulada de forma expresa por los sistemas normativos civiles. En el caso peruano el Código Civil lo hizo, pero solo en un supuesto concreto: el pacto de *non cedendo* o de no cesión de un crédito.

Esto hizo que repensáramos un poco más la figura expuesta y lo traslademos a otros pactos personales en los cuales igualmente el crédito de un acreedor -o cualquier otra situación jurídica subjetiva personal- en una relación determinada puede verse vulnerado por la actuación conjunta de su deudor con un tercero, actuación que se ve materializada en la celebración de un contrato entre estos y en los cuales el Código Civil guarda silencio absoluto. Estos supuestos son:¹

- (i) El pacto de exclusividad en el marco de un contrato de suministro.
- (ii) El pacto de preferencia en el caso de una concurrencia de ofertas.
- (iii) El caso del contrato de opción.

El problema de las categorías jurídicas en conflicto que se presenta en el caso del pacto de *non cedendo* se puede trasladar igualmente a los supuestos establecidos precedentemente con las peculiaridades adicionales que cada uno de ellos tiene como son el plazo del pacto, si es oneroso o gratuito, si se encontraba inscrito o no, y otros más los cuales determinan que el problema planteado se torne más interesante.

A modo de ejemplo, veamos el problema que se presenta en uno de los pactos mencionados: el acuerdo de exclusividad en el contrato de suministro. Como bien sabemos, por este pacto se acuerda que una de las partes del contrato solo ejecute prestaciones de forma exclusiva a favor de la otra. Imaginemos un pacto de exclusividad a favor del suministrado. Esto

¹ Cabe precisar que estos supuestos son meramente referenciales, pues la realidad comercial puede superar por mucho a ella, pudiendo existir otros pactos personales atípicos (nominados e innominados) que igualmente merezcan el mismo grado de tutela que los que mencionamos ahora.

implica que el suministrante no podrá contratar con otros sujetos a los cuales pueda proveer de los mismos bienes que entrega al suministrado.

Este último es el que únicamente puede gozar de ese beneficio durante el tiempo que dure la exclusividad. Siendo ello así, nos preguntamos ¿qué ocurre si un tercero -competencia del suministrado-, teniendo pleno conocimiento del pacto, contrata con el suministrante y se inicia la ejecución prestacional sin importarles la vulneración al pacto de exclusividad y los posibles daños que puedan ocasionar al suministrado? ¿es posible que el suministrado, al igual que en el caso del pacto de *non cedendo*, oponga su crédito al tercero?

Nótese que el tercero podría ampararse en el principio de relatividad contractual ya mencionado anteriormente. De igual modo, podría sostener que goza de la libertad de contrato y, por tanto, que es libre de contratar con quien desee y que la existencia de un crédito ajeno a él no le impediría celebrar un contrato de suministro con el suministrante. Es más, incluso podría estar dispuesto a pagar un resarcimiento conjuntamente con este último al suministrado, pero, de ningún modo, a tolerar que las prestaciones que se vienen realizando a su favor se vean detenidas por el suministrado que pretende oponerle su pacto de exclusividad (crédito).

Creemos que esto último es inaceptable y que el suministrado, en aras de lograr una oponibilidad plena de su crédito, podría solicitar que se declare ineficaz el contrato celebrado entre el tercero y su deudor suministrante y, de ese modo, lograr el cese de la ejecución prestacional.

Ahora bien, respecto del tercero, podría pensarse que ya existe una teoría que fue creciendo a mediados del siglo pasado en Italia y que puede dar de algún modo una respuesta al tema planteado: la tutela aquiliana del derecho de crédito. Si bien el contenido de esta teoría nos ayudará para el desarrollo de la investigación, no es la única que tendremos en cuenta para la solución que vamos a proponer pues la tutela aquiliana del crédito protege al acreedor cuyo crédito ya fue lesionado y soportó un daño cierto, permitiendo a este que se dirija directamente contra el tercero para que este, únicamente, lo indemnice.

El fundamento de dicha teoría no es otra que la responsabilidad civil extracontractual la cual protege al sujeto que lo invoca en la medida que haya soportado un daño susceptible de reparación. En otras palabras, supone la aplicación directa de las normas de la responsabilidad.

Con el presente trabajo pretendemos ir un poco más allá en el análisis: no esperar a que se configure un supuesto de daño para que recién el acreedor pueda oponer su crédito y reclamar un resarcimiento al tercero y a su deudor, sino una vez que este haya incumplido -lo cual implica que haya celebrado un contrato con un tercero que lesiona el crédito del acreedor- pueda dirigirse contra ellos para impedir que dicho contrato se ejecute a través de una declaración de ineficacia y, de ese modo, evitar que se le ocasione un daño (como se verá oportunamente, por lo general es la ejecución del negocio incompatible con el crédito del acreedor el que ocasiona un daño a este último y no la sola celebración del mismo).

Y es que siendo el derecho de crédito un derecho subjetivo cuyo contenido goza de un mismo nivel de protección que las demás situaciones jurídicas patrimoniales, no es necesario estar a la espera de una situación de perjuicio, sino anticiparse a ella y hacer lo necesario para evitar que ocurra.

¿Cómo se podría obtener ese tipo de tutela? para ello, veamos la solución que pretendemos dar al problema expuesto en el planteamiento de nuestra hipótesis:

Hipótesis:

Nuestra hipótesis consiste en realizar un análisis sistemático de los remedios con los que cuenta el acreedor cuyo crédito ha sido lesionado y cuya esfera jurídica ha sido dañada a fin de que encuentre en ellos tutela efectiva. Dichos remedios son: **(i)** la ineficacia del negocio jurídico, en este caso, el celebrado entre el deudor y el tercero, **(ii)** la solicitud de medidas cautelares adecuadas y **(iii)** la responsabilidad civil contractual del deudor y extracontractual del tercero.

El desarrollo de la aplicación de dichos remedios en nuestro sistema jurídico se realizará teniendo en cuenta a algunas categorías jurídicas que son necesarias analizar y que constituyen, algunas el sustento y apoyo de dichos remedios, mientras que otras hacen las veces de “obstáculos” que impedirían su aplicación. Dichas categorías son, básicamente, la buena fe, el deber genérico de no dañar a nadie, la libertad de contrato, el principio de relatividad contractual, y otras más.

A partir de lo expuesto, intentaremos construir una investigación que contribuya un poco más al debate académico que se ha generado en torno a la lesión del crédito por una actuación

conjunta entre el deudor y un tercero y a la posibilidad de que el acreedor oponga dicho derecho subjetivo a ambos. No pretendemos en lo absoluto que el presente trabajo constituya la única salida o respuesta a dicho problema, muy por el contrario, nos daremos por satisfechos con las críticas -constructivas- que se nos realice y a partir de las cuales se apunte a ensayar una mejor solución. Bienvenidas sean entonces las felicitaciones, pero mejor recibidas serán las reprobaciones o el reproche, claro está, con fines de mejorar lo aquí trabajado.

Teniendo todo ello en cuenta, pasemos a desarrollar la hipótesis a partir de la cual pretendemos dar solución al problema planteado. Veamos:



CAPÍTULO I: SOBRE LA NOCIÓN DE OponIBILIDAD EN EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1.1. La oponibilidad en los Derechos Reales y en los Derechos Personales

Antes de iniciar el desarrollo del presente capítulo, es necesario realizar una pequeña aproximación a lo que se entiende por oponibilidad. Al respecto, el Código Civil no establece una definición sobre esta categoría jurídica. Únicamente se limita a hacer referencia expresa a ella en algunos de sus artículos.

De una simple lectura de los pocos artículos (no más de veinte) en los cuales se hace uso del término, se puede concluir que la oponibilidad implica que un sujeto de derecho haga valer una titularidad determinada frente a otro. Es, en pocas palabras, hacer valer un derecho frente a alguien que puede resistirse a ello, porque, entre otras cosas, puede alegar tener una titularidad que es incompatible con la de aquel y pretende que su titularidad prime -o, lo que es igual, sea oponible- frente a la del otro.

Sobre esta categoría, un sector de la doctrina nacional -a la cual nos adherimos- ha sostenido que la misma puede ser entendida en dos sentidos:

“El primer nivel de oponibilidad se refiere a la no perturbación directa del titular en el uso y disfrute de su derecho. Esto implica que nadie podrá entrar a mi casa, privarme de mi carro o robarme mi reloj.

El segundo nivel se refiere a la oponibilidad de mi derecho a supuestos adquirentes de algún derecho con el que sea incompatible. Yo me publicito como titular del derecho, por lo que nadie podrá argumentar que lo adquirió de quien creía tenía facultades para ello, pues pudo diligentemente descubrir que el facultado era otro. La contraparte de esto es que aquel que adquiera un derecho de quien logró publicitar las facultades para otorgarlo, lo adquirirá válidamente, protegiéndose así la libre transmisibilidad y el tráfico de bienes” (Bullard González, 2011, pág. 339).

El primer nivel de oponibilidad está directamente relacionado con lo que se conoce en doctrina como el deber genérico de no dañar a nadie o también conocido como el “*alterum non*

laedere” o “*neminem laedere*”: nadie puede impedir o interferir en la satisfacción de las titularidades ajenas. Sobre este primer nivel de oponibilidad, creemos que es posible entender el mismo en dos sentidos: la primera es una oponibilidad a la cual llamaremos oponibilidad estática o en *stricto sensu* y, la segunda, una oponibilidad a la cual denominaremos dinámica.

La oponibilidad estática implica que el titular de un determinado derecho -sea real o personal como se verá como mayor profundidad más adelante-, por el solo hecho de ostentar dicha titularidad, ya puede hacer oponible su derecho frente a los demás en el sentido de que **estos no pueden vulnerar el mismo**. Por ejemplo, el solo hecho de que yo me encuentre poseyendo un celular implica que **nadie puede interferir en la titularidad que tengo sobre él. Todos deben un respeto a esa titularidad**.

La oponibilidad dinámica, por su parte, implica que un determinado sujeto de derecho pasa por alto el deber genérico de no dañar a nadie y genera una afectación al titular del derecho vulnerado (sea real o personal). En este caso el perjudicado puede dirigirse directamente contra aquel a fin de solicitar, entre otras cosas, un resarcimiento por los daños que se le haya causado.

Esta oponibilidad implica, en otras palabras, defender y/o hacer efectiva mi titularidad (derecho material) ya vulnerado a través de determinados medios procesales (por ejemplo, entre otros, una pretensión resarcitoria, cautelar o de ineficacia) a fin de obtener protección ante el perjuicio ocasionado (o que se viene ocasionando). Parte del supuesto entonces de que ya existe una afectación a la esfera jurídica del sujeto, mientras que la oponibilidad estática no implica una afectación, pero el solo hecho de ser titular de un determinado derecho ya implica un deber de respeto de parte de los demás.

Parafraseando lo señalado por el profesor Bullard, y adelantando que esta noción de oponibilidad estática (y también la dinámica) no se limita solo a los derechos reales sino también a otras titularidades subjetivas como los derechos personales, podemos señalar entonces que esta implica la no perturbación directa del titular de una determinada situación jurídica subjetiva en general. Esto implica que no solo nadie podrá entrar a mi casa, privarme de mi carro o robarme mi reloj, sino que también nadie podrá vulnerar o lesionar mi crédito, derecho que goza del mismo rango o nivel de protección que las demás titularidades subjetivas.

Con relación a la segunda noción de oponibilidad, esta se refiere al conflicto que puede existir entre dos o más titularidades que resultan incompatibles entre sí. Entre ellas se produce una pugna por quién debe prevalecer sobre las demás. Un ejemplo claro de ello se puede evidenciar en el caso de la concurrencia de acreedores sobre un mismo inmueble en el marco de sendos contratos de compraventa con un mismo vendedor.

El artículo 1135 del Código Civil establece que esta pugna la ganará el comprador que primero haya inscrito su derecho de buena fe o, en defecto de inscripción, el que haya adquirido su derecho por medio de un documento de fecha cierta más antigua y, en caso no se cuente con fecha cierta, el que tenga el documento de mayor antigüedad que acredite su derecho². Esto implica que hay varios acreedores que dicen ser propietarios del mismo inmueble pues lo adquirieron del mismo vendedor. ¿Quién será el que finalmente se quede con el bien o, lo que es lo mismo, quién finalmente es el que hará efectivamente oponible su derecho frente a los demás?

Como se mencionó, será el que inscribió primero su derecho de buena fe quién hará valer su derecho (oponibilidad) frente a los demás que no lograron realizar la inscripción o, haciéndolo, procedieron con mala fe. En caso de que no se haya verificado la inscripción, se seguirá el orden de prelación ya mencionado.

Este es pues un caso en el cual se evidencia una incompatibilidad de titularidades (varios adquirentes dicen ser propietarios de un mismo bien). Lo curioso y lo que llama mucho la atención respecto de esta segunda noción de oponibilidad, es que suele reducirse su aplicación únicamente al ámbito de los derechos reales (como es el caso de la concurrencia de adquirentes que acabamos de analizar) y se pierde de vista que, al igual que en el caso de la primera noción que se tiene de la oponibilidad, este segundo nivel también puede presentarse en el caso de otras titularidades subjetivas como es el caso de los derechos personales.

Por ejemplo, es posible que también se presente un caso de concurrencia de acreedores, pero esta vez no en el caso de múltiples ventas de un mismo inmueble, sino en el caso de la cesión de un mismo crédito a varios cesionarios. ¿Cuál de ellos será el que finalmente sea el titular

² Artículo 1135.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

efectivo del crédito transferido o, lo que es lo mismo, quién finalmente es el que hará efectivamente oponible su derecho frente a los demás cesionarios? El artículo 1217 del Código Civil establecía una solución expresa a este problema³. Dicha disposición normativa señalaba que: *“si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiere aceptado”*⁴.

Ahora bien, existe un término que también suele usarse comúnmente y del cual no se tiene una definición precisa: la exclusión. Mucho se habla de oponibilidad y de exclusión a la vez, sobre todo en el ámbito de los derechos reales. Al respecto, somos de la idea de que dicho término es, en puridad, igual al de la oponibilidad, pero solo en algunas de sus acepciones.

Específicamente, creemos que el término exclusión puede usarse perfectamente cuando hablamos de la oponibilidad en sentido estático o cuando se refiere al conflicto que puede existir entre dos o más titularidades que resultan incompatibles entre sí. En estos casos justamente la oponibilidad da lugar a la exclusión.

En el caso de la oponibilidad en sentido estático, por ejemplo, el hecho de que me encuentre poseyendo un celular que compré implica que los demás deben respetar mi titularidad y eso implica justamente que yo excluya a los demás, pues estos no podrán interferir en el uso y goce que ejerza sobre el bien ni podrán reputarse titulares de los mismos. Lo mismo ocurriría con un crédito, si soy titular de uno, los demás también deben respetar mi titularidad y eso implica una exclusión frente a ellos: ninguno podrá interferir en la satisfacción de mi derecho ni reputarse titular del mismo.

³ Dicho artículo fue derogado por la Sexta Disposición Final de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677).

⁴ El análisis de este tema de la concurrencia de cesionarios escapa a los alcances del presente trabajo. Sí debemos precisar que es un tema que resulta interesante y complejo. En efecto, deberá tenerse en cuenta una serie de aspectos para una propuesta de solución. Por ejemplo, el hecho de que actualmente la cesión de un crédito puede ser inscrita en el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos. En ese sentido, deberá analizarse si primará la inscripción de buena fe que se realice en dicha plataforma electrónica sobre otras adquisiciones o si triunfará la primera comunicación que haya realizado -de buena o de mala fe- uno de los cesionarios al cedido, entre otros aspectos más.

Dejamos sentada la curiosidad en el lector para que pueda profundizar sobre este tema. Lo que sí queremos resaltar es -nuevamente- que los supuestos de concurrencia de titularidades no se reducen al ámbito de adquisición de derechos reales, sino que es perfectamente posible que se configure un caso de este tipo respecto a la adquisición de derechos personales, como sería el caso de un crédito.

Lo mismo ocurre con la segunda noción de oponibilidad en el supuesto del conflicto de titularidades, pues tanto en el caso de la concurrencia de los adquirentes de un inmueble como en el de la concurrencia de cesionarios, aquel que finalmente se quede con el inmueble o con el crédito según cumplan con lo dispuesto en los artículos 1135 y 1136 respectivamente, serán quienes, a su vez, excluyan (opongan) sus titularidades frente a los demás sujetos que también pretendían quedarse con los mismos. Oponibilidad (en sentido estático y en el caso de conflicto de titularidades) y exclusión, entonces, son términos equivalentes.

De acuerdo a lo desarrollado preliminarmente hasta ahora podemos concluir, entonces, que tanto la primera como la segunda noción de oponibilidad no solo pueden presentarse en el ámbito de los derechos reales -que es el ámbito al cual se reducía su aplicación casi siempre- sino también es posible aplicarlas perfectamente en el ámbito de los derechos personales, como sería el caso de un crédito.

Para efectos de sustentar esta conclusión a continuación realizaremos un estudio de las principales teorías que explican cómo están compuestas las relaciones jurídicas patrimoniales, pues cada una de ellas postulan una aplicación distinta de la oponibilidad para cada relación jurídica en función a la concepción que tengan de cada una de ellas. Veamos:

1.1.1 Teoría Dualista o Clásica

Según esta teoría, la relación jurídico patrimonial puede ser clasificada en dos categorías: **(i)** las relaciones reales y **(ii)** las relaciones obligacionales o personales. Sobre el origen de esta teoría, el profesor Ghersi señala lo siguiente:

“A partir del siglo XVII recién se hace esta clasificación desde una óptica sustancial y no procesal. El pionero es Hugo Grocio, el cual, tomando como punto de partida el pensamiento nominalista que coloca al ser humano como sujeto de derecho al centro de todo, realiza una clasificación de los derechos subjetivos en reales y personales.

Grocio propone organizar los derechos individuales en dos y hace una distinción ontológica. Distingue los derechos personales de los derechos reales, siendo los derechos personales aquellos que vinculan a personas con las personas y siendo los derechos reales aquellos que vinculan a las personas con las cosas. Hasta antes de eso, en el Derecho Romano la relación

que podría haber de una persona con la cosa o de persona con persona era una relación procesal, estaba en función del procedimiento formulario y no era una relación sustantiva.

El Derecho Romano o romanista si tuvo alguna diferencia entre los derechos de las personas y los derechos de las cosas fue en función de la fórmula. El Derecho Procesal romano se basaba en formulas, no fue una diferencia sustantiva. Es recientemente, con el pensamiento nominalista, que aparece la idea del individuo como centro de la sociedad. Ahora bien, a partir de allí el desarrollo del Derecho Civil ha sido muy ordenado y ha sido tributario de esta clasificación y hemos ido asumiendo de una u otra manera esta división dual. El dualismo ontológico del derecho civil es proverbial. Mayoritariamente se considera que los derechos de las personas o son personales o son reales” (Ghersi Silva, 2011).

En sede latinoamericana, el profesor Guillermo Borda es uno de los juristas más destacados que se inclina por mantener esta clasificación. Al respecto, el profesor Bullard ha identificado las diferencias que el jurista argentino, en base a la teoría que nos encontramos analizando, ha establecido entre ambas relaciones:

- En los derechos reales se encuentran solo dos elementos: el titular y la cosa. En los derechos personales, por el contrario, hay tres elementos: el sujeto activo, sujeto pasivo y la prestación.
- Los derechos reales son absolutos, son oponibles *erga omnes*, dando origen a las acciones reales, cuya finalidad es mantener el derecho, pudiendo ejercerse las veces que sea necesaria para defenderlas. Los derechos personales son relativos, se tienen contra personas determinadas y una vez ejercida la acción para el cobro desaparecen.
- El derecho real otorga un *ius preferendo* por el que descarta a todos los derechos crediticios y determina su rango por antigüedad. El derecho personal supone una igualdad para todos los titulares, salvo el caso de los privilegiados.
- El derecho real concede el *ius perseguendi* por lo que se puede oponer a cualquiera que se encuentre en posesión de la cosa. Sin embargo, no es un principio absoluto y tiene

excepciones (poseedor de buena fe de muebles contra quien no cabe la reivindicación⁵). Los derechos personales no gozan de este privilegio.

- Los derechos reales solo pueden ser creados por ley teniendo número limitado (*numerus clausus*). Los personales resultan ilimitados (*numerus apertus*).
- La transmisión de derecho reales goza de cierta formalidad, normalmente no exigida en los personales.
- Los derechos reales se adquieren por usucapión; los personales no, pues no son susceptibles de posesión (Bullard González, 2011, págs. 232-233).

Estas son las principales diferencias que la doctrina tradicional ha establecido entre ambas relaciones jurídicas. Sin perjuicio de que más adelante demostraremos que muchas de estas distinciones no son correctas⁶, somos de la idea de que, como bien señala el profesor Michele Giorgianni, los principales criterios de distinción que utiliza la teoría tradicional y a partir de la cual se desprenden las diferencias antes establecidas por el profesor Borda, son las siguientes (i) el carácter de la inmediatividad (de los derechos reales) vs mediatividad (de los derechos personales) y (ii) el carácter absoluto (en los derechos reales) vs el carácter relativo (en los derechos personales) (Giorgianni, 1958, págs. 82-83).

“Así, el derecho real es aquel que genera una relación inmediata entre la persona y la cosa, mientras en la obligación solo se llega a la cosa (o en todo caso a la prestación) a través del comportamiento del sujeto obligado [mediatividad]. Por otra parte, el derecho real resulta oponible a todos [carácter absoluto], mientras el derecho personal solo al obligado [carácter relativo]” (Bullard González, 2011, pág. 232). Ahora, si bien la teoría clásica es la que mayor impacto tuvo en la construcción de muchos de los actuales ordenamientos jurídicos en el mundo, las críticas a sus postulados no se hicieron esperar y fueron surgiendo progresivamente.

⁵ Cabe precisar que para que opere esta excepción se requiere que la adquisición del poseedor de buena fe se haya realizado a título oneroso.

⁶ Véase el apartado 1.1.5.3 del presente trabajo.

En efecto, en cuanto a la inmediatividad se refiere, resulta sumamente difícil encontrar dónde radica esta en un derecho real de garantía como la hipoteca (en la cual el acreedor no se encuentra en posesión -inmediatividad- con el bien) o en una servidumbre negativa. Muy por el contrario, y paradójicamente a lo que postula la teoría dualista, un arrendamiento o un comodato, relaciones jurídico personales, sí presentan de forma clara una relación de inmediatividad con la cosa que difícilmente se diferenciará de un derecho real de uso oneroso o gratuito. Asimismo, un arrendamiento, un contrato de opción o un mandato inscritos son oponibles *erga omnes* gracias al mecanismo de reconocibilidad que el registro genera, sin ser, por cierto, derechos reales (Bullard González, 2011, pág. 234).

Con relación al supuesto carácter absoluto de los derechos reales, el profesor Bullard, citando a Giorgianni, establece dos críticas puntuales contra ella. Así, del carácter absoluto, dice el profesor de la PUCP, se puede hablar en dos sentidos:

“Por un lado, el derecho real se verifica por la instauración de una relación entre el titular y todos los miembros de la sociedad que deben observar un deber negativo. Esto obedece a que los derechos reales, a diferencia de los de crédito, pueden ser potencialmente violados por todos y no solo por algunos sujetos determinados (...) **Incluso se puede sostener que el carácter absoluto, así entendido, puede extenderse a derechos de crédito (si alguien impide que me paguen por la fuerza). Entendido en este significado, no podemos decir que sea característico del derecho real.** Además, tampoco describiría la esencia del derecho real, pues no sería el instrumento para la satisfacción del interés del titular (...).

Otro significado es contraponerlo con el principio de la relatividad del derecho de crédito. Uno es ejercitable *erga omnes*, el otro solo contra el deudor. Sin embargo, existen excepciones a tal principio. La propiedad inmobiliaria no inscrita no puede oponerse al tercer adquirente de buena fe, o en la propiedad mobiliaria, está el caso de la adquisición a non domino. Por el contrario, **un arrendamiento [derecho personal] inscrito sí es oponible a terceros**” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, págs. 235-236).

Como se observa, y sin perjuicio de ampliar nuestra opinión más adelante, la teoría tradicional fue perdiendo gran consistencia debido a las incoherencias que evidenciaba, pues, además de lo contradictorio que se advirtió en cuanto al carácter de la immediatez, lo postulado en cuanto al supuesto carácter absoluto de los derechos reales fue más absurdo aún: existen derechos

personales que, sin llevar la etiqueta o el rotulado de “real” resultan igualmente oponible a todos los terceros ¿Cómo explicar esto entonces?

Y es que la teoría dualista se preocupó no tanto por el desarrollo de la coherencia interna de lo que postulaba, sino que, a toda costa, quería fragmentar las relaciones patrimoniales y a todo lo que no sea un derecho real porque la norma no lo calificaba así expresamente, lo “discriminaba” y lo colocaba en un grupo extraño, como una suerte de cajón de sastre, a la cual etiquetaron con el nombre de “derechos personales”, sin darse cuenta que muchos de estos derechos sí tienen lo que los otros derechos, al cuales denominaban “reales”, muchas veces le faltaba: la bendita oponibilidad (por ejemplo, es claro que una propiedad no inscrita y no publicitada tampoco por la posesión, no es oponible a los terceros, siendo, curiosamente, un derecho real).

Podemos compartir entonces lo señalado por el profesor Ghersi quien indica que: “la división entre derechos reales y personales no es una división necesaria ni un principio general del derecho; es bastante más sutil, mucho más confusa, mucho más reciente de lo que se imaginan y no compartida por todo el mundo” (Ghersi Silva, 2011).

1.1.2 Teoría Pluralista

Esta teoría establece esencialmente que las relaciones jurídico patrimoniales no pueden entenderse haciendo solo una clasificación dual de las mismas, sino que existen otros criterios más que dan lugar a que existan más de dos tipos de relaciones jurídicas. En efecto, los principales exponentes de esta teoría no solo realizan una clasificación mayor al interior de las ya existentes relaciones reales y obligacionales, sino que, al lado de ellas, ubican otras más.

Uno de los principales representantes de esta teoría es el profesor español Luis Diez-Picazo quien clasifica a las relaciones patrimoniales de la siguiente forma:

“Derechos Reales:

- La propiedad sobre bienes materiales: el carácter real de la propiedad proviene de la amplitud del eventual sujeto pasivo de una acción reivindicatoria (*erga omnes*).

- Los derechos de utilización y de disfrute de cosa ajena: el carácter real proviene no tanto de que el titular pueda dirigirse contra cualquier detentador de la cosa, cuanto que el titular puede hacerlo contra el propietario, quien quiera que sea este en ese momento.
- Las cargas reales: facultan al titular para obtener una prestación periódica que debe ser satisfecha por quien en cada momento sea titular de la cosa (censos). No confieren, como el anterior, un poder de uso o disfrute de la cosa, sino únicamente el poder de exigir una prestación, acercándolas al derecho de crédito.
- Los derechos reales de garantía: se afecta una cosa para asegurar una obligación. El acreedor puede realizar el valor de la cosa, quien quiera que sea el propietario o poseedor de ella.

Derecho de las obligaciones:

- El derecho a una prestación de servicios: persigue un hacer o un no hacer de una determinada persona.
- El derecho a obtener de otra persona la entrega de una suma de dinero: derivada de un contrato o de la ley (daños y perjuicios).
- El derecho a obtener la entrega de cosas genéricas: es decir, por su número, medida o peso.
- El derecho dirigido a obtener la entrega de una cosa concreta y determinada: que puede ser restitutorio (depósito), traslativo (compraventa) y constitutivo (arrendatario)” (Diez Picazo, 1983, págs. 66-68).

Existe también una clasificación intermedia según la cual algunas relaciones patrimoniales comparten algunos caracteres reales y personales al mismo tiempo. Dentro de estas, el profesor Bullard, siguiendo a Cazeaux y Trigo Represas, señala que se encuentran las denominadas obligaciones *propter rem*.

Indica que esta es una figura que tiene dos componentes: “1) afectan al titular de una relación de señorío sobre una cosa en cuanto tal y 2) el titular de la relación de señorío puede liberarse de la obligación abandonando la cosa. Tienen, de las obligaciones, la existencia de un deudor determinado, y del derecho real, que la relación con la deuda está íntimamente ligada a la propiedad de la cosa” (Bullard González, 2011, pág. 242).

Cabe precisar que, si bien la clasificación que se realiza en base a esta teoría pluralista tiene poca incidencia en cuanto a la oponibilidad de derechos se refiere, la mayor de sus bondades se encuentra en relativizar las radicales y “absolutas” premisas del dualismo clásico al establecer que los criterios que ella toma en cuenta para agrupar a las relaciones patrimoniales no son los únicos y absolutos que pueden existir.

En efecto, un intento de clasificación de las relaciones patrimoniales no debe ser realizada teniendo en cuenta supuestos criterios “universales” como la inmediatividad o el absolutismo, que, por cierto, no es exclusivo de los derechos reales. La rigidez del dualismo debe ser dejada de lado y la teoría pluralista muestra que criterios de clasificación existen de sobra; otro tema es si esos criterios se encuentran bien aplicados o no y si, lo que es más importante, justifican o no que las relaciones jurídico patrimoniales sean materia de clasificación o subdivisión pues, hasta ahora, las clasificaciones que se han realizado han generado mayor confusión que aclaración, al punto de tutelar, sin razón alguna, con mayor preponderancia una relación más que la otra por el solo hecho de ser llamada “real”.

Por lo demás, en línea de lo señalado por el profesor Bullard, creemos que esta teoría pluralista peca de ser meramente descriptiva, pues la clasificación que realiza no contempla ninguna finalidad práctica o funcional (Bullard González, 2011, pág. 243).

1.1.3 Teoría Monista Realista

Según esta teoría la relación jurídico patrimonial es una sola categoría que no debe ser clasificada en dos o más relaciones. Lo peculiar es que esa única categoría de relación jurídica patrimonial es una de tipo real. Nos explicamos.

Esta teoría establece que todo sujeto de derecho es dueño de su patrimonio. Así, se dice que somos dueños de nuestros bienes (muebles e inmuebles), pero también dueños de nuestros

créditos, débitos, derechos potestativos, estados de sujeción y de otras situaciones jurídicas subjetivas más. En suma, todas esas titularidades (onerosas, gratuitas, de ventajas, desventajas, activas, inactivas, poderes, facultades, etc.) forman parte de nuestro patrimonio y, según esta teoría, somos dueños de todo ese conjunto patrimonial (Gheri Silva, 2011).

Sobre este tema, resulta ilustrativo lo señalado por el profesor Gheri quien indica que cuando se hace referencia al término *property rights*, en realidad no se está haciendo alusión a lo que comúnmente la mayoría pensaría al realizar una traducción literal del mismo: derechos reales. Cuando hacen referencia a los *property rights* están hablando de los “derechos reales” pero en un sentido monista realista. Esto es, que todos somos propietarios o dueños de nuestras cosas y derechos. Somos dueños de nuestro derecho a la integridad, a participar en la actividad económica del país, de nuestras acciones una determina compañía, etc. (Gheri Silva, 2011).

Ahora bien, con relación a la oponibilidad de este tipo de relación monista realista, entendemos que ella resulta oponible a la generalidad de personas en la medida que, al ser dueños de todos nuestros derechos en su conjunto, aquel que lesione o busque lesionar alguno de ellos, será responsable por ello y, por tanto, está obligado a resarcir al titular perjudicado por el daño causado o a realizar los actos necesarios para evitar que su conducta se traduzca en un daño.

Al no existir esa división entre derechos reales y personales en las cuales solo las primeras son oponibles a todos y las segundas solo *inter partes*, y teniendo en cuenta que todos los derechos -y situaciones jurídicas en general- quedan reunidos en un solo ente: patrimonio, el mismo, en su integridad, resultaría oponible a todos. Para ello bastaría con que los terceros conozcan que existe una determinada situación jurídica de la cual es titular un determinado sujeto y, por el hecho de conocer su existencia, el mismo ya sería oponible a ellos, los cuales deben cuidar de no lesionarla.

1.1.4 Teoría Monista Obligacionista

Según esta teoría, la relación jurídico patrimonial debe ser concebida siempre como una única categoría en atención a que siempre mantiene una única estructura. En efecto, los monistas obligacionistas - también llamados personalistas- establecen que tanto en las relaciones reales como en las personales siempre existirá tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.

En el caso de las denominadas relaciones personales, el sujeto activo es el acreedor de la relación, el sujeto pasivo su deudor y el objeto la obligación que debe cumplir este último. En las relaciones reales, la estructura es la misma: el sujeto activo viene a ser el titular de la cosa, el objeto es la cosa en sí misma y, lo peculiar es que el sujeto pasivo no es una persona determinada sino es la generalidad de las personas, o, como lo denominan muchos, un sujeto pasivamente universal.

Uno de los máximos representantes de esta corriente es Marcel Planiol. El profesor francés sostenía que en estricto no existen los derechos reales. De esta manera señalaba que la propiedad, en realidad, es un derecho personal en el entendido de que todos estamos obligados a respetar esa titularidad, es decir, todos tenemos un deber general de no perturbar la cosa del sujeto activo. En ese sentido, el profesor europeo indicaba que a través de dicha teoría se llegaba a “configurar el derecho real como derecho obligacional, dado que su titular lo que posee es una pretensión contra tercero para que observe una conducta de abstención sobre una cosa. La única diferencia destacable sería la extensión de los sujetos pasivos, los obligados (...)” (Planiol, 1945, pág. 123).

Las críticas a esta teoría no se hicieron esperar y entre ellas surgieron algunas postuladas por el profesor José Luis Pérez Lasala quien, básicamente, sostiene lo siguiente:

- a) La obligación pasivamente universal, que se da en los derechos creditorios como en los reales, no es una distinción de Derecho Civil, sino de Derecho Público.
- b) La distinción entre los derechos reales y las obligaciones pertenece al campo patrimonial, donde no se conciben obligaciones sin contenido económico: la obligación que tienen los miembros de la comunidad de abstención no tiene contenido patrimonial.
- c) La obligación de no perturbar los derechos ajenos es distinta a la obligación de no hacer, que se da en algunos derechos reales y que puede existir en los derechos de crédito, pues la segunda supone una limitación a las facultades naturales o legales, que sin ella hubiese podido ejercer el obligado, lo que no sucede con la primera (Pérez Lasala, 1967, pág. 106).

Creemos que la principal crítica que se puede realizar a esta teoría es que la denominada “obligación pasivamente universal”, como se verá en el siguiente capítulo, no solo se encuentra

presente en las relaciones “reales” sino también en las relaciones “personales”. En ambas relaciones todos tenemos el deber de no perturbar la titularidad (real o personal) de los demás.

Adicionalmente a ello, creemos que esta teoría, en realidad, en lugar de unificar la relación jurídica patrimonial, terminó por dividir a la misma al igual que el dualismo clásico con la única diferencia de que, a diferencia del carácter de la inmediatez del que se valía el dualismo, el criterio diferenciador ahora se centra en único aspecto: el carácter absoluto de la relación “real” debido a que en ese tipo de relación todos estaríamos obligados a no entrometernos en la satisfacción de su titular.

En puridad, el monismo personalista es una suerte de extensión del dualismo, pero con un único criterio diferenciador. En ambos casos, entonces, la relación personal solo tiene como sujeto pasivo al deudor y a nadie más, por lo que solo contra él sería posible dirigir una acción. Como bien señala el profesor Bullard, este monismo solo cambia la etiqueta de una denominación: se reemplaza el término “derechos reales” por “obligaciones con sujetos pasivamente universales” (Bullard González, 2011, pág. 251).

1.1.5 Posición Personal

1.1.5.1 ¿Cuál es la posición que adopta nuestro Código Civil?

Antes de exponer la posición que tenemos acerca de la oponibilidad en nuestro sistema de Derecho Civil Patrimonial, es necesario tener en cuenta primero cuál es el régimen que ha adoptado -o ha querido adoptar- nuestro Código Civil sobre este tema para luego determinar si estamos de acuerdo o no con él. Somos de la idea que nuestro Código Civil ha querido ser elaborado, sin duda alguna, teniendo como base la teoría dualista clásica.

Esto es así por cuanto clasifica a la relación jurídica patrimonial en los ya conocidos derechos reales y derechos personales, agrupando a los primeros en el Libro V y a los segundos en los Libros VI y VII. En cada uno de dichos libros se regula dichas titularidades de forma segmentada de tal forma que el sistema patrimonial ha quedado dividido en ambos polos: los reales vs. los personales. Nótese incluso que el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil -el cual regula los plazos de prescripción extintiva- diferencia a la “acción real” de la “acción personal”,

con lo cual se evidencia que se está aceptando la tesis que diferencia al derecho subjetivo patrimonial en personales y reales.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, una de las principales características del dualismo clásico es que, para esta corriente teórica, solo los derechos reales son absolutos mientras que los personales son relativos, esto es, solo los primeros son oponibles *erga omnes*, los demás únicamente *inter partes*.

Esta es la piedra angular sobre la cual se edifica esa teoría y en base a la cual clasifica a las relaciones patrimoniales. En nuestro ordenamiento jurídico, dicha forma de concebir la oponibilidad únicamente para los derechos reales y no para los personales se evidencia claramente a partir de lo siguiente: **(i)** el sistema de creación de los derechos reales por el que se optó y **(ii)** por la regla de prelación que se adoptó para preferir una determinada titularidad sobre un mismo inmueble, la cual se encuentra regulada en el artículo 2022 del Código Civil. Veamos:

Respecto al sistema de creación de los derechos reales nuestro ordenamiento optó por el sistema del *numerus clausus*, esto es, que solo son considerados derechos reales aquellos cuya estructura se encuentra regulada como tal en una ley, impidiendo de este modo que las partes puedan crear derechos a los cuales puedan dotar de la calidad de real en virtud de la autonomía privada.

En base a este sistema de lista cerrada, un determinado derecho solo será considerado real si sus elementos constitutivos o estructurales se encuentran en una ley. Según una autorizada doctrina, los presupuestos necesarios que deben concurrir para catalogar a un derecho como uno de tipo real bajo el sistema del *numerus clausus*, son los siguientes: **(i)** que recaigan sobre un bien cierto, **(ii)** que sea oponible *erga omnes* y **(iii)** que el bien sobre el cual recae dicho derecho sea susceptible de persecutoriedad (Mejorada Chauca, Los Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*, 2014, pág. 181).

Esto quiere decir que para el sistema del *numerus clausus* solo los derechos reales tipificados en la ley son oponibles *erga omnes*, mientras que las demás titularidades, entre ellas los derechos sobre bienes que no estén en esa lista cerrada (a pesar de que cuenten con la misma estructura de los que sí están ahí) **y los derechos personales, no serán oponibles a todos**. Al haber adoptado nuestro Código Civil este sistema, quiso hacer suyo también la clásica (y

desfasada) tesis del dualismo según la cual solo los derechos “reales” -por el solo hecho de tener esta etiqueta- son absolutos (oponibles) a todas las personas.

Otra de las razones por las cuales podemos concluir que el legislador fue partidario de dicha teoría es que él mismo, al explicar el contenido del artículo 2022 del Código Civil en la Exposición de Motivos Oficial, manifestó que el segundo párrafo de dicha norma debe entenderse como aquella que justamente contempla esta división entre reales y personales, otorgando una mayor protección a aquel derecho subjetivo.

Dicha norma regula en estricto la regla de prelación que se debe seguir en el caso de una concurrencia de titularidades reales sobre un mismo inmueble:

Artículo 2022.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

¿Cuáles son esas disposiciones del Derecho Común a las que hace referencia el segundo párrafo de la norma? Podría pensarse que por “Derecho Común” debe entenderse al Derecho Romano o, incluso, al mismo *common law*. Sin embargo, lo cierto es que, al margen de las múltiples interpretaciones que puedan esbozarse sobre ello, es el propio legislador quien ha señalado a qué ha querido referirse en ese segundo párrafo:

“No hay duda que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia, en virtud del principio de prioridad, será aquel que inscribió primero, esto es confirmado por la primera parte de este artículo.

Pero si se trata de un enfrentamiento entre un **derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte de este artículo**, tendrá **preferencia** el titular del **derecho real, porque goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal** y además el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de lo que también carece el derecho personal” (énfasis agregado) (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, 1987, pág. 24).

Como se observa, el propio legislador de forma expresa reconoce que únicamente los derechos reales están dotados de una oponibilidad *erga omnes*, dejando entrever de forma clara que la teoría sobre la cual buscaban estructurar nuestro sistema patrimonial era la dualista clásica⁷.

Finalmente, existen tres aspectos importantes a partir de los cuales se puede inferir la inclinación que tuvo el legislador a favor de los derechos reales por encima de los derechos personales (inclinación que es propia de la tesis dualista clásica):

- En el caso de un contrato de arrendamiento (derecho personal) el plazo máximo que se puede convenir para su duración es de 10 años; sin embargo, en el caso del usufructo y el uso (derechos reales), los mismos no tienen un tope máximo de duración (salvo para el caso de personas jurídicas que es de 30 años). En el caso del derecho real de superficie, el plazo máximo de su duración es de 99 años. Nos preguntamos ¿por qué en el caso del contrato de arrendamiento, el legislador impuso un tope máximo de 10 años en caso las partes decidan establecer su plazo de duración? ¿cuál es la justificación para que no se les permita pactar un plazo mayor (como sí ocurre en el caso del usufructo a favor de una persona jurídica o de una superficie)?

Somos conscientes de que la estipulación del número de años máximos es un tema de opción legislativa, pero ¿por qué para el caso de los derechos reales antes mencionados se otorga una mayor cantidad de años a comparación del arrendamiento? Parece que, en estos casos, los derechos reales de usufructo, uso y de superficie tienen una “mayor importancia” que el derecho personal de arrendamiento.

⁷ Parte de nuestra jurisprudencia también se ha inclinado por mantener la clasificación entre los derechos reales oponibles *erga omnes* y los derechos personales oponibles solo *inter partes*. En efecto, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha argumentado que: “(...) **el derecho de propiedad goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal relativo al embargo (...)** entonces, de acuerdo al artículo 2022 del Código Civil (...) podemos decir que las disposiciones de derecho registral no rigen pues, ante la existencia de un conflicto entre un derecho personal y un derecho real, prevalecen las normas del derecho común” (énfasis agregado) (Resolución N° 04 de fecha 03 de marzo de 2012, expedida en el proceso seguido con en el Expediente N° 10616-2007).

En esa misma línea, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente: “Sexto: *Que, siendo esto así, acorde con las reiteradas ejecutorias de esta misma Sala, en el caso sub litis resulta de aplicación el principio de rango que emana del artículo dos mil veintidós del Código Civil, y específicamente, de su segundo párrafo según el cual en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, es decir, **prevalece el derecho real de propiedad, oponible erga omnes, frente al derecho personal crediticio**, pues no cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza real a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe*” (énfasis agregado) (Casación N° 3194-2002-Arequipa).

- El artículo 882 del Código Civil establece lo siguiente: “*No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar (...)*”. Por su parte, el artículo 1210 del mismo Código establece que el pacto de *non cedendo* sí puede ser opuesto al tercero que conocía el mismo al momento de la cesión. Si bien esto será analizado con mayor detenimiento en los capítulos posteriores, nos preguntamos ¿por qué el sistema “incentiva” que la propiedad se transmita -por eso sanciona con nulidad los pactos de prohibición de enajenación- y sí permite los pactos de prohibición de cesión de créditos?

Sin perjuicio de que -como se explicará con detalle en los capítulos que siguen- nos encontramos de acuerdo con lo establecido en el artículo 1210, entendemos que el legislador quiso alentar las transferencias de propiedad por tratarse del derecho real por antonomasia; pero parece que esa misma “importancia” no tiene el crédito (derecho personal).

- Finalmente, el último aspecto a tener en cuenta es el relacionado al bloqueo de partidas registrales (cuya denominación en realidad debería ser el de reserva de prioridad). El artículo 1 del Decreto Ley N° 18278 que se ocupa de regular dicha figura establece que la misma solo procede para los actos o contratos por los que se constituyan o transmitan derechos reales. Es decir, no se puede bloquear una partida registral con una minuta de un contrato de arrendamiento (derecho personal) para efectos de que este derecho tenga reserva de prioridad frente a otras titularidades.

Al respecto, nos preguntamos ¿cuál es la razón por la cual no es posible bloquear una partida con una minuta de arrendamiento? ¿acaso el interés que tiene el arrendatario en bloquear la partida y publicitar preventivamente su derecho para efectos de informar a los terceros de la existencia de su titularidad y para que no se inscriban otros títulos incompatibles con el suyo no es digno de atención? Una vez más, parece que en estos casos los derechos reales tienen una “mayor importancia” que los derechos personales, premisa que es propia de la tesis dualista clásica.

Esta es pues la tesis que pretendió seguir el legislador y con la cual discrepamos en todos sus extremos. Nótese que, como se verá a continuación, la implementación de dicha teoría fue realizada de un modo abiertamente incoherente, lo cual hace que los operadores no tengan predictibilidad alguna sobre la forma en cómo las normas regularán las relaciones contractuales que celebren. Veamos:

1.1.5.2 Las incongruencias internas en el Sistema de Derecho Civil Patrimonial

Hemos visto que bajo el sistema del *numerus clausus* -el cual se sustenta en el dualismo clásico- la etiqueta de “real” es colocada a los derechos que se encuentran dotados de oponibilidad, que sean susceptibles de persecutoriedad y que impliquen una inmediatez con la cosa determinada. Sin embargo, la colocación de las etiquetas de “real” y de “obligaciones” a las distintas titularidades patrimoniales que se han “fabricado” no ha sido la más ordenada y coherente. Muy por el contrario, solo ha generado una gran confusión generalizada que se ha traducido en la expedición de sentencias abiertamente contradictorias. Analicemos el carácter de la inmediatez y de la oponibilidad (exclusividad).

El carácter de la inmediatez entre el sujeto y el objeto podía ser entendida, bajo el dualismo clásico, en dos aspectos: (i) inmediatez fáctica entre el titular y la cosa y (ii) inmediatez jurídica entre ambos en el sentido que entre los mismos existiría una relación jurídica.

El primer aspecto queda sin mayor sustento en el caso de la hipoteca, el cual, siendo un derecho real de garantía, no goza de la inmediatez antes acotada, pues el acreedor garantizado en ningún momento tiene el control del bien. Este permanece en manos del constituyente de la garantía. Lo mismo ocurre en el caso de la garantía mobiliaria sin desposesión del bien. El acreedor no tiene ninguna posición de inmediatez con el bien y, sin embargo, en ambos casos estamos ante derechos reales de garantía. Otro ejemplo más lo constituye la servidumbre negativa en la cual no hay ningún tipo de control posesorio.

Lo contradictorio es que derechos personales como el arrendamiento, el comodato o el depósito sí implican el control directo (inmediatez) de los titulares sobre el bien, sin ser, por cierto, derechos reales.

Respecto a la inmediatez entendida como una relación entre el sujeto y el objeto, debemos precisar que no es posible que se entable una relación jurídica entre ellas dado que toda relación intersubjetiva para que sea catalogada de jurídica requiere dos sujetos de derechos que lo conformen. Esto es así por cuanto la relación jurídica es uno de los objetos de la norma jurídica - y del Derecho en general- la cual, a su vez, regula comportamientos sociales relevantes y, como es claro, las conductas sociales solo se manifiestan entre sujetos de derechos y no entre o con objetos de derechos.

En esa misma línea, una relación jurídica es entendida como la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas, y esta última es la posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento. En ese sentido, no es posible sostener -como lo hace el dualismo clásico- que puede existir una relación de inmediatez jurídica entre el sujeto y la cosa, pues una cosa no puede ostentar una situación jurídica.

Sobre este tema, el profesor Freddy Escobar sostiene que una relación jurídica no solo es aquel vínculo que une a dos o más sujetos de derechos, sino que es posible que exista una relación jurídica entre dos cosas (por ejemplo, cuando un bien accesorio sigue la condición del bien principal), entre un sujeto y un lugar (como sería el caso de la nacionalidad que una persona tiene en función al territorio donde nació) y entre una situación jurídica subjetiva y su propio objeto (por ejemplo, la propiedad y el bien sobre el cual recae). Los argumentos esbozados por el profesor peruano -que no compartimos en ningún extremo - pueden ser revisados en el siguiente trabajo: (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, págs. 21-23).

Pero lo paradójico no se agota solo en esos casos. El dualismo clásico tenía como sustento no solo el carácter de la inmediatez, sino también a la oponibilidad absoluta, la cual, por cierto, también queda desdibujada por la incoherencia de nuestro actual sistema. En efecto, nuestro ordenamiento civil dota de dicha característica a algunos derechos considerados clásicamente como personales mientras que derechos considerados clásicamente como reales carecen de dicho atributo.

Por ejemplo, el derecho real por antonomasia es la propiedad. Si nuestro sistema patrimonial fuera coherente -y siguiera el sentido del dualismo clásico por el cual optó-, dicha titularidad debería gozar de la oponibilidad y exclusividad que caracteriza a todo derecho real. Sin embargo, ello no necesariamente es así.

En efecto, en nuestro actual sistema la propiedad inmobiliaria o mobiliaria que no se encuentra inscrita y que tampoco tenga un respaldo posesorio no es oponible en ningún caso; sin embargo, un **arrendamiento o un contrato de opción -derechos personales- sí resultan oponibles a todos** cuando se inscriben en los Registros Públicos. Lo mismo ocurre con el embargo sobre un bien.

Esta medida judicial que garantiza el pago de una obligación no está considerada expresamente en el Libro V del Código Civil ni en ninguna otra norma como un derecho real de garantía; sin embargo, es oponible sin ninguna duda una vez que se ejecuta a través de su inscripción⁸. Una superficie que no se encuentre inscrita o que tampoco tenga un respaldo posesorio no es oponible *erga omnes*, sin embargo, seguirá siendo un derecho real regulado en el Libro V del Código Civil.

Ahora bien, podría pensarse que, en el caso del arrendamiento o del embargo, estos siempre recaen sobre un bien por lo que, a pesar de ser considerado el primero un derecho personal y el segundo una medida procesal de aseguramiento de un crédito, la oponibilidad se justifica en la medida de que la exclusividad recae sobre el mueble o inmueble arrendado o embargado.

Sin embargo, lo cierto es que existen **otros derechos personales** (actos bilaterales o unilaterales) que **no recaen sobre bienes** y que, igualmente, son oponibles *erga omnes* gracias a la publicidad que el registro les concede. Es el caso de un contrato de mandato, el de un poder de representación, de su revocación o, incluso, la inscripción de una persona jurídica (esta, si bien no es un derecho personal, tampoco es un derecho real pero igualmente goza de oponibilidad).

Nótese que la revocación es oponible a los terceros que contrataron con el representante luego de que ella haya quedado registrada o cuando la misma les fue comunicada con anterioridad⁹. Lo mismo ocurre con un contrato de mandato con representación. Incluso, en el caso de la revocación, este acto jurídico unilateral recepticio no solo puede ser oponible a los terceros a través de su inscripción registral, sino que, puede ser igualmente **oponible** si se prueba que fue puesto en conocimiento de los terceros interesados en la celebración del negocio jurídico. ¿Cómo se explica entonces que solo los derechos reales son oponibles *erga omnes* y que los personales solo son oponibles *inter partes*?

⁸ Cabe precisar que, a pesar de que ni el Código Civil ni ninguna otra norma le otorgan la calidad de garantía real al embargo de forma expresa, somos de la idea de que, bajo nuestro actual sistema, dicha medida sí puede ser considerada como un verdadero derecho real de garantía. Si bien los argumentos por los cuales llegamos a esa conclusión escapan a los alcances del presente trabajo, no queríamos dejar de precisar ello.

⁹ Artículo 152.- “La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido **inscrita**”.

Pero la verdadera revolución y que escapa a las posibilidades de explicación que nos da la doctrina clásica, fue cuando el arrendamiento **-derecho personal-** resultó oponible, incluso, a los titulares de otros derechos reales (Bullard González, 2011, pág. 378). Ello se desprende claramente del artículo 1708 del Código Civil el cual señala lo siguiente:

Artículo 1708.- *“En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:*

*1.- Si el arrendamiento estuviese **inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador”.***

Como se observa, al estar inscrito el arrendamiento, este derecho personal será oponible a todos, incluso a titulares de derechos reales como propietarios, superficiarios, etc. quienes deberán respetar el arrendamiento por estar publicitado con anterioridad a su adquisición. Esto incluso lleva a preguntarnos qué utilidad tienen los derechos “reales” de uso o habitación constituidos a título oneroso cuando el arrendamiento puede cumplir la misma función económica¹⁰.

Pareciera ser que el legislador entendió que, mientras el arrendamiento era una relación de carácter personal, el uso y la habitación son de carácter real. El efecto de esto serían grados diversos de oponibilidad, pero ello no es cierto: el uso y la habitación podrían no ser oponibles y, por el contrario, el arrendamiento, gracias al registro o la posesión, podría resultar oponible a todos. Quizá ninguna otra relación de carácter personal tenga tanto “sabor” real como el arrendamiento. Es difícil entender cómo es que los defensores del dualismo clásico señalaron su naturaleza obligacional, siendo tan evidente en ella el carácter de la inmediatez que ellos mismos reconocían a las relaciones reales (Bullard González, 2011, págs. 376-377).

El caso del contrato de opción también resulta ilustrativo. Como bien sabemos, existe la posibilidad de que aún no se desee celebrar un contrato definitivo, pero, a la vez, “asegurar” en un futuro su celebración celebrando con la otra parte un contrato que la coloque en un estado de

¹⁰ Más allá de las diferencias que existen entre ellos como el plazo y los bienes que pueden ser objeto de los mismos, consideramos que el arrendamiento es una figura mucho más global y completa que el uso o la habitación.

sujeción a la espera de la decisión del otro contratante. El ordenamiento legal permite que este tipo de contrato preparatorio quede inscrito para asegurar ello¹¹.

Es más, el propio artículo 2023 señala expresamente que: “*la inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia **derecho preferente** sobre todo derecho **real** o personal que se inscriba con posterioridad*”.

La opción inscrita resulta oponible para garantizar la legítima expectativa que pudiese tener el titular de la misma. Esta opción - **derecho personal**- en caso sea ejercida por su titular, será perfectamente oponible incluso a un “propietario” que haya adquirido el bien objeto de la opción luego de que esta haya quedado inscrita o si ella -la opción- fue conocida por dicho adquirente antes de que contrate. Estamos pues ante otro supuesto en el cual un derecho personal puede ganar a uno de tipo real.

Así podemos encontrar muchos casos en nuestro actual sistema en los cuales existen **pactos personales** que, por efecto de su inscripción o del **conocimiento fehaciente de los mismos por medios extra registrales**, resultan igualmente oponibles *erga omnes*: pacto de retroventa, reserva de propiedad, preferencia, exclusividad, mandatos y otros más que pueden ser **opuestos, incluso, a los mismísimos derechos reales**. ¿Cómo queda entonces la tesis dualista que propugnaba el absolutismo de los derechos reales, sobredimensionándolos a una categoría casi sobrenatural por la oponibilidad de la que solo ellos supuestamente gozaban?

Como podemos advertir, los criterios de la inmediatez y del carácter absoluto (oponibilidad) de la tesis dualista aplicada a nuestro sistema no explican ni correcta ni coherentemente la supuesta distinción entre reales y obligaciones. Estos criterios están ausentes en algunos derechos reales y sobran en otros derechos personales.

Esto dio lugar incluso a que: “para algunos autores, nos encontrábamos ante el nacimiento de nuevos derechos reales, para otros, relaciones personales con efectos reales. Para nosotros, lo que aparece es la agonía de lo real para explicar el funcionamiento del sistema patrimonial, que

¹¹ Artículo 2019.- “Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: (...)
2.- Los contratos de opción.
(...)”.

comienza a resultar más complejo de lo que la rigidez de los esquemas tradicionales, supuestamente neutrales y atemporales, puede explicar” (Bullard González, 2011, pág. 374).

Va quedando atrás entonces el criterio de la inmediatez, el de la oponibilidad absoluta y el de los monismos. Los Códigos recogen la distinción tradicional llena de parches y retoques, con derechos inmediatos que no son reales, con transferencias de propiedad no oponibles a nadie, con arrendamientos oponibles a todos, con definiciones que son la razón de la sinrazón, llegándose así a “realizar” lo personal y a “personalizar” lo real (Bullard González, 2011, pág. 310).

Y es que donde se encuentra la huella de la exclusividad, de inmediato -como por acto de inercia jurídica- se clava la bandera del derecho real. Donde no se encuentra estos elementos se deja el campo libre a los derechos personales, la cual queda definida por negación: aquel derecho que no es real. La categorización que realiza el dualismo clásico obedece, entonces, al simple azar de sus creadores.

Esta es pues una de las grandes inconsistencias de nuestro sistema patrimonial, pues al ser la tesis dualista clásica incoherente e ineficiente en sí misma, nuestro ordenamiento hizo suyo esas contradicciones. Creemos que hubo una gran -e innecesaria- preocupación de reunir a los derechos “sobrenaturales” (reales) en una lista cerrada y dejar de lado a los demás derechos a merced de la autonomía privada, sin darse cuenta de que en este último grupo “abierto” existen derechos que, **por su propia naturaleza y función económica-social, también** son susceptibles de ser opuestos *erga omnes* al igual que los de la lista cerrada.

Basta con echar un vistazo al caso del mandato, arrendamiento, contrato de opción, poder de representación o el de la persona jurídica inscritos. Estos por su propia naturaleza también son susceptibles de ser opuesta *erga omnes*. Sería un despropósito negarles dicho atributo, pues ello ocasionaría un verdadero caos en el tráfico comercial.

Teniendo en cuenta esto último y que nuestro sistema segmentó a la relación jurídica patrimonial en reales y obligaciones y las incongruencias internas de las que padece, nos preguntamos ¿Cómo debemos entender finalmente a la oponibilidad en las relaciones patrimoniales? ¿Es una característica o atributo transversal de todas las relaciones económicas? Nosotros creemos que sí. Veamos:

1.1.5.3 La oponibilidad en las relaciones jurídico patrimoniales

Como se mencionó anteriormente, nuestro actual Código Civil optó por regular a los derechos reales bajo el sistema del *numerus clausus*: son derechos reales los que se encuentren regulados como tales en dicho cuerpo normativo y en otras leyes. Como sabemos también, optar por este antiguo sistema implica adherirse al dualismo clásico, pues esta teoría es la que le sirve de base.

En efecto, para el sistema de la lista cerrada, solo los derechos sobre bienes que se encuentren en ella serán catalogados como reales y, por tanto, solo ellos son oponibles *erga omnes*, mientras que los demás derechos sobre bienes que no estén en esa lista -a pesar de recaer sobre bienes¹²- y los otros derechos en los que no se encuentre de por medio algún bien -los cuales son denominados derechos personales- no gozarían de ese atributo. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿Qué criterios se toman en cuenta para colocar dentro de esa lista a determinados derechos sobre bienes y excluir a los demás?

Al respecto, el profesor Martín Mejorada, a partir de lo establecido por el profesor Antonio Román García, señala que el criterio que se utiliza para colocar a un determinado derecho en la lista cerrada es uno netamente presupuestal (Mejorada Chauca, Los Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*, 2014, pág. 180). En efecto, lo que se tiene en cuenta es el costo de persecución, de cuidado y de devolución de los bienes que han sido despojados de su titular. En otras palabras, se evalúa qué tan costoso es la acción de recuperación. Mientras mayor sea el presupuesto que tenga que invertir el Estado en activar todo su aparato para tutelar un determinado derecho, entonces ese derecho será colocado en la lista cerrada privilegiada.

Por el contrario, mientras menor sean los gastos en los que tenga que incurrir el Estado en la protección de un derecho - a pesar de que el mismo recaiga sobre un bien- entonces los colocará fuera de la lista cerrada. Así, se dice que es más costoso perseguir a un precario para que devuelva el bien que posee irregularmente o para desalojarlo, que perseguir a un deudor con serenazgo para que pague lo debido a su acreedor. En el caso del precario se necesitaría mayores agentes que retornen las cosas a su lugar: mayor presencia judicial, policial y municipal para tutelar al propietario. Al ser estos costos mayores, se decide colocar al derecho tutelado en la lista cerrada, **siendo, por tanto, solo estos susceptibles de oponibilidad.**

¹² Por ejemplo, el caso del arrendamiento y del comodato. Estos son contratos que generan derechos sobre bienes.

Este es el criterio que usa el sistema del *numerus clausus* para amparar a determinados derechos dentro de su lista y para excluir a los demás. Sobre el particular, creemos que dicho criterio torna más incoherente aún al sistema patrimonial debido a lo siguiente:

En primer lugar, nuestro actual Código Civil regula dentro de su lista cerrada a determinados derechos sobre bienes que considera son los privilegiados para ser catalogados como “reales”. Sin embargo, no toma en cuenta que existen otros derechos sobre bienes que merecen la misma tutela y **cuyos costos de persecución y de protección son tan o más grandes que los derechos que se encuentran en la lista cerrada**. Por ejemplo, resulta ilustrativo el caso del embargo sobre un bien mueble o inmueble o el del arrendamiento, comodato y otros más.

En estos casos el interés del acreedor en ver satisfecho su crédito a través de los bienes sobre los cuales recaen esas titularidades son igual de importantes como el interés del propietario, del usufructuario o del superficiario en el cuidado y recuperación de los bienes sobre los cuales recae su derecho. En todos estos casos, dichos derechos (“reales” y “personales”), por la propia función que cumplen, son susceptibles de ser opuestos a la generalidad de las personas.

El Estado debería estar en capacidad de brindar el mismo grado de tutela a todas las situaciones jurídicas subjetivas sin diferenciar y discriminar a los derechos que recaen sobre un bien material (cuyo costo de persecución sería más costoso) de los que no recaen sobre ellos como, por ejemplo, el crédito.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que, al tomar el sistema de la lista cerrada como criterio diferenciador a los costos de la acción de recuperación de los bienes, en estricto, lo que está tomando en cuenta es la acción reivindicatoria o de desalojo, según sea el caso (se puede incluir acá también otras acciones de recuperación como el interdicto de recobrar). Este un aspecto fundamental que se debe tener en cuenta al momento de analizar al sistema de la lista cerrada pues la acción reivindicatoria, como se verá más adelante, no forma parte del contenido de la propiedad ni de los demás derechos reales.

A modo de adelanto, debemos mencionar que la acción reivindicatoria es un medido de tutela procesal que busca proteger a un interés ya lesionado: el interés del titular del bien en recuperar el control del mismo para que pueda sacar sus provechos. No tiene nada que ver con el contenido de la propiedad. Es un aspecto externo a ella.

Creemos que este un aspecto importante que no se debe soslayar pues lo que hace el sistema del *numerus clausus* es incluir en su lista cerrada determinados derechos y excluir a los demás, haciendo oponible solo a los primeros e inoponibles a los otros, teniendo como criterio preponderante uno de naturaleza procesal: la acción reivindicatoria. Al respecto, nos preguntamos ¿es posible que, en base a un aspecto procesal, se pueda concluir que un derecho material (“real”) tenga mayor “peso” o “rango” (oponibilidad) que otro derecho material (crédito)? Creemos que no.

Lo que hace el *numerus clausus* es disgregar a los derechos patrimoniales en base a los costos de recuperación de los bienes que son objeto de los mismos. Como vemos, usa criterios de distinción que son impertinentes y que escapan al análisis de los derechos sustanciales que estamos analizando. Ambos derechos (reales y personales) son oponibles de igual forma. La naturaleza misma de su contenido hace que sea así.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el sistema de la lista cerrada y, con él, el dualismo clásico, divide a las relaciones patrimoniales en reales y obligacionales a partir de supuestas diferencias que, en realidad, no son del todo ciertas y, en base a esas distinciones, concluyen que la primera es oponible y la otra no. Sin embargo, como veremos a continuación, las supuestas diferencias materiales que establece el dualismo entre dichas relaciones en realidad no existen.

En la sección 1.1.1 del presente trabajo mencionamos cuáles eran dichas diferencias. Básicamente, son las siguientes:

- Los derechos reales son absolutos, son oponibles *erga omnes*, dando origen a las acciones reales, cuya finalidad es mantener el derecho, pudiendo ejercerse las veces que sea necesaria para defenderlas. Los derechos personales son relativos, se tienen contra personas determinadas y una vez ejercida la acción para el cobro desaparecen.

Sobre este tema, como ya mencionamos anteriormente, es claro que no solo los derechos reales son oponibles *erga omnes*. Actualmente, algunos derechos personales pueden ser susceptibles de oponibilidad como el arrendamiento, el mandato o el contrato de opción inscritos. Incluso estas titularidades pueden ser opuestas a otros derechos reales.

- El derecho real otorga un *ius preferendo* por el que descarta a todos los derechos crediticios y determina su rango por antigüedad. El derecho personal supone una igualdad para todos los titulares, salvo el caso de los privilegiados.

Creemos que esto también es incorrecto, pues no debe perderse de vista que actualmente los derechos reales pueden ser perfectamente desplazados por un derecho personal o crediticio en la medida que, por ejemplo, estos tengan una mayor antigüedad en el registro. Así, un arrendamiento puede ser perfectamente oponible al nuevo propietario en tanto que haya sido inscrito con anterioridad a la adquisición de dicho derecho real.

- El derecho real concede el *ius perseguendi* por lo que se puede oponer a cualquiera que se encuentre en posesión de la cosa. Sin embargo, no es un principio absoluto y tiene excepciones (adquirente de buena fe de un bien mueble contra quien no cabe la reivindicación). Los derechos personales no gozan de este privilegio.

Al respecto, como ya se adelantó anteriormente, la posibilidad de perseguir el bien para recuperar la posesión del mismo se encuentra relacionada, en estricto, con la acción reivindicatoria y esta es un medio de tutela procesal que no puede ser invocada a efectos de diferenciar el contenido esencial de dos derechos materiales como son los derechos reales y los derechos personales.

Lo que ocurre es que el dualismo clásico equipara incorrectamente a la reivindicación con la oponibilidad, sin tomar en cuenta que esta última va más allá de ella, pudiéndose hablar incluso de dos nociones de oponibilidad, tal y como se expuso en apartado 1.1 del presente trabajo.

- Los derechos reales solo pueden ser creados por ley teniendo un número limitado (*numerus clausus*). Los personales resultan ilimitados (*numerus apertus*).

Sobre este punto, los partidarios de la tesis dualista no toman en cuenta que algunos ordenamientos jurídicos pueden optar por tener un sistema de *numerus apertus* de los derechos reales, con lo cual no existiría diferencia alguna con los derechos personales que también pueden ser constituidos por la autonomía privada sin ningún problema. El elegir entre una lista cerrada o una lista abierta es un tema de opción legislativa.

- Los derechos reales se adquieren por usucapión; los personales no, pues no son susceptibles de posesión.

Esta premisa es muy limitada en tanto que establece que la generalidad de los derechos reales se adquiere por usucapión cuando en realidad solo el derecho real de propiedad y la servidumbre aparente son las que pueden adquirirse a través de ese hecho jurídico. No es una figura común a todas ellas que permita tenerla en cuenta como un elemento diferenciador.

Estas eran las principales diferencias que el dualismo clásico establecía entre los derechos reales de los personales y en base a las cuales dotaba de oponibilidad solo a los primeros. Sin embargo, como podemos observar, dichas “diferencias” en realidad no son del todo ciertas y no marcan ninguna distinción sustancial entre todas ellas.

Ahora bien, podría señalarse que existen otros elementos **a partir de los cuales podría concluirse que existen algunas diferencias fundamentales entre ambos derechos**, como, por ejemplo, el hecho de que los derechos reales siempre recaen sobre bienes materiales y, por tanto, siempre está de por medio la posibilidad del uso y disfrute sobre los mismos o que la propiedad-derecho real por excelencia- es un “poder” jurídico que goza de cuatro atributos que los demás derechos personales no tienen. Como veremos, **ello no es cierto, por lo que no se justifica dar un mayor tratamiento y protección (oponibilidad) a los derechos reales y dejar de lado a los derechos personales.**

Es común escuchar que los derechos reales recaen solo sobre bienes, es decir, que tienen por objeto a dichos entes, mientras que los derechos personales no necesariamente recaen sobre un bien, sino que tienen por objeto, por lo general, una prestación que no necesariamente se encuentra relacionada con un bien como, por ejemplo, el caso de un contrato de prestación de servicios de clases de matemática¹³.

¹³ Decimos por lo general ya que existen algunos derechos personales en los cuales no necesariamente se puede encontrar una prestación entendida esta como una conducta que tenga que realizar el deudor para satisfacer el interés del acreedor. Dentro de estos supuestos tenemos, por ejemplo, al contrato de opción, el contrato de cesión de crédito o de cesión de posición contractual o la transferencia de la propiedad inmobiliaria. En todos esos casos no hay ninguna prestación que tenga que realizar el “deudor”.

Sobre este tema creemos que se deja de lado un aspecto que, si bien es conocido por muchos, pasa desapercibido por razones inexplicables. Si bien los derechos reales tienen por objeto siempre a los bienes, no debe perderse de vista que los mismos pueden ser materiales (cosas) o inmateriales. Dentro de este último grupo, creemos, que puede ubicarse sin problema alguno al crédito, así como a otras situaciones jurídicas subjetivas.

En ese sentido, nótese que el legislador ya dio un paso importante en este aspecto al catalogar al crédito como un bien mueble sobre el cual puede recaer una garantía mobiliaria¹⁴. Además de ello, no debemos perder de vista que en nuestro patrimonio se encuentran comprendidos no solo los bienes materiales, sino también cualquier situación jurídica subjetiva de la cual seamos titular. Y es que lo importante a efectos de catalogar a un bien en el sentido jurídico es que pueda ser objeto de comercio por cuanto la ley no lo prohíbe, que tenga la aptitud de satisfacer intereses dignos de tutela y que sea cierto, lo cual permite que sea oponible.

Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿el crédito puede -jurídicamente- ser considerado un bien (más allá de que la actual Ley de Garantía Mobiliaria así lo señale)? creemos que sí. En efecto, un crédito -como cualquier otra situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad- puede ser susceptible de ser **transmitido** a través de un contrato de cesión, salvo que ley o las partes lo prohíban o que por la naturaleza del mismo no pueda ser cedido.

Asimismo, dicha situación jurídica tiene la aptitud de poder **satisfacer algunos intereses dignos de tutela** como sería el caso de una cesión de crédito *pro soluto*. Finalmente, el crédito es susceptible de **oponibilidad** en el sentido de que nadie puede vulnerar al mismo en tanto que todos tienen el deber de respeto hacia él como con cualquier otra situación jurídica subjetiva.

En esa línea, es posible sostener entonces que tanto en los derechos reales como en los derechos personales se encuentra de por medio un bien (material o inmaterial), con la peculiaridad que los primeros -casi siempre- tendrán por objeto a bienes materiales (un caso de un bien inmaterial, como ya mencionamos, sería el de la garantía mobiliaria sobre un crédito o el de un usufructo sobre el mismo). En el caso de los segundos, podemos encontrar de por medio en ellos un bien inmaterial peculiar denominado crédito -o, porque no, a un derecho potestativo que, bajo

¹⁴ En efecto, el inciso 7 del artículo 4 de la nueva Ley de Garantía Mobiliaria (Decreto Legislativo N° 1400) establece que el crédito es un bien mueble susceptible de ser dado en garantía.

las características antes anotadas, puede ser considerado también un bien inmaterial-, o un bien material determinado con el cual se realice el pago.

Respecto al tema del uso y del disfrute, también es común escuchar que solo en los derechos reales cabe hablar de dichos atributos, pues en ellos casi siempre se presentaría la posibilidad de poseer y disfrutar (obtención de frutos o provechos) el bien sobre el cual recaen, mientras que en los derechos personales ello no sería posible. Sin embargo, creemos que esa afirmación tampoco es del todo cierta. En efecto, no puede negarse que algunos derechos personales tienen por objeto el uso y eventualmente el disfrute de algunos bienes: el arrendamiento, subarrendamiento, comodato, etc.

Además de ello, piénsese en los títulos valores que hayan sido emitidos con efectos *solutorios*, es decir, que por efecto de la entrega de los mismos se haya extinguido la relación causal. El poseer ese título valor (soporte físico que constituye el crédito en sí mismo) es un comportamiento que revela una titularidad del acreedor cambiario sobre el crédito materializado.

Teniendo ello en cuenta, es posible entonces usar y disfrutar (explotar) sin problema alguno un derecho personal. Por ejemplo, la circulación que se puede hacer de un título valor o de un crédito a fin de realizar el pago de una deuda. Entonces, los atributos del uso y del disfrute, en estricto, no son exclusivos de los derechos reales por lo que no pueden ser tomados en cuenta como supuestos criterios de distinción entre ellos y los derechos personales y, peor aún, concluir en base a ello que solo los primeros son oponibles y los segundos no.

Además, debe tenerse en cuenta que, incluso en el caso de los derechos reales, existen algunos en los cuales no necesariamente se tiene un control fáctico (posesión) sobre un bien material. Por ejemplo, el usufructo sobre un crédito, el de la hipoteca de un derecho de superficie o sobre una concesión o también la garantía mobiliaria constituida sobre un crédito. En todos estos casos, el objeto de los derechos reales antes mencionados no son bienes materiales sobre los cuales se pueda ejercer posesión. Siendo ello así, una vez más, podemos advertir que la posesión no es un elemento sustancial y transversal a todos los derechos reales que permita marcar una diferencia con los derechos personales al punto de que se otorgue mayor protección por ello solo a los primeros y no a los segundos.

Adicionalmente a todo lo expuesto, podría pensarse que en el caso de la propiedad - derecho real por antonomasia- al contar esta con los atributos del uso, disfrute, disposición y reivindicación -según lo establecido por el artículo 923 del Código Civil- sería no un derecho, sino un poder que se encontraría por encima de los derechos personales, por lo que el mismo sí sería oponible y los otros no¹⁵.

Al respecto, creemos que existe un error al considerar a la facultad de disposición y de reivindicación como contenidos del derecho de propiedad, pues en realidad son dos aspectos que se encuentra fuera de él, por lo que no pueden ser tomados en cuenta al momento de su estudio sustancial, menos aún, para que, en base a ellos, se otorgue una mayor protección a la propiedad por sobre el crédito¹⁶.

En efecto, respecto a la facultad de disposición, el profesor Freddy Escobar -siguiendo al destacado jurista August Thon- señala que ella no pueda formar parte del derecho de propiedad en atención a lo siguiente:

“Una cosa es lo que ocasiona la **transferencia de un objeto** (facultad de disposición) y otra muy distinta el **objeto materia de tal transferencia** (el derecho subjetivo que en este caso es la propiedad).

¹⁵ Creemos que esto es un rezago de las antiguas ideologías que colocaban al centro de todo el sistema económico a la propiedad -sobre todo a la predial- y como efecto paralelo a ello los sistemas jurídicos también colocaban y calificaban a dicho derecho real como un poder en base al cual funcionaba todas las relaciones comerciales e incluso las políticas.

¹⁶ Antes de verificar el contenido esencial de la propiedad, es necesario tener en cuenta cuál es el contenido esencial del derecho subjetivo de crédito. Sobre este punto -siguiendo al profesor español Luis Díez-Picazo- creemos que el mismo tiene como contenido primordial a dos facultades: (i) la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación y (ii) la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio del mismo a fin de satisfacer su interés con lo que se obtenga de su ejecución, o haciendo que otro haga o deshaga lo que tenía que hacer o no hacer a costa de aquel.

Nótese que, como bien indica el profesor español, esta última posibilidad de dirigirse contra al patrimonio del deudor implica también la facultad del acreedor de realizar lo necesario a fin de salvaguardar esa futura ejecución y, de ese modo, permitir que el deudor cuente con patrimonio suficiente para satisfacer su interés. Son manifestaciones de esta facultad, por ejemplo, la denominada acción pauliana (Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 1996, págs. 102-103).

Finalmente, debemos señalar que -en línea con lo establecido por el referido profesor- las facultades antes señaladas no son las únicas con las que cuenta el acreedor. Existen otras más que conforman el elenco de facultades que tiene todo acreedor como sujeto que ocupa la posición activa de la relación obligatoria. Es el caso, por ejemplo, de negarse a recibir el pago de manera justificada.

Si se está a que lo transferido es el derecho de propiedad (...), no hay duda de que tal derecho deviene en **objeto de un “acto de transferencia”** y, por ende, en **objeto de una “fuerza” o “poder”** que produce tal acto. Ahora bien, semejante “fuerza” o “poder” **no puede estar ubicada al interior del objeto sobre el cual actúa**, pues no es posible afirmar, sin contrasentido de por medio, que cierta parte de una “entidad” es capaz de actuar sobre toda la “entidad” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 111).

En ese mismo sentido, indica que ya anteriormente se ha dicho que: “es un error evidente el sostener que la facultad de disposición es un poder que entra en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es objeto de la enajenación. Pero la fuerza que transmite la propiedad no puede formar parte de ella” (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001) (Ver su nota de página N° 28).

En realidad, “dicha facultad se coloca al **exterior** del derecho de propiedad, como un **poder abstracto y general** (...), el cual deriva de la relación de titularidad o pertenencia. Por tanto, tienen dicha facultad no solo el titular del derecho de propiedad sino también los titulares de los demás derechos subjetivos “disponibles” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 112).

Ahora bien, dicho poder jurídico, no es otra cosa que:

“La **genérica** posibilidad de operar sobre la realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de la realidad preexistente. A diferencia de lo que ocurre con ciertos derechos subjetivos, el poder jurídico no requiere de una situación jurídica subjetiva que garantice su actuación, en tanto que dicho poder, al resolverse en la -genérica- aptitud de actuar con efectos jurídicos, viene a constituir una **facultad autosuficiente** (...)” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 113).

De la mano de la característica de la autosuficiencia, se encuentra el de la generalidad de su objeto:

“En efecto, mientras el derecho subjetivo “recae” sobre un objeto “concreto”, el poder jurídico “recae” sobre uno “general” -o “abstracto”-, entendiendo por tal a aquel que no se materializa, de modo exclusivo, en una entidad determinada.

Así, por ejemplo, el poder de disponer no recae sobre el derecho de propiedad que Primus tenga sobre su caballo Saturno sino **sobre todos los derechos propiedad que integran [o integrarán] su patrimonio y más aún sobre todos los demás derechos subjetivos- distintos del de la propiedad -que, formando parte del mismo, son susceptibles de disposición.** Tal poder, en consecuencia, no depende de cierta “entidad” concreta e individualizada -derecho de propiedad sobre el caballo Saturno-, de manera que su existencia esté supeditada a la existencia de este último” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 113).

“Como consecuencia lógica de ello se deriva que el poder que se tiene para constituir un derecho real de garantía tampoco forma parte del contenido del derecho de propiedad” (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 112).

Respecto a la reivindicación, lo primero que se debe tener en cuenta es que esta “facultad” busca satisfacer un interés distinto y autónomo del que busca satisfacer los atributos del uso y del disfrute. En efecto, “a diferencia de las facultades de usar y disfrutar, que están dirigidas a satisfacer un interés consistente en obtener provechos, utilidades o ventajas (de la cosa), la facultad de reivindicar está dirigida a satisfacer un **interés consistente en recuperar la posibilidad de actuar sobre la cosa (...), en recuperar su posesión para de ese modo tener la posibilidad fáctica de “aprovecharse” de la misma**” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, 2001, pág. 114).

En esa línea, la posibilidad de reivindicar la posesión de un bien es considerada más bien un mecanismo de tutela procesal del derecho de propiedad, esto es, una herramienta que el ordenamiento le otorga al titular de este derecho para eliminar las consecuencias negativas que supone el incumplimiento, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no interferir en la esfera jurídica ajena.

Debe indicarse que si no se admite esto y, por el contrario, se insiste en que esta facultad forma parte del contenido del derecho bajo examen, tendría que aceptarse, para guardar un mínimo de coherencia, que la facultad que el propietario tiene de exigir el pago de un resarcimiento por los daños que sufre el bien objeto de su derecho, también es parte integrante de este último (o sea, de la propiedad), lo cual constituye un absurdo desde la sola constatación de la naturaleza crediticia de aquella facultad.

En efecto, si la facultad de reivindicar y de exigir el referido resarcimiento son mecanismos de tutela del derecho de propiedad, ¿por qué una estaría dentro del derecho mismo y la otra no? O ambas forman parte del contenido de este derecho o ambas son extrañas a él. No puede aceptarse que una esté dentro del derecho y la otra fuera. La lógica rechaza esta postura (Escobar Rozas, *Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil*, 2001, pág. 115).

Asimismo, nótese que: “tan pronto como los intereses que soportan estas facultades son realizados, ellas dejan de existir. Y nótese, finalmente, que las mismas pueden volver a surgir cada vez que el bien objeto del derecho de propiedad se encuentre en posesión de un tercero sin título o cada vez que sufra alguna afectación material” (Escobar Rozas, *Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil*, 2001, pág. 116).

Finalmente, creemos que también resulta importante tener en cuenta que el grupo de trabajo que se formó para realizar algunas modificaciones al Código Civil vigente¹⁷, ha elaborado un anteproyecto de reforma en el cual se propone modificar el artículo 923 del Código Civil, el cual -como ya vimos- establece cuáles son los contenidos del derecho de propiedad.

En el anteproyecto se establece que la propiedad es un derecho y se deja lado la actual redacción de dicho artículo que establece que el mismo es un poder. Se cambia la denominación de “poder” por “derecho”. Lo que parece ser un simple cambio de palabras es en realidad un gran paso a dejar de lado prejuicios académicos que nublaron por mucho tiempo a nuestros tribunales y maestros universitarios.

¹⁷ Dicho grupo de trabajo fue conformado en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS.

Creemos que la propiedad no puede ser catalogada como un poder jurídico, pues no es una categoría autosuficiente y general como sí lo son el poder negocial, el poder de disposición, el poder de adquisición y el poder de acción. **Justamente llamarlo “poder” ha hecho que muchos piensen que se trata de una situación jurídica muy peculiar que está por encima de otros como el crédito o el derecho potestativo y que, por tanto, es la única que puede ser oponible erga omnes.** Hacen bien entonces los actuales miembros del grupo de trabajo en denominarlo derecho, pues en efecto, es un derecho subjetivo que merece el mismo grado de protección que los demás.

Adicionalmente a ello, en el mismo anteproyecto ya no se coloca como uno de los atributos de la propiedad a la reivindicación, sino que la misma queda establecida como un mecanismo por el cual se protege a ella, evidenciando con ello que dicha “facultad” es una figura de naturaleza procesal y no material.

Finalmente, y a pesar de todo lo mencionado precedentemente, hay quienes podrían sostener que sí existe una diferencia sustancial entre los derechos reales y los personales que justamente hace que el primero puede ser dirigido contra una generalidad de personas, mientras que el segundo no. No referimos al *status* estático de los derechos reales y al dinámico de los derechos personales.

Se ha dicho que los derechos reales, al recaer sobre bienes, para efectos de su satisfacción y obtención de provechos sobre los mismos, no requiere de la presencia o de la conducta de otra persona que permita o dé lugar a ello. El titular del derecho obtiene los beneficios del bien por su sola actuación sobre ella (situación estática del derecho real).

En el caso de los derechos personales, sí sería necesaria, a efectos de lograr la satisfacción del interés del sujeto activo, de la conducta (prestación) del sujeto pasivo o al menos de la concurrencia o presencia de este en la relación jurídica sin que se tenga que realizar una actividad¹⁸ (situación dinámica del derecho personal).

¹⁸ Nos referimos, por ejemplo, al caso del contrato de opción o al de cesión de créditos en los cuales no existe una prestación en el sentido jurídico de la palabra. No hay un deudor que tenga que realizar una conducta para la satisfacción del interés de su contraparte (acreedor).

Al respecto, nosotros creemos que esto no es del todo cierto, pues en el caso de los derechos reales si bien la obtención de los provechos o utilidades se logran por el uso y disfrute que el titular del mismo realiza sobre la cosa, es necesario, en la gran mayoría de los casos -por no decir todos-, para efectos de adquirir dichos beneficios, que el titular del derecho real entable relaciones contractuales con los demás miembros de la sociedad.

El uso y disfrute de un bien es casi inconcebible por la sola conducta del titular del derecho real. No es posible explotar un bien por sí mismo. Las utilidades y beneficios se obtienen a partir del intercambio económico, o, en otras palabras, a partir de la dinámica y no de la “estática” económica.

Por ejemplo, el caso del titular de un predio que pretenda obtener una ventaja económica sobre el mismo (un fruto civil), podría celebrar un arrendamiento para obtener de ella una renta que le permita tener mayores utilidades. Requiere vincularse con otras personas para explotar sus bienes. Con esto no queremos decir que no existan casos en los cuales el titular de un bien pueda obtener ventajas del mismo sin la necesaria presencia o vinculación con otras personas a través de relaciones obligatorias -sería el caso, por ejemplo, de la obtención de frutos naturales o industriales de un predio agrícola-, sino que queremos resaltar que **la tendencia es que sea necesaria la vinculación económica para obtener los provechos o frutos necesarios del bien.**

En ese sentido, se ha señalado que: “las nuevas tendencias obligan a cambiar, incluso, la concepción del elemento subjetivo en la propiedad. De hecho, el propietario tiene a su cargo una serie de **obligaciones** derivadas de su titularidad, y cuyos **acreedores** son, en cierta manera, un “**sujeto activo universal**”. Se le exige así al propietario **usar y explotar la propiedad en armonía con el interés social**” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 303).

En efecto, el legislador ha reconocido en el artículo 923 del Código Civil que: “*la propiedad (...) debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*”. Una de las formas de lograr el interés social es apuntar a realizar lo necesario para que los **intereses generales** sean satisfechos. Es maximizar la eficiencia y para ello es necesario, qué duda cabe, el intercambio.

Incluso, “la concepción orgánica de la relación [jurídica] lleva a que en una misma podamos tener una función dinámica y estática. Una hipoteca genera un status, pero, como

garantía de crédito, desarrolla también la función dinámica (...). El problema sigue siendo siempre el mismo, las categorías [como las de reales y obligaciones], como toda “tipología”, son flexibles y permeables a la realidad que las supera en complejidad. Así, (...) en realidad la doctrina tradicional [dualismo clásico] tiende a identificar como relaciones reales a aquellas relaciones jurídico-patrimoniales que han desarrollado una función estática, principalmente, por medio de los postulados de la inmediatez, exclusividad y oponibilidad absoluta” (Bullard González, 2011, págs. 300-301).

Y, como hemos desarrollado anteriormente, dichos postulados no son propios ni inherentes de forma única a los derechos reales. Entonces, podemos concluir que los criterios de la “estática” y “dinámica” tampoco son aspectos sustanciales que permitan diferenciar del todo a los derechos reales de los personales.

La finalidad por la cual hemos hecho notar que en estricto no existen diferencias sustanciales entre los derechos reales y los personales -salvo el caso de la prescripción adquisitiva que solo aplica para la propiedad y la servidumbre aparente- es que, **en base a esas supuestas diferencias**, se concluía que el primero era absoluto y el segundo relativo o, lo que es lo mismo, que solo el primero era oponible *erga omnes*, mientras que el segundo no. Con esto hacemos notar que esas supuestas diferencias en realidad son equivocadas y no son completamente ciertas por lo que no se justifica dar un tratamiento desigual a dichos derechos.

Incluso, si existieran esas supuestas “diferencias”, creemos que ambas situaciones jurídicas subjetivas son oponibles *erga omnes*. No se debe sobredimensionar o sobrevalorar a los derechos reales cuando estos tienen el mismo rango que los personales. La oponibilidad es **inherente** a toda relación jurídica.

Todo lo expuesto nos lleva incluso a preguntarnos ¿qué trascendencia tiene la distinción entre los derechos reales y los derechos personales? o ¿cuál es el efecto práctico de dicha clasificación? ¿se justifica esa dicotomía? creemos que no.

En primer lugar, creemos que existe un error generalizado en clasificar a las cosas o a alguna materia de manera forzada por el solo hecho de encontrar algunos pocos elementos que los hagan distintos entre sí. Ni bien se encuentra algo que diferencie dos cosas -por inercia académica- se divide en dos a la materia estudiada. Esto, en principio, es correcto; sin embargo, se torna en

peligroso -y aquí está el error- cuando luego de realizar una clasificación -sobre la base de elementos **accesorios**- se otorga a una de ellas una mayor relevancia que la otra.

Esto es lo que ha sucedido justamente con el dualismo clásico. En realidad, entre las categorías de “reales” y “obligaciones” no existen elementos diferenciadores preponderantes que los hagan distintos en esencia a tal punto de preferir a uno y excluir o relegar al otro. Es por ello que, siguiendo al profesor Bullard, creemos que:

“Ni en la naturaleza ni en los efectos, encontraremos alguna diferencia importante. Quizás uno de los pocos principios es el del *numerus clausus* en el caso de los derechos reales. Pero ello responde a una racionalidad ni siquiera respetada por el propio Código.

Los *status*, en cuanto **oponibles a todos**, deben estar contemplados y tipificados legislativamente, dotándolos de mecanismos de reconocibilidad que nuestra legislación no reconoce en todos los casos. Los costos y los riesgos de transacción serían elevadísimos si para que alguien sea respetado por todos los individuos en el uso y el disfrute de un bien, tuviera que celebrar contratos con todos ellos. Pero al mismo tiempo, tengo que garantizarles a todos los demás el **conocimiento suficiente** como para que no vulneren mi derecho sin saberlo” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 310).

Y es que: “cuando un interés económico, que el sistema jurídico pretende proteger, resulta efectivamente tutelado logrando que solo una persona pueda disfrutar, usar o disponer de un bien, configurando un status respecto al mismo, el sistema jurídico creará una relación oponible a todos, prohibiéndoles toda conducta perturbadora (como en el caso de la propiedad). Cuando otro interés se encuentra tutelado por la actividad de alguien en particular, se dotará al titular de la posibilidad de exigir el comportamiento al obligado (un crédito, por ejemplo).

Cuando se requiera ambas cosas, el Derecho se pronunciará en ambos sentidos; se opondrá a todos una relación y se exigirá a alguien un comportamiento específico (un arrendamiento inscrito o un usufructo). Es una simple correlación entre problemas y soluciones. Y a problemas distintos, distintas respuestas. Por ello, nos inclinamos por una posición pluralista que libere al legislador del imperativo de catalogar a las relaciones jurídicas o en el libro de reales o en el relacionado con las obligaciones. **Debemos hablar de una gran categoría (si queremos de un solo libro en el Código): las relaciones jurídico-patrimoniales.** Las subcategorías se definirán

conforme a la realidad, a través de la pluma del legislador” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, págs. 311-312).

En ese sentido, el profesor de la PUCP señala lo siguiente:

«Lo que interesa es que el sistema jurídico-patrimonial desarrolle **coherencia interna**, y ello implica, en una concepción occidental moderna del Derecho, el cumplimiento de dos premisas básicas:

La primera de ellas es que **el grado de oponibilidad debe estar en relación directa con el grado de reconocibilidad que la relación jurídica haya generado por diversos mecanismos de conocimiento objetivo y subjetivo (...)**. [El conocimiento de la relación jurídica a través de dichos mecanismos de reconocibilidad generaría, inmediatamente, que las situaciones jurídicas subjetivas que conforman dicha relación gocen de una oponibilidad propiamente dicha y de una oponibilidad dinámica, según la clasificación desarrollada al inicio del presente capítulo].

La segunda, íntimamente relacionada con la anterior, es que el sistema establezca prelación clara en cuanto qué relación jurídica prima cuando tenemos dos o más de ellas en conflicto. Esto dependerá, en mucho, del grado de oponibilidad y, con ello, del grado de reconocibilidad que tenga la relación jurídica como tal (...).

Logrando que estas dos premisas se plasmen en el sistema jurídico, poco importará si una relación jurídica es real, obligatoria, comparte ambas naturalezas o no es ninguna de las anteriores (...). **Interesa definir coherentemente cada relación jurídica en el sistema, antes que saber a qué “categoría” pertenece»** (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, págs. 312-313).

En esa línea, la profesora María de los Ángeles Murillo indica que:

“(…) existe una tendencia de acercamiento entre los derechos reales y personales, la publicidad generadora de **oponibilidad** o de efectos *erga omnes*, acercan a ambos derechos y acortan sus diferencias. La tendencia moderna en realidad se debe referir más a **derechos patrimoniales** que a las distinciones clásicas, así se establecen reglas de derecho claras, sin prohibiciones y distinciones que no conducen a nada, pues el derecho debe garantizar la seguridad

y la libertad, permitiendo la libre asignación de recursos escasos, para la maximización de beneficios” (De Los Ángeles Murillo, 1997, pág. 115).

A partir de todo lo expuesto, creemos que el análisis que se ha realizado acerca de los distintos grados de oponibilidad que tienen una serie de relaciones jurídicas -venta inmobiliaria, arrendamiento, contrato de opción, etc.- nos arroja como saldo una conclusión importante:

“El sistema dual de oponibilidad, basado en la distinción tradicional entre relaciones jurídico-reales y relaciones jurídico-obligatorias, ha perdido vigencia, existiendo una tendencia para identificar el grado de oponibilidad con el desarrollo de mecanismos de reconocibilidad” (Bullard González, 2011, pág. 392), **cualquiera sea la relación jurídica de la que se trate**. Siendo ello así, podemos concluir perfectamente que: “la **oponibilidad** está en una relación **directamente proporcional** con el grado de **certeza y publicidad** que concede el mecanismo de reconocibilidad” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 393).

En esa línea, se ha señalado, por ejemplo, que: “el registro, como mecanismo de reconocibilidad, prima incluso sobre una pretendida calidad “sobrenatural” del derecho real¹⁹. **Y, en tal sentido, la distinción poco importaría: lo oponible es lo primeramente inscrito, sin importar si lleva el adjetivo de real o de obligacional**” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 329).

Lo señalado por el profesor Bullard nos parece muy ilustrativo, pero queremos ir un poco más allá: lo oponible no es solo lo primeramente inscrito, sino **lo primeramente conocible** -por distintos medios de publicidad eficientes²⁰- por todos. Y una vez que tomamos conocimiento de alguna relación jurídica tenemos el deber de respetar la misma, sin importar si lleva el calificativo de real u obligacional, pues, como se ha mencionado reiteradamente, “**la tutelabilidad erga omnes es una característica no exclusiva de algunas, sino propia de todas las situaciones de ventaja y, por lo mismo, también de todos los derechos subjetivos sin excepción**” (énfasis agregado) (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 382).

¹⁹ Por ejemplo, sería el caso de un arrendamiento inscrito contra el nuevo propietario del bien que adquirió el mismo luego de la inscripción de dicho derecho “personal”.

²⁰ Como la posesión, documentos oficiales de identificación o acreditación, o cualquier otro que garantice fehacientemente que un sujeto de derecho **conoce** el contenido de una relación jurídica y, por tanto, a los titulares de las situaciones jurídicas subjetivas que conforman dicha relación.

En ese sentido, “la oponibilidad de una relación implica que estoy en posibilidad de exigir el cumplimiento de los comportamientos que constituyen su objeto, sin que nadie pueda interferir en ella” (Bullard González, 2011, pág. 375), pues al tomar conocimiento de la misma, no es posible que pueda alterar o vulnerar su contenido de ninguna forma, dando cumplimiento así al deber genérico de no dañar a nadie. Teniendo ello en cuenta, **en el caso del suministro con exclusividad que hemos expuesto en el planteamiento del problema de nuestra investigación, el mismo -según lo hasta ahora desarrollado- puede ser opuesto sin ningún problema a todos aquellos que lo hayan conocido a través de algún mecanismo de reconocibilidad**²¹.

Una vez que hayan tomado conocimiento de dicho pacto (derecho “personal”) surge en ellos el deber de no lesionarlo o, lo que es lo mismo, el deber general de no perjudicarlo -conocido también como *alterum non laedere*- lo cual implica que dicho pacto les es oponible. Pero ¿qué implicancias tiene esa oponibilidad? ¿cuál es la forma de hacerla efectiva en el supuesto de lesión que hemos planteado? Para responder a estas interrogantes justamente es necesario realizar un análisis del contenido de dicho deber jurídico general, de la relatividad contractual y de otras categorías más para, a partir de ellas, seguir sustentando la hipótesis que hemos planteado en el presente trabajo de investigación. Veamos:



²¹ Precisamos que el análisis que hemos realizado en este apartado sobre la oponibilidad es a partir del estudio de las distintas teorías que explican el funcionamiento y estructura de las relaciones jurídico patrimoniales (dualistas, monistas y pluralistas) y de cómo está regulada en nuestro propio sistema la oponibilidad y cómo deberíamos entenderla. En el siguiente capítulo llegaremos a la misma conclusión (la oponibilidad es propia de todas las situaciones jurídicas subjetivas y, con ellas, de todas las relaciones jurídicas), pero analizando de forma particular a la relación jurídica contractual conjuntamente con otras figuras como el deber genérico de no dañar a nadie, la regla de la relatividad contractual, la tutela aquiliana del crédito y otras más.

CAPÍTULO II: LA Oponibilidad del Crédito frente a Terceros y las Excepciones al Principio de Relatividad Contractual

2.1 Sobre la noción de relación jurídica y las situaciones jurídicas subjetivas

Creemos que, antes de seguir con el desarrollo de nuestra investigación, es necesario detenernos a analizar de forma breve dos instituciones que resultan importantes conocer a fin de tener un mejor entendimiento de la solución que pretendemos dar al problema planteado. Nos referimos a las situaciones jurídicas subjetivas y a la relación jurídica. Comencemos por el primero.

Bien sabemos que el sistema jurídico tiene por objeto la regulación de las conductas sociales a fin de lograr una pacífica convivencia humana. Ahora bien, esta tarea se torna en compleja debido a que los **bienes** con los que contamos no son los suficientes para poder realizar determinados **intereses** que se encuentran dirigidos a satisfacer una variedad de **necesidades**. El fenómeno sociológico-jurídico de lograr el bien común -pacífica convivencia- gira entonces, básicamente, en torno a tres elementos: necesidad, bien e interés.

La necesidad viene a ser una sensación de carencia de algo o el estado de insatisfacción que padece un determinado sujeto de derecho. El bien es ese “algo” con el que no se cuenta y que es idóneo para eliminar aquel estado de insatisfacción. Ahora bien, el sujeto de derecho que experimenta una sensación de carencia y es consciente de la aptitud que tiene un bien para desaparecer dicha sensación, llega a tener una aspiración respecto al mismo, y esta aspiración es la que justamente debemos entender como interés (Nicoló, 2005, pág. 106).

La vida de relación social es, en puridad, una lucha o pugna de intereses. Entonces, para lograr una adecuada regulación que permita una convivencia ordenada y justa, lo que hace el ordenamiento es una **valoración** de los intereses, **reconociendo** a aquellos que sean dignos de tutela y, por tanto, otorgándoles los medios o herramientas necesarias para su satisfacción.

Para realizar esta actividad de valoración y de reconocimiento de intereses, el ordenamiento jurídico recurre justamente a lo que son las situaciones jurídicas subjetivas para que, en base a ellas, agrupe a los mismos en función a si se trata de un interés que debe ser realizado o “sacrificado” y si el mismo permite o no posibilidades de actuación. Veamos.

Una situación jurídica no es otra cosa que la posición que asume u ocupa un sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 352). Ahora bien, como quiera que -como se mencionó anteriormente- los bienes con los que contamos son insuficientes para la satisfacción de nuestras necesidades, el ordenamiento debe “sacrificar” un interés y, como contrapartida a ello, realizar o satisfacer otro.

En ese sentido, se ha dicho que cuando ocurre esto último, esto es, cuando la situación jurídica implica la supremacía de un interés frente a otro, la misma es una de **ventaja**, pues considerando su particularidad, **garantiza a quien lo experimenta la obtención de su realización**. En el primer caso, esto es, cuando la situación jurídica implica la “subordinación” de un interés frente a otro, la misma es una de **desventaja**, pues dicho interés es “sacrificado”, **sirviendo de instrumento para la realización del otro interés** (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 353).

Ahora, la situación jurídica de ventaja puede ser, a su vez, activa o inactiva, lo cual dependerá de si el ordenamiento concedió o no a su titular la posibilidad de obrar o de actuar. Así, será **activa** si es que le permite obrar para realizar el interés que busca satisfacer; será **inactiva** si es que, por el contrario, no permite posibilidades de actuación para obtener dicho resultado. En ese sentido, serán situaciones jurídicas subjetivas de ventaja activa el derecho subjetivo, el derecho potestativo y el poder jurídico; mientras que constituirán situaciones jurídicas subjetivas de ventaja inactiva el interés legítimo y la expectativa.

Asimismo, la situación jurídica de desventaja puede ser también, a su vez, activa o inactiva, lo cual dependerá de si su titular debe o no actuar para lograr realizar o satisfacer -cumplir- el interés del otro sujeto. En ese sentido, serán situaciones jurídicas subjetivas de desventaja activas el deber jurídico y la carga; mientras que la única situación jurídica subjetiva de desventaja inactiva es el estado de sujeción.

Estas son pues las situaciones jurídicas subjetivas que subyacen en nuestro sistema jurídico. Ahora bien, una figura que se encuentra íntimamente ligada a ellas es el de la relación jurídica, pues, como se verá a continuación, esta es la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas subjetivas opuestas o heterogéneas. Veamos:

En toda la historia general del Derecho, la relación jurídica fue una de las instituciones que más llamó la atención de toda la doctrina. Muchas teorías se han esbozado al respecto, resaltando entre ellas la de la intersubjetividad propuesta por Friedrich Carl Von Savigny, la teoría de la interconexión establecida por Andreas Von Tuhr, la teoría normativa desarrollada por Doménico Barbero y Hans Kelsen y el de la homogeneidad creada por Luigi Bagolini²².

Luego de una revisión de todo lo esbozado por dichos autores, nosotros nos adherimos a la idea del profesor Freddy Escobar, quien citando a Savigny, como punto de partida de la definición de dicha institución, señala que la misma es una vinculación que se encuentra “conformada por dos elementos: uno “material”, constituido por el entramado social o económico que se producía en la realidad; y otro “formal”, constituido por el “halo” jurídico que revestía al primer elemento” (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 16 y 30).

Y es que una relación jurídica, por sí misma, no puede existir. Así como el color verde no existe en sí mismo, sino solo las cosas de color verde, la relación jurídica no es una categoría autosuficiente, sino que se debe a las relaciones sociales a las cuales - a través del ordenamiento y sistema jurídico- dota de juridicidad, **reconociéndolas** como tales y existiendo, por tanto, las relaciones jurídico-sociales.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es que la relación jurídica es una que solamente puede establecerse entre sujetos de derechos. Esto debido a que el sistema jurídico tiene por objeto la pacífica convivencia social y, como bien sabemos, dicha convivencia solo se expresa o manifiesta en comportamientos que son propios de los sujetos de derecho y no de los objetos de derecho. Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que la relación jurídica es una que vincula a dos o más situaciones jurídicas subjetivas y la titularidad de dichas situaciones jurídicas -que serán analizadas más adelante- únicamente pueden ser ostentadas por los sujetos de derecho.

Esto demuestra entonces el carácter **intersubjetivo** de la relación jurídica. Respecto al alcance de esta intersubjetividad, el profesor Freddy Escobar señala que la doctrina tradicional

²² Realizar un estudio pormenorizado de cada una de dichas teorías escapa a los alcances de la hipótesis que pretendemos sustentar en el presente trabajo de investigación. Un análisis breve y claro de cada una de dichas teorías puede verse en el siguiente trabajo: (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, págs. 15-ss).

entendió a esta de una manera amplia en tanto que, en un inicio, se consideró a la relación jurídica como un vínculo entre dos o más sujetos de derecho determinados o determinables (relación personal) o como un vínculo entre dos o más sujetos de derechos determinados o determinables por un lado e indeterminados por el otro (“relación” real).

Sin embargo, esta forma de entender la intersubjetividad -señala el profesor de la PUCP- fue dejada de lado dado que se había demostrado con incontestables argumentos que **la tutela frente a los terceros es igual para todas las situaciones jurídicas subjetivas** (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 23).

Sin perjuicio de ello, creemos que es factible, si es que se desea realizar una clasificación que ayude a tener un mejor entendimiento de las titularidades “reales” y “personales” (y esto no implicaría por cierto que una de ellas tenga mayor rango que la otra), en hablar de una vinculación **abstracta** y una vinculación **concreta**.

El referido profesor peruano hace bien en señalar que la primera de ellas (la vinculación abstracta) es aquella que une una situación jurídica subjetiva de ventaja activa (cuyo titular es un sujeto activo) con un deber jurídico general (cuyo titular es un sujeto pasivo). Esta vinculación se presenta **siempre**, pues su función consiste en **impedir** que los terceros se interpongan en la satisfacción del interés que sirve de presupuesto a cada situación jurídica de ventaja.

La segunda es aquella que une una situación jurídica subjetiva de ventaja activa (cuyo titular es un sujeto activo) con un deber jurídico específico o con un estado de sujeción (cuyo titular es un sujeto pasivo). Esta vinculación solo se presenta cuando el interés presupuesto de dicha situación jurídica requiere de la **cooperación** o del **sometimiento** de otro u otros sujetos de derecho.

Siguiendo esa línea -y en caso se desee mantener dicha clasificación- compartimos la idea de que una relación jurídica es tanto la que se instaura entre sujetos determinados o determinables como la que existe entre sujetos determinados y determinables por un lado e indeterminados por el otro. La peculiaridad de cada una es que mientras la primera tiene como función la satisfacción de un **interés de goce**, la segunda tiene como objeto la satisfacción de un **interés de protección**, el cual consiste en impedir que cualquier tercero frustre su realización. Esto implica que cualquier

persona tiene el deber de abstenerse de realizar cualquier acto que impida la efectiva satisfacción de dicho interés.

Un aspecto importante a tener en cuenta - y que es precisado por el profesor Escobar- es que resulta incuestionable que las relaciones “abstractas”, en tanto dirigidas a satisfacer un interés de protección, van a estar presentes **siempre en todos los casos, garantizando la existencia de los derechos subjetivos en general**. Así, en el caso de las relaciones “concretas”, esta vincula a dos sujetos, uno de los cuales es el sujeto activo (quien es portador del interés a ser satisfecho) y otro quien viene ser el sujeto pasivo el cual se encuentra llamado a satisfacer dicho interés (deudor, por ejemplo).

En este caso, **dicho interés tutelado no resulta relevante únicamente para ese sujeto pasivo, sino que también -sobre la base de una relación abstracta- se torna en importante para los terceros, de tal modo que se impone a estos el deber de no interferir en su satisfacción**. Por tanto, es claro que existe una vinculación entre el sujeto activo de la relación concreta y el sujeto pasivo de la relación abstracta (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 24).

Siendo ello así, a partir de lo expuesto por el profesor Escobar, hasta ahora podemos concluir que una relación jurídica intersubjetiva es la que vincula dos situaciones jurídicas subjetivas -esto es, dos posiciones que el ordenamiento reconoce a los sujetos de derecho- sin que sea relevante si estas corresponden a uno o más sujetos determinados, determinables o indeterminados pues en uno u otro caso, igualmente estamos ante relaciones jurídicas relevantes que merecen la misma protección y respeto por absolutamente todos (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 25).

Ahora bien, respecto a los polos que conforman la relación jurídica, somos de la idea de que los mismos, necesariamente, siempre son opuestos o heterogéneos. No puede existir una relación jurídica que tenga por categorías vinculadas a dos únicas situaciones jurídicas subjetivas exactamente iguales. En efecto, “ninguna relación jurídica puede cobijar un derecho en frente de otro, en tanto que ello implicaría admitir la coexistencia de dos situaciones de ventaja funcionalmente conectadas, cuyo contenido permitiría a sus titulares obrar de modo simultáneo sobre un mismo objeto” (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 26).

En sentido, el profesor Escobar señala que no puede existir una situación de libertad (o de ventaja) para uno, sin la respectiva situación de necesidad (o de desventaja) para el otro. En realidad, todo derecho (y en general toda situación de ventaja) que se inserte en el contenido de una relación jurídica requiere de la presencia de una situación correlativa y a la vez contraria - o sea un deber jurídico (u otra situación de desventaja) - que posibilite la satisfacción del interés que el mismo presupone.

De lo contrario, pretender que coexistan dos situaciones de ventaja sería una ingenuidad, pues en tal caso los individuos serían libres de actuar y podrían interferirse el uno al otro sin que alguno de ellos pueda pretender tutela, en tanto que ambos actuarían “conforme a derecho” (Escobar Rozas, Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva, 2001, pág. 26).

Nótese que al ser heterogéneos los polos de la relación, estos no deben reducirse únicamente al binomio derecho subjetivo-deber jurídico, en tanto que -como ya se mencionó- existen otras situaciones jurídicas subjetivas que igualmente son heterogéneas y que no deben perderse de vista como son el derecho potestativo, el estado de sujeción, el legítimo interés, la carga, etc.

Hemos visto hasta ahora lo que es una relación jurídica y los tipos de situaciones jurídicas que se encuentran en su estructura. Ahora nos enfocaremos en dos situaciones jurídicas subjetivas cuyo contenido son de vital importancia para lograr solucionar el problema que hemos planteado en el presente trabajo de investigación. Nos referimos al deber jurídico y al derecho subjetivo y, dentro de este, en particular al crédito²³. Veamos:

2.1.1 El derecho subjetivo y su contenido

El derecho subjetivo es otra de las instituciones que más ha sido estudiada por la doctrina, no en vano sobre ella se han esbozado múltiples teorías. En el presente acápite desarrollaremos sucintamente las que más han destacado para luego establecer una definición propia sobre la cual podamos desarrollar nuestra hipótesis.

²³ Para un estudio detallado de las demás situaciones jurídicas subjetivas, recomendamos ver el siguiente trabajo: (Morales Hervias, Las situaciones jurídicas subjetivas, 2008, págs. 330-360).

Una de las teorías que más destacó fue el de la voluntad, la cual fue postulada por Friedrich Carl Von Savigny. Para este notable jurista alemán, el derecho subjetivo tenía como elemento central de su estructura a la pura **voluntad** del individuo, gozando de un ámbito de libertad casi absoluto (Savigny, págs. 257-258).

Posteriormente a dicha teoría, surgió otra que se opuso diametralmente a ella, nos referimos a la teoría del interés. Su autor fue Rudolf Von Ihering, quien consideró que el elemento central de la estructura del derecho subjetivo no era la voluntad del individuo sino su **interés**. Para sustentar ello, Ihering sostuvo enfáticamente que no podía seguir defendiéndose la idea de que la voluntad sea la esencia del derecho subjetivo pues se caería en una abierta e innegable contradicción: algunos sujetos de derechos como son los niños o los enfermos mentales carecen de una voluntad propiamente dicha, pudiendo incluso ignorar su existencia y, a pesar de ello, es incuestionable que estos sí son titulares de una variedad de derechos subjetivos, pudiendo incluso adquirir otros. Es por ello que para dicho autor la esencia del derecho subjetivo no era la voluntad (querer) sino más bien el interés (provecho) (Ihering, 1964, pág. 180).

Adicionalmente a ello, Ihering precisó que al lado del interés se encontraba un segundo componente que lo complementaba: la protección o tutela del mismo. Esta protección era otorgada por el ordenamiento jurídico, es por ello que para este autor el derecho subjetivo no era otra cosa que un interés jurídicamente tutelado (Ihering, 1964, págs. 189-190).

Ahora bien, Ihering posteriormente modifica la noción que había establecido sobre el derecho subjetivo a fin de salvar la contradicción en la que había caído. En efecto, al igual que en el caso de la teoría de la voluntad, al ser el interés ahora el elemento central del derecho subjetivo, no había cómo explicar el caso de los niños o enfermos mentales pues estos, al no poder realizar un juicio de valor, no podían tener la aptitud de portar intereses. Es por ello que Ihering realiza un pequeño “ajuste” a su noción de derecho subjetivo, el cual tendría como esencia no a un simple interés, sino ahora a un “interés medio” (García Maynes, 1965, pág. 190).

Luego de la teoría del interés propuesta por Ihering, surgió otra que fue denominada la teoría de la protección. Su autor fue August Thon. Según el jurista alemán el elemento esencial del derecho subjetivo no era ni la voluntad ni tampoco el interés, sino que el derecho subjetivo era más bien un **medio de protección** de dicho interés. En efecto, para Thon el interés en sí mismo

constituía el **fin** del derecho subjetivo. Así, para él, el derecho subjetivo era el candado que protegía la cueva y no la cueva protegida (como se citó en: Espin Canovas, 1982, pág. 233).

Adicionalmente a ello, Thon señaló que la sola protección del interés no era necesaria para la existencia del derecho subjetivo, sino que el Estado debía garantizar a los sujetos de derecho que puedan utilizar o poner en marcha dicha protección a través de distintos medios de tutela. En ese sentido, el derecho subjetivo quedaba definido como la protección jurídica del interés a través de la pretensión de una tutela de protección efectiva (como se citó en: Espin Canovas, 1982, pág. 234).

Finalmente, otra de las teorías que más resaltó fue la de la “*facultas agendi*”. Esta teoría consideró al derecho subjetivo, en un primer momento, como la **posibilidad de obrar**, es decir, como la facultad jurídica de obrar o actuar dentro de los cánones que la ley permita. A dicha concepción se añadió nuevamente la noción de interés, quedando definido el derecho subjetivo como el poder o facultad de obrar **para** la satisfacción de un interés reconocido por el ordenamiento. Ahora bien, respecto al alcance de dicha facultad de obrar, se señaló que ella era un tanto compleja dado que, por un lado, comprendía la posibilidad de actuar sobre un bien, y por el otro, la **posibilidad de exigir el respeto de todos los demás hacia dicho bien** (Del Vecchio, 1980, pág. 392).

Estas fueron las principales teorías que se elaboraron en torno a la noción del derecho subjetivo. Por nuestra parte, nosotros creemos que la mayoría de ellas no logra explicar sin contrasentidos o de forma completa el elemento esencial de aquel.

En efecto, respecto a la teoría de la voluntad, como ya lo anotó Ihering, no es posible considerar a esta como la esencia o el contenido del derecho subjetivo en tanto que existen sujetos de derechos -como los incapaces sin discernimiento alguno- que no tienen voluntad o incluso ni siquiera son conscientes de su propia existencia y, a pesar de ello, nadie puede negar que ellos gozan de una inmensa variedad de derechos subjetivos: vida, integridad, imagen, etc.

Con relación al interés nosotros creemos que el mismo tampoco puede ser el elemento esencial del derecho subjetivo en tanto que se confundiría el fin (interés) con el instrumento de realización del mismo. Además, reconducir ambas categorías a un mismo fenómeno nos llevaría a dos conclusiones absurdas que se deben evitar.

Primero, el derecho subjetivo no puede ser equiparado al interés porque de ser así, cuando se dice que la caducidad “mata” al derecho, entonces estaría también “matando” al interés, lo cual sería un absurdo, pues puede que con el paso del tiempo se “mate” ese derecho subjetivo (o sea, que se me quite la posibilidad de obrar o actuar como se verá más adelante), pero que mi interés siga igualmente vigente.

Segundo, es posible que se pierda el interés pero que aún se tenga el derecho. Por ejemplo, sería el caso de un acreedor que perdió el interés que lo motivó a celebrar un determinado contrato y, por tanto, yo no desee requerir el pago o la ejecución de la prestación. Al no requerir dicho pago no es que su derecho subjetivo de crédito (facultad de obrar) haya desaparecido, es solo que no desea ponerlo en marcha, seguirá existiendo ese derecho (salvo que haya caducado), pero ya no el interés que es distinto a aquel.

Respecto a la teoría de la protección, nosotros creemos que la protección o expectativa de tutela tampoco puede ser tenida en cuenta como elemento central del derecho subjetivo. Ello debido a que los medios de tutela de un determinado derecho -que son básicamente de carácter procesal- son externos a aquel. En efecto, en el caso de la propiedad, por ejemplo, no puede llegarse a sostener que la reivindicación o el desalojo son elementos esenciales de ese derecho, pues en realidad es el uso y el disfrute -la posibilidad de obrar para obtener determinados provechos sobre el bien- los que constituyen la esencia de ese derecho subjetivo de tipo “real”.

Con esto no queremos decir que la reivindicación y el desalojo son figuras que sean ajenas a la propiedad, muy por el contrario, son medios de tutela que surgen u obedecen justamente a raíz de la existencia de dicho derecho al cual buscan proteger. Pero una cosa es el derecho protegido y otra la herramienta que la protege.

Somos de la idea - al igual que el profesor Escobar- que la verdadera esencia del derecho subjetivo lo constituye la **facultad jurídica de obrar o de actuar** con los respectivos límites impuestos por el ordenamiento. En ese sentido, si analizamos el conjunto normativo que consagra las distintas clases de derechos subjetivos y examinamos el mínimo común denominador que tienen todos ellos, se podrá advertir que, en esencia, ellos vienen configurados como **esquemas garantizados de conducta o como determinadas posibilidades de actuación** (Escobar Rozas, El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura, 1998, pág. 287).

Por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad, el artículo 923 del Código Civil señala que esta es el “*poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (...)*”. Teniendo en cuenta ello, en base a lo dispuesto por dicho artículo, el derecho subjetivo de propiedad está compuesto por posibilidades de actuación o comportamientos sobre un bien. Esas posibilidades de actuación que componen el derecho subjetivo son justamente las facultades de usar, disfrutar, disponer o reivindicar el mismo²⁴ (Escobar Rozas, El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura, 1998, págs. 287-288).

Ahora bien, respecto a esa posibilidad de obrar, se ha dicho (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 404) que ella puede ser considerada en dos aspectos: **(i)** facultad de obrar como un “poder” y **(ii)** facultad de obrar como una pretensión. El primero de ellos ocurre cuando el sujeto portador de un interés, a efectos de que satisfaga el mismo, no requiere de la presencia de terceras personas, bastando que él mismo actúe sobre el bien con el cual eliminará su estado de necesidad.

Es decir, el mismo sujeto está facultado a realizar los actos que ser titular del derecho subjetivo le permite. En el segundo supuesto, sí es necesario la presencia de otra persona cuyos actos o cooperación serán necesarios para la satisfacción del interés del sujeto. Es por ello que el ordenamiento le otorga a este último determinadas facultades de actuación sobre aquel.

Dentro del primer supuesto podemos ubicar a los derechos “reales”. Por ejemplo, un propietario o usufructuario no requieren la presencia de terceras personas para satisfacer su interés. Ellos mismos pueden hacer uso del “poder” que les confirió la norma: ellos, por sí mismos, pueden usar y disfrutar un bien. En el caso del primero un bien que es suyo, y en el caso del segundo un bien que es ajeno con consentimiento de su titular. Esto es justamente lo que -como vimos a lo largo del apartado 1.1.5.3 del presente trabajo- algunos llamaban la versión estática del sistema patrimonial y que, supuestamente, marcaba una diferencia “sustancial” con los derechos personales.

Dentro del segundo supuesto podemos ubicar los derechos “personales”. Es el caso de las relaciones obligatorias en las cuales el acreedor solo puede ver satisfecho su interés cuando su

²⁴ Precisamos que, tal como se desarrolló en el apartado 1.1.5.3 del presente trabajo, para nosotros las “facultades” de disposición y de reivindicación no forman parte del contenido del derecho propiedad.

deudor -o su contraparte en el caso de contratos en los cuales no haya obligaciones- ejecuta la prestación a la cual se obligó. Esta ejecución es la que va a satisfacer su interés y es el ordenamiento quien otorga a su titular facultades de actuación (pretensión) para que pueda exigir a su deudor el cumplimiento. Este segundo supuesto es el que - como vimos también en el apartado 1.1.5.3 de este trabajo- se ha denominado la versión “dinámica” del sistema patrimonial.

Otro punto que no debe perderse de vista es el relacionado al objeto del derecho subjetivo. Desde un punto de vista gramatical, podemos entender por objeto dos cosas: **(i)** finalidad al que se encuentra dirigido algo y **(ii)** materia o ente sobre el cual recae algo. En nuestro caso, el objeto del derecho subjetivo debe ser entendido en el segundo de los sentidos. En efecto, si tomamos en cuenta solo el primero de ellos (finalidad) llegaremos a la conclusión que el objeto del derecho subjetivo es el interés, es decir, el fin al cual apunta. Esto ya quedó claro. Es por ello que teniendo en cuenta la segunda noción de objeto, llegaremos a la conclusión que el objeto del derecho subjetivo es ese “algo” sobre el cual recaen las facultades de actuación del sujeto de derecho.

En ese sentido, cuando el sujeto puede desplegar cierto comportamiento sobre determinado **bien** (material o inmaterial), será este el objeto del derecho subjetivo. Cuando un sujeto pueda exigir determinado **comportamiento** a otro, es esta la que será su objeto entonces. Esta concepción del objeto del derecho subjetivo es tan cierta que cuando el bien sobre el cual recae se pierde o cuando el comportamiento deviene en imposible, el derecho subjetivo se extingue (Escobar Rozas, El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura, 1998, pág. 297).

Por tanto, a partir de todo lo expuesto hasta acá, respecto a lo que constituye el derecho subjetivo, compartimos la idea del profesor Freddy Escobar, quien señala que el mismo no resulta ser una finalidad en sí misma sino tan solo una **herramienta** -que se traduce en una posibilidad de obrar sobre un objeto determinado- que el ordenamiento jurídico emplea **para lograr la satisfacción de los intereses** de los sujetos de derecho a los que rige y, de ese modo, posibilitar el logro de eso que explica y justifica su propia existencia (Escobar Rozas, El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura, 1998, págs. 289-290).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que existe una situación jurídica subjetiva que resulta muy esencial y fundamental para la existencia y garantía del derecho subjetivo. **Sin la presencia de ella, simplemente, de nada serviría que un sujeto de derecho pueda ser titular**

de un derecho subjetivo. Nos referimos al deber jurídico. Esta situación jurídica se torna en tan importante que, incluso, sin su cumplimiento o verificación, puede que no se llegue a satisfacer el interés presupuesto del derecho subjetivo. Es por ello que, para nosotros, entre dichas situaciones jurídicas subjetivas, existe una suerte de **reciprocidad** que no debe dejarse de lado. **No puede explicarse el uno sin el otro.** Veamos:

2.1.2 El deber jurídico y su contenido: el deber jurídico como medio de realización y el deber jurídico de protección o deber genérico de no dañar a nadie (“*alterum non laedere*” o “*neminem laedere*”)

Como se mencionó en el apartado 2.1 del presente trabajo, el deber jurídico constituye una situación jurídica subjetiva de “desventaja” activa dado que está dirigida a satisfacer un interés ajeno a través de una serie de comportamientos que se deben realizar para tal efecto. Ahora bien, respecto al contenido de esta situación jurídica dos son las teorías que, a nuestro modo ver, son las que mejor han tratado de explicar el mismo. Ellas son la teoría formal y el de la sanción.

Los principales representantes de la primera teoría son los profesores Giovanni Pacchioni y Emilio Betti. Según el primero de ellos, el deber jurídico no era más que un estado de presión psicológica proveniente de una norma jurídica, la cual imponía a los sujetos de derecho la necesidad de actuar de una determinada forma. Según dicho autor, para que exista el deber no era necesario que el mismo imponga una sanción a quien lo incumpla (como se citó en: Escobar Rozas, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, 1999, págs. 291-292).

En esa misma línea, el profesor Emilio Betti señala que el deber jurídico no requiere estar acompañado de una sanción -o responsabilidad- que se deba aplicar ante su incumplimiento. Para que el mismo esté dotado de juridicidad bastaba solo el reconocimiento del ordenamiento jurídico como tal (Betti, 1969, pág. 274).

El máximo exponente de la segunda teoría fue el profesor Hans Kelsen. Para dicho autor, el deber jurídico no podía existir y configurarse sin la necesaria presencia de una sanción en caso de incumplimiento. Si faltaba la sanción, la conducta prescrita no constituía un verdadero deber jurídico, sino solo un deseo del legislador, carente de toda relevancia jurídica (Kelsen, 1977, pág. 77).

Y es que lo que justamente diferencia al Derecho de los otros medios de convivencia social como son la religión o la moral es que el mismo se encuentra dotado del atributo de la juridicidad, lo cual implica que sus preceptos estén premunidos de coactividad, esto es, que exista la posibilidad de hacer respetar y cumplir los mismos incluso con el uso de la fuerza (Kelsen, 1977, págs. 72-74).

Respecto a la primera teoría, somos de la idea de que no basta la sola situación de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico para que exista un deber. No es suficiente que el ordenamiento catalogue a algo como deber y punto. De ser ello así, ese “deber” no tendría ningún tipo de diferencia con las normas morales o religiosas. No es concebible un esquema de regulaciones en el cual se tenga una actitud pasiva frente a los sujetos que omiten los preceptos o mandatos a ellos dirigidos. Es necesario pues la presencia de un ente externo que haga que los mismos tengan una utilidad práctica: la sanción. De no ser así, simplemente se caería en un caos que justamente es lo que se desea evitar.

Ahora bien, respecto al contenido u objeto de la sanción, somos de la idea, siguiendo al profesor Freddy Escobar, que a través del mismo se puede: **(i)** recomponer un estado deseable de cosas, en aquellos casos en que este haya sido alterado, **(ii)** construir uno nuevo, **(iii)** frustrar la posibilidad de que se produzca otra alteración de dicho estado de cosas, o, **(iv)** desalentar nuevos intentos para alterarlo. Así entendida la sanción, esta puede, entonces, asumir la forma de una ejecución forzada, un resarcimiento por daños, **restituir prestaciones que se hayan ejecutado sobre la base de un contrato ineficaz**, multas, etc. (Escobar Rozas, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, 1999, págs. 307-308).

El deber jurídico queda configurado entonces como un mandato del ordenamiento que debe encontrarse acompañado, necesariamente, de una sanción para que realmente se encuentre dotada de juridicidad y en consecuencia pueda tener una verdadera funcionalidad práctica. Ahora, como ya hemos anotado con anterioridad, **no es posible estudiar y entender al deber jurídico sin su correlato, esto es, sin tener en cuenta la situación jurídica subjetiva a la cual busca proteger y que se encuentra en el otro polo de la relación jurídica**. Nos referimos al derecho subjetivo.

En esa línea, no debe perderse de vista que el derecho subjetivo -así como el potestativo- **no podrían existir ni tampoco realizarse si es que sobre todos los que no son sus titulares no**

se les impone la necesidad o el deber jurídico que los obligue a no entorpecer o impedir la efectiva utilidad que dichos derechos les generan, esto es, la satisfacción de sus intereses.

En efecto, si haciendo caso omiso a esta necesidad, cualquier sujeto pudiera actuar libremente- o sea sin ninguna consecuencia jurídica desfavorable para él-, sobre cualquier bien, perturbando o impidiendo de este modo el despliegue de las facultades contenidas en el respectivo derecho que recae sobre el mismo, su situación jurídica sería exactamente igual a la del sujeto que ostenta el referido derecho, pues ambos podrían aprovecharse del bien, lo cual es incompatible con la idea misma del derecho subjetivo, en tanto que este no puede existir cuando, al estar todos facultados a obrar sobre el mismo objeto, la satisfacción del interés dependa, en realidad, del resultado de la pugna que en los hechos se llevaría a cabo, dando pie con esto a que gane el “más fuerte”.

Para que esto no suceda y en consecuencia se tenga un verdadero derecho subjetivo sobre algo, resulta necesario entonces que cada vez que se conceda una facultad de obrar, se establezca al mismo tiempo un correlativo y recíproco deber jurídico que, **gravando a todo tercero, imposibilite la realización de toda conducta que en algún modo pueda perturbar o impedir el goce de dicha facultad y, por tanto, la satisfacción de su interés** (Del Vecchio, 1980, pág. 392). Lo mismo ocurre en el caso del derecho potestativo, pues los terceros también deben cuidar de no perturbar o frustrar su realización.

El deber jurídico, en ese sentido, funciona como un **medio de protección** que el ordenamiento toma para garantizar la existencia y la efectiva realización del derecho subjetivo que tenemos a que no se nos ocasione un daño (a nosotros y a nuestro patrimonio). Los destinatarios de dicho deber jurídico de protección son todos aquellos que no siendo titulares de un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial) o de un derecho potestativo, pueden, de facto, perturbar o impedir la satisfacción del interés presupuesto del mismo. En tal sentido, este deber no hace otra cosa que colocar a los terceros en la necesidad de no interrumpir o impedir el ejercicio del derecho ajeno (Escobar Rozas, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, 1999) (Ver su nota de página N° 32).

Ahora bien, un aspecto fundamental que no debe perderse de vista y que será profundizado más adelante, es que el deber jurídico como medio de protección ampara tanto a las titularidades “reales” como a las “**personales**”. En ese sentido, un tercero (que se encuentra vinculado por

dicho deber) podrá contravenir el mismo al afectar al propietario de un bien cualquiera por haberlo destruido total o parcialmente, **o al acreedor de una determinada prestación al inducir a su deudor al incumplimiento** (Escobar Rozas, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, 1999) (Ver su nota de página N° 32).

Pero el deber jurídico no solo puede asumir la forma de un **instrumento o medio de protección** que vincula a todo tercero para no perturbar las titularidades patrimoniales o extrapatrimoniales, sino que, además, hace la veces también de un **medio de realización**. Nos explicamos. Como ya se mencionó anteriormente, el derecho subjetivo no se agota solo en una facultad de obrar sobre un determinado bien, en el cual el titular de dicho derecho no requiere la presencia de terceros para tal efecto. Él, por sí mismo, puede satisfacer su interés realizando los actos que el ordenamiento le permite sobre su bien, es el caso, por ejemplo, del propietario o del usufructuario.

El derecho subjetivo también puede adoptar la forma de una “pretensión”, la cual se manifiesta en la posibilidad de su titular de exigir un determinado comportamiento a otra persona para la satisfacción de su interés. En efecto, el profesor Freddy Escobar señala que el derecho subjetivo no se agota en una facultad directa sobre un bien, sino que también en la exigencia antes mencionada a otro individuo, por ello, resulta necesario que, además del deber jurídico de protección (o deber general), exista otro de carácter específico que, correlativamente ligado al derecho subjetivo, no convierta en vana la pretensión concedida. En tal sentido, se requiere **además del deber general que cree las condiciones necesarias para ejercer el derecho subjetivo**, la presencia de un deber concreto que permita la satisfacción directa del interés (Escobar Rozas, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, 1999, pág. 297).

Ese deber concreto es el que constituye el deber jurídico como medio de realización. En estos casos, **el destinatario de dicho deber es aquel que está llamado a satisfacer el interés presupuesto del derecho subjetivo**. Como se puede observar, a diferencia del deber como medio de protección, el deber de realización no consiste en no perturbar o impedir el ejercicio del derecho ajeno, sino más bien en satisfacer el interés que subyace en él. En ese sentido, este deber solo se hace presente en los denominados derechos “personales”, esto es, en aquellos en los que se **exige a alguien la realización de una conducta determinada o su cooperación**.

Nótese que aun cuando nos encontremos en el contexto de una relación personal en la cual se encuentre la presencia de un deber particular, **también existirá y se verificará, necesariamente,** la presencia de un deber general de protección por parte de los terceros. Ese deber de protección **coexiste** con el deber particular, pues aquel es **transversal** a todas las situaciones jurídicas subjetivas.

En ese sentido, si “A” es dueño de un bien (por tanto, titular de un derecho subjetivo de propiedad), todos deben respetar el ejercicio de su derecho real sobre ese bien, y no perturbar o impedir su efectivo goce (deber general de protección). Asimismo, si “A” es acreedor (titular de un derecho personal de acreencia) de “B”, este último tiene, en su condición de deudor, el deber particular de realizar la conducta a la cual se obligó para satisfacer el interés de aquel (deber de realización).

En este mismo caso, también existe sobre los terceros el deber general de protección de no impedir o frustrar la posibilidad de que “A” realice lo necesario para ver satisfecho su interés. Por ejemplo, ningún tercero debería lesionar la integridad de “B” o destruir el bien con el que se sabía que iba a satisfacer el interés de “A” o, lo que es lo mismo, ningún tercero, en cumplimiento del deber general de protección, debería coludirse con “B” a efectos de perjudicar la acreencia de “A”.

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora, el deber general de protección (o deber general de no dañar a los demás) tiene como contrapartida o como situación jurídica opuesta al derecho subjetivo que tenemos todos de que no se cause un perjuicio o daño a nosotros mismos (derechos de la personalidad) y a nuestro patrimonio. Ahora bien, dentro de nuestro patrimonio no solamente se sitúan derechos subjetivos -sean reales o personales- sino también otras situaciones jurídicas subjetivas de ventaja activa como es el caso del derecho potestativo.

Este derecho también debe ser respetado por los terceros, quienes deben cuidar de no frustrar o impedir que su titular haga uso del mismo. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de opción, todo tercero debe respetar el derecho del optante y, de ese modo, no perjudicar esa titularidad violentando al predisponente o a sus bienes.

Nótese entonces cómo el deber general de protección es una situación jurídica subjetiva de desventaja activa en virtud de la cual no se debe lesionar cualquier **situación jurídica subjetiva**

de ventaja activa. No importa si lleva el calificativo de “real” o “personal”. Al fin y al cabo, como se desarrolló en el primer capítulo, más allá de los rotulados o las denominaciones, toda relación jurídica patrimonial y extrapatrimonial resulta oponible a la generalidad de terceros (sujetos pasivamente universales). Basta que ellos tomen conocimiento de dichas relaciones jurídicas para que de inmediato les sea **oponible** o, lo que lo mismo, nazca en ellos el **deber general de protección**, esto es, el deber no impedir que los titulares de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja activa puedan ver realizados sus intereses.

En ese sentido, se ha dicho que: “la exigibilidad de un comportamiento jurídicamente establecido, por un elemental principio de seguridad, debe hacerse solo a aquellos sujetos de derecho que hayan estado en la posibilidad objetiva de tener conocimiento de la existencia y contenido de la relación jurídica en cuestión. Nadie puede ser llamado a respetar una relación que le es desconocida” (Bullard González, 2011, págs. 145-146).

Es por ello que, **cuando una relación jurídica ya es conocida, pesa sobre los que la conocen el deber de no perturbarla y respetarla.** En esa línea, hace bien en decirse que: “la oponibilidad de una relación implica que estoy en la posibilidad de exigir el cumplimiento de los comportamientos que constituyen su objeto, **sin que nadie pueda interferir en ello**” (Bullard González, 2011, pág. 375), o sea, dando cumplimiento al deber general de protección.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el deber de protección o el de realización no son cumplidos?

Como se mencionó anteriormente, ante una negativa de cumplimiento de un deber se debe activar la sanción que el ordenamiento haya establecido para ello. En el caso del deber como instrumento de protección, el titular del derecho subjetivo -de propiedad, por ejemplo- podrá solicitar que se le restituya o refaccione el bien que le haya sido despojado o alterado, respectivamente; o, en caso de destrucción del mismo, un resarcimiento por los daños ocasionados (oponibilidad en sentido dinámico). En el caso de un deber de realización, el titular del derecho subjetivo, dependiendo de si aún mantiene su interés o no, podrá solicitar, entre otros, el inicio de la ejecución forzada y/o un resarcimiento por los perjuicios que se le haya causado.

En esta última hipótesis (deber como medio de realización), **en caso sea un tercero el que haya vulnerado el derecho subjetivo o el interés del acreedor**, la sanción a aplicarse podrá

variar dependiendo de la forma en que se ha realizado la lesión. Así, por ejemplo, en caso el tercero haya destruido el bien (infungible) con el que el deudor iba a satisfacer el interés del acreedor, la sanción a aplicarse será el pago de un resarcimiento. En caso el tercero se haya coludido con el deudor, por ejemplo, al celebrar un negocio jurídico que perjudica el interés del acreedor, la sanción que corresponde aplicar será eliminar el hecho que causa la referida lesión (declaración de ineficacia del negocio) para así reponer la situación al estado inicial (restitución prestacional, por ejemplo) y de ese modo permitir o dar lugar a que su interés sea satisfecho.

Ahora bien, un aspecto de estos ejemplos podría llamar “poderosamente” la atención: ¿Es posible que un tercero lesione el interés de un acreedor, cuando en realidad no forma parte de la relación obligatoria entre este último y su deudor? ¿no que únicamente el deudor es quien está en posibilidad de lesionar el crédito de su acreedor? de no ser así, ¿el titular de la acreencia podría dirigirse contra el tercero a solicitarle un resarcimiento o el cese de algún comportamiento con su deudor? nosotros creemos que sí.

Las respuestas a estas interrogantes justamente tienen una íntima relación con el deber jurídico como medio de protección. A raíz de un caso suscitado en Italia en el siglo pasado, la doctrina de ese país realizó un estudio minucioso sobre dicho deber jurídico, al cual se denominó como deber genérico de no dañar a nadie o, simplemente, el “*alterum non laedere*” o “*neminem laedere*”. Surgió la duda de si un tercero puede o no lesionar un crédito con el cual no tiene ningún tipo de vinculación y, de ser así, cuál sería el remedio o medio de tutela que debería amparar al acreedor.

Este complejo problema fue bautizado por la doctrina como la “tutela aquiliana del derecho de crédito”. Veamos en el siguiente apartado cuál fue el caso ocurrido en Italia que estremeció a la doctrina de ese entonces y que motivó que se estudiara con mayor profundidad al deber genérico de no dañar a nadie. Este análisis, como veremos, será de mucha utilidad a efectos de dar solución al problema que hemos planteado en el presente trabajo de investigación, pues el estudio del deber general de no dañar a nadie que pesa en todos los terceros constituye una de las piedras angulares que sustenta nuestra solución.

2.2 La tutela aquiliana del crédito

El crédito es quizás uno de los derechos subjetivos que ha cobrado mayor relevancia en los últimos años. Y es que dicha situación jurídica subjetiva de ventaja activa ya no se limita o reduce únicamente a la posibilidad de exigir al deudor la ejecución de la prestación y, ante la negativa de cumplimiento de este, a una ejecución forzada. El crédito va más allá de eso.

En efecto, se ha perdido de vista que, hoy por hoy, ha cobrado mayor importancia las cesiones de créditos. Con ella se puede realizar el pago de una obligación si se le concede efectos *pro soluto*. Incluso puede ser dado en garantía de otra obligación. Para ello la Ley de Garantía Mobiliaria le otorgado la calidad de bien mueble. Su relevancia es tal que incluso el crédito puede encontrarse representado en un soporte físico (títulos valores) bajo determinadas reglas cambiarias que hacen que el mismo goce de mayor dinamismo y pueda agilizar así el “tráfico” jurídico.

Todo este bagaje de utilidades y bondades del crédito ha determinado que su estudio se torne en más amplio y riguroso. Y uno de los aspectos que más ha cobrado importancia y ha sido estudiado de manera extensa es el de la lesión del crédito. Como sabemos, lo más común es que sea el propio deudor quien lesione el crédito de su acreedor²⁵; sin embargo, creemos que hay un aspecto puntual sobre este tema que ha causado mucha polémica y que se relaciona con el objeto de nuestro estudio: la lesión del crédito generada por causa imputable a un tercero²⁶, y la consecuente responsabilidad aquiliana que se genera por ello.

Y es que al acreedor no solo le interesa que el deudor no lesione su crédito y que ejecute la prestación a la cual se obligó a fin de satisfacer su interés. Existe también un interés implícito en todos ellos: interés en que los terceros no lesionen su crédito. Ese interés del acreedor, como veremos, **va más allá de la relatividad contractual y se complementa o encuentra con la oponibilidad *erga omnes* de su crédito.**

Antes de continuar con el análisis propuesto, creemos que resulta necesario realizar de forma sucinta un estudio de las posturas que adoptan los principales ordenamientos europeos

²⁵ Incluso el propio acreedor es quien puede dar lugar a la lesión de su propio crédito o esto puede ocurrir por causas relacionadas a un hecho fortuito o de fuerza mayor.

²⁶ Como se verá más adelante, existen varias hipótesis de lesión del crédito en los que participa un tercero. Para efectos de nuestro trabajo de investigación -como ya se mencionó en la introducción - nuestro objeto de estudio se encuentra configurado por el supuesto de lesión de crédito ocasionado por un tercero conjuntamente con el deudor a través de la celebración de un negocio jurídico incompatible con el derecho de crédito del acreedor.

respecto a la tutela aquiliana del crédito a fin de tener una mayor referencia sobre dicho tema que resulta central para los fines de nuestra investigación. Veamos:

2.2.1 El tratamiento de la tutela aquiliana del crédito en los principales ordenamientos europeos

2.2.1.1 Derecho alemán

En el Derecho alemán, la tutela extracontractual del crédito no es aceptada del todo. El fundamento para rechazar este tipo de protección al crédito lo encuentran en el artículo § 823.1 del BGB alemán²⁷ el cual, se señala, establece un régimen de responsabilidad civil de tipicidad de los daños. Esto quiere decir que solo se brindará tutela resarcitoria si se han lesionado derechos o bienes jurídicos que la propia ley considera susceptibles de protección (Bustamante Salazar, 2017, pág. 179). En puridad, implica tener una lista cerrada (*numerus clausus*) de bienes a los cuales únicamente se otorga protección en caso sean vulnerados.

Respecto a los bienes o derechos que se encuentran en dicha lista, se señala que en atención a la **concepción relativa del crédito** que se tenía en ese entonces, esta quedaba fuera de ella en tanto que solo podía ser opuesta al deudor y no a terceros, los cuales eran ajenos a la relación obligatoria. En efecto, se ha señalado que la lesión del derecho de crédito solo puede darse al interior de dicha relación jurídica, por lo que el único que podía vulnerar dicho derecho es el deudor. En cuanto al tercero, se señala que no es posible que este viole un crédito puesto que, a nada, ni siquiera a la omisión de ese acto, está obligado frente al acreedor (Ludwig, Kipp, & Wolff, 1953, pág. 313).

En esa línea el profesor Von Tuhr dice que el acreedor no tiene pretensión alguna contra el tercero que frustrate o dificulte el cumplimiento, señalando que el acto de dicho tercero es ineficaz y solo estaría obligado a pagar una reparación del daño al deudor si constituye un delito (Von Tuhr, 1998, pág. 212).

²⁷ Artículo § 823 del BGB. Deber de resarcimiento de los daños:

“1. Quien dolosa o negligentemente, de forma antijurídica, daña la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a resarcirle todo el daño causado. (...)”.

Pero lo que más resalta al respecto es lo establecido en el primer y segundo proyecto de preparación del BGB, en los cuales se indica que **(i)** la cláusula general del *neminem laedere* es de aplicación únicamente cuando se lesiona algún **derecho subjetivo absoluto** (como los derechos de la personalidad o los derechos reales) por lo que, en esos casos, cualquier tercero debe respetarlo, **(ii)** respecto a los derechos de crédito, la lesión contra estos también es antijurídica, sin embargo, dado que de la relación obligatoria en la cual se encuentra inmerso aquel solo surge un derecho contra el deudor, es solo a este entonces a quien puede imputársele una lesión del crédito (Fernández Arévalo, 1996, pág. 39) (Ver su nota de página N° 6).

Ahora bien, hemos señalado que en Alemania no se aceptaba “del todo” la tutela aquiliana del crédito. Ello debido a que -como indica el profesor Bustamante- en base al propio artículo § 823.1 del BGB, algunos han señalado que el sistema de responsabilidad civil alemán no es uno de tipicidad sino de atipicidad de daños. En efecto, el señalado artículo señala que la responsabilidad de un sujeto no solo puede originarse como consecuencia de haber lesionado la vida, integridad o la propiedad de alguien (derechos “absolutos”), sino también por la lesión de “*cualesquiera otros derechos*”. En base a ello, cualquier derecho subjetivo se encontraría amparado por el ordenamiento (Bustamante Salazar, 2017, pág. 179).

Sin embargo, como indica la profesora Fernández, contra dicha interpretación se ha señalado, en base a las tesis tradicionalistas o clásicas, que dicha expresión sigue haciendo alusión a un derecho absoluto y no relativo dado que: **(i)** en base a una interpretación literal, se debe tener en cuenta que el término “*cualesquiera otros derechos*” va unido con el término disyuntivo “o” al término “propiedad”, por lo que debe entenderse que esos “*otros derechos*” son semejantes a la propiedad, esto es, se refieren solo a derechos de carácter absoluto y **(ii)** admitir el carácter abierto de la expresión “*cualesquiera otros derechos*”, implicaría una cláusula general de daños (Fernández Arévalo, 1996, pág. 40)²⁸.

2.2.1.2 Derecho francés

²⁸ Por nuestra parte, somos de la idea de que la expresión “*cualquier otro derecho*” establecido en el artículo § 823.1 del BGB alemán permite sostener que su sistema se inclina por un régimen atípico de responsabilidad civil con lo cual se puede concluir que todas las situaciones jurídicas subjetivas gozan del mismo nivel de tutela resarcitoria en la medida que concurran todos los presupuestos de la responsabilidad.

En el Derecho francés no existe reparo alguno en admitir la protección extracontractual del crédito cuando esta haya sido vulnerada por un tercero. Gran parte de la doctrina de ese país llega a dicha conclusión a partir del régimen general de responsabilidad civil que los rige: sistema de atipicidad del daño, lo cual implica que no existe una lista cerrada que englobe o enumere cuáles son los únicos derechos que merecen protección.

En efecto, el *Code* contiene una fórmula general de protección que, a partir del principio *alterum non laedere*, otorga tutela a cualquier interés digno de protección. Respecto a los bienes o derechos objetos de tutela, se ha señalado correctamente que no solo los derechos reales gozan de protección sino también los derechos de crédito (Mazeaud & Tunc, 1961, pág. 197), con lo cual se deja de lado los postulados antiguos y poco serios del dualismo clásico.

En sentido, lo que se discute no es si el crédito merezca o no protección cuando haya sido lesionado por un tercero -pues de hecho sí lo tiene- sino que lo necesario es que exista un daño o perjuicio cierto a fin de evitar un “torrente de reclamaciones que llevarían a tener en cuenta perjuicios cada vez más hipotéticos” (Mazeaud & Tunc, 1961, págs. 403-404).

A pesar de lo señalado, hubo un momento en el cual un sector de la doctrina no admitió la tutela aquiliana del derecho de crédito en base al principio de la relatividad de los contratos. En efecto, durante gran parte del siglo XIX, los franceses equipararon dos conceptos que no son para nada equivalentes: la relatividad y la oponibilidad, afirmándose que las convenciones son inoponibles a aquellos que no han concurrido con su formación (Bustamante Salazar, 2017, pág. 172).

Sin embargo, el profesor Bustamante -citando a Popesco quien a su vez cita a Demogue- indica que este último logró advertir con claridad la diferencia entre la relatividad contractual y la oponibilidad de los contratos. En efecto, señala que por la relatividad se obliga solo a las partes, mientras que la oponibilidad alcanza indirectamente a los terceros, quienes **no están obligados, pero deben contar con ese contrato ajeno a la hora de ejercitar sus derechos** (énfasis agregado) (Bustamante Salazar, 2017, págs. 172-173).

En ese sentido, indica que: “el principio de la relatividad no significa que los terceros tengan libertad para lesionar los derechos subjetivos ajenos, sino sencillamente que los derechos

y obligaciones que nacen de un contrato vinculan al acreedor y al deudor, no pudiendo obligar a un tercero a cumplir lo pactado” (Bustamante Salazar, 2017, pág. 173).

Nótese que, desde inicios de la segunda mitad del siglo XX, ya la jurisprudencia francesa había reconocido la protección extracontractual del crédito. Así, mediante sentencia de fecha 20 de abril de 1955, la *Cour d' Appel de Colmar* ordenó el pago de un resarcimiento al Club deportivo de fútbol “Metz” por la muerte de uno de sus jugadores estrellas -el futbolista Kemp- cuando se encontraba en su apogeo deportivo. La Corte no tuvo mayor reparo en ordenar el pago de un resarcimiento a pesar de que la lesión del crédito del Club -verificada por el fallecimiento de dicho jugador- había sido ocasionada por un tercero. El profesor René Savatier secundó la decisión de la Corte (Alpa, 2006, pág. 637).

2.2.1.3 Derecho español

Por el lado del Derecho español, este sistema adopta un régimen atípico de daños, el cual se encuentra contenido en el artículo 1902 de su Código Civil, según el cual: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Como se observa, no se enumera tampoco los bienes o derechos que únicamente gozarían de protección. Es un cláusula general o abierta de protección.

Por si quedaran algunas dudas respecto a la inclusión de los derechos de crédito como objetos de protección de dicho sistema atípico de responsabilidad, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo Español entiende de modo pacífico que dichos derechos sí se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación y que el carácter relativo de ellos -regulado en el artículo 1257 de su Código Civil- no puede ser tomado en cuenta como una licencia para que el tercero pueda culpablemente ignorar su existencia y actuar en contra de ella (Fernández Arévalo, 1996, pág. 49)²⁹.

En ese mismo sentido se han pronunciado los profesores Luis Diez-Picazo y Federico De Castro y Bravo, para quienes no existe inconveniente alguno en que el tercero pueda ser responsable por la lesión del crédito del acreedor si culpablemente contribuyó o dio lugar a su

²⁹ La profesora Fernández hace referencia a más de diez sentencias del Tribunal Supremo Español que admiten la tutela extracontractual del crédito.

lesión, sin que el artículo 1257 constituya una disposición en base a la cual dicho tercero pueda liberarse de responsabilidad (De Castro y Bravo, 1984, págs. 592-594). (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, págs. 603-606).

2.2.1.4 Derecho italiano

Pero, sin duda, donde se desató la mayor polémica por el estudio de la tutela aquiliana del crédito fue en Italia. Las hipótesis de lesión de crédito por un tercero³⁰ no se hicieron esperar y se fueron presentado en la dinámica de las relaciones obligatorias en dicho país. Y, como bien sabemos, vasta que en la realidad se presente un supuesto de hecho que sea relevante para el ordenamiento para que se justifique su estudio. En el caso de la lesión de crédito por un tercero, los hechos que determinaron que se marque un hito importante en la civilística italiana ocurrieron el siglo pasado. Veamos:

El 4 de mayo de 1949, regresando de disputar un partido de fútbol por la copa italiana, el avión que transportaba a todos los jugadores y al comando técnico del Club *Associazione Calcio Torino*, se estrelló contra la colina de Superga. Como consecuencia de dicho accidente, lamentablemente fallecieron todos los jugadores del equipo. Dado que la causa del accidente fue imputada a una negligencia del piloto, el Club, en su condición de acreedor de una obligación de hacer personalísima respecto de sus jugadores (deudores), interpuso una demanda contra la compañía aérea, la *Societa Ali Flotte Riunite* (tercero), a fin de obtener un resarcimiento por los daños que se le había causado como consecuencia de la muerte de sus jugadores.

³⁰ Cabe precisar que cuando se incumple una obligación, más que de una lesión del crédito, en realidad se está incurriendo en una lesión del **interés** -o, como se verá en el Capítulo III, en una insatisfacción de la **necesidad**- del acreedor. En efecto, como ya se demostró anteriormente, el derecho subjetivo de crédito no es sino un instrumento que tiene como objetivo o finalidad la satisfacción del interés del acreedor. Es por ello que cuando se incurre en un incumplimiento se está lesionado el interés de dicho sujeto, la misma que puede producirse por causa imputable al propio deudor o a un tercero.

Ahora bien, también es posible que se lesione el crédito en sí mismo y, claro está, como consecuencia de ello, el interés del acreedor. Piénsese, por ejemplo, un caso en el cual una persona (tercero) mata al deudor de una obligación de hacer *intuitu personae*. En este caso el crédito del acreedor se ha visto lesionado en el sentido de que ya no puede ejercer la facultad de exigir a su deudor -fallecido- el cumplimiento de la obligación, la cual se ha extinguido. Con ello no solo se habrá lesionado su crédito (posibilidad de exigir la ejecución de la prestación) sino también su interés.

Esto nos lleva a concluir que no toda lesión del interés del acreedor supone una lesión de su crédito (esta última, también, puede producirse por causa imputable al propio deudor o por causa imputable a un tercero, como en el ejemplo anterior); sin embargo, si lo que se ha lesionado es su crédito, entonces, necesariamente, se habrá lesionado también su interés. Sin perjuicio de lo mencionado, por un tema de economía de palabras, en el presente trabajo haremos mención únicamente a la “lesión de crédito” para referirnos, de manera indistinta, a la “lesión del interés del acreedor” o la “lesión del crédito en sí mismo”.

Este caso llamó poderosamente la atención de la doctrina italiana de ese entonces y fue seguido muy de cerca por ellos. La pasión por el estudio del caso fue tanta que notables juristas de esa época fueron los que defendieron a ambas partes en el proceso. Así, por el lado del Club se encontraba el destacado profesor Rosario Nicoló; mientras que, por el lado de la aerolínea, los profesores Filippo Vasalli y Giuseppe Ferri. Por el lugar donde se produjo el accidente, este caso fue bautizado como el de la “tragedia de Superga” (Ronquillo Pascual, 2009, pág. 308). (Alpa, 2006, pág. 632).

Veamos el sentido de las sentencias que se expidieron en las instancias respectivas y los argumentos esgrimidos por los jueces de ese entonces. En primera instancia, mediante sentencia de fecha 15 de septiembre de 1950, los jueces de Turín desestimaron la demanda en virtud de los siguientes argumentos:

(i) Señalaron que el principio a aplicarse es aquel según el cual, en materia de responsabilidad extracontractual, el daño puede resarcirse en tanto y en cuanto derive de la **violación de un derecho, entendido como derecho subjetivo absoluto**; la *iniuria* es entendida en sentido restrictivo, esto es, como violación directa de la **integridad física o de los demás derechos de la personalidad o de la propiedad**.

(ii) Invocaron también un argumento económico: la razón que justifica este requisito tradicional -haciendo referencia a la clasificación de derechos absolutos y relativos- es que, si se prescindiera de él, el camino quedaría abierto para las más imprevistas, inequitativas e inconcebibles consecuencias, y la extensión del resarcimiento se volvería desproporcionada.

(iii) Recurrieron al argumento apagógico o de reducción al absurdo: si se diera ingreso al tipo de daño que se demanda, también los vendedores de revistas deportivas, los vendedores de bebidas y golosinas que trabajan en los estadios y todos aquellos que, por la menor afluencia al público sufrieran un daño, estarían legitimados a demandar un resarcimiento.

(iv) Se recurre a la interpretación literal del artículo 2043 del *Codice*: el “daño injusto” allí mencionado implica la **necesaria violación de un derecho subjetivo, es decir, de un bien jurídicamente protegido contra el acto lesivo**; sin embargo, la esencia de la defensa de los abogados del Club estaba constituido por argumentos de **otra naturaleza**, esto es, por la lesión de un **crédito**.

(v) Prestan especial atención también a la figura del daño según lo establecido en el artículo 1223 del *Codice*, en el cual se admite el resarcimiento solo si este es “consecuencia inmediata y directa de la conducta lesiva”; de ese modo, para seleccionar a los sujetos legitimados para obtener el resarcimiento, los jueces distinguen entre acreedores *ex lege* y acreedores *ex contractu* y reconocen que tal derecho solo compete a los primeros, como a los parientes del fallecido y no en los otros dado que el contrato podía resolverse o no cumplirse.

(vi) No es posible utilizar la relevancia “patrimonial” del jugador en el fondo común del Club (Alpa, 2006, págs. 632-634).

En segunda instancia, mediante sentencia de fecha 23 de enero de 1952, el Tribunal de Turín confirmó el fallo de primera instancia, en base a argumentos análogos a los ya señalados antes. En efecto, se indicó lo siguiente: (i) debe descartarse que la muerte de todo un equipo acarrea un resarcimiento de daños por pérdida del patrimonio del Club, cuyos elementos no pueden asimilarse a **derechos de propiedad** sobre los jugadores, (ii) la formal interposición de una **relación obligatoria, que desenvuelve su eficiencia con el desplazamiento de un sujeto a otro de la incidencia de un daño, interrumpe el nexo de causalidad jurídica**, calificando el daño como indirecto, excluyéndolo del ámbito de la resarcibilidad y (iii) se destacó también el argumento económico de la multiplicación infinita de acreedores potenciales con sendas demandas de resarcimiento (Alpa, 2006, pág. 634).

Un año después, el caso llegó a la *Corte di Cassazione* la cual, de igual forma, desestimó la demanda del Club mediante sentencia de fecha 4 de julio de 1953 en base a los siguientes dos argumentos centrales (i) solo existe un hecho ilícito cuando se viola una norma que tutela un **derecho subjetivo absoluto. En el caso de los derechos de crédito, como consecuencia de su carácter relativo, solo pueden ser violados por el deudor** (Ronquillo Pascual, 2009) (Ver su Nota de Página N° 55) y (ii) solo pueden ser resarcibles los daños que se ocasionen como consecuencia inmediata y directa del hecho lesivo, en atención a lo dispuesto al artículo 1223 del *Codice* (Alpa, 2006, pág. 635).

Como se observa, las cortes italianas rechazaron en aquel entonces la posibilidad de que un acreedor obtenga tutela resarcitoria de parte de un tercero cuya conducta dio lugar a que se lesione su crédito. Luego de expedido el fallo de la *Corte di Cassazione* la jurisprudencia aún

mantenían la línea de rechazar los resarcimientos de ese tipo³¹. Sin embargo, después de casi veinte años, llegó a las cortes italianas otro caso similar. En dicha oportunidad, se otorgó protección al acreedor frente al tercero, condenando a este último al pago de una reparación. Esto marcó un giro importante en la doctrina italiana, pues en adelante no hubo reparo alguno en analizar y - de ser el caso- admitir la tutela extracontractual del crédito.

Este segundo caso analizado por las cortes italianas fue bautizado como el caso “Meroni”, debido a que así era el apellido del jugador estrella del Club Torino el cual, una vez más, regresaría a las cortes ahora por este caso. Lo que ocurrió fue que dicho deportista falleció en un accidente de tránsito a causa de una negligencia del chofer que conducía el automóvil con el cual lo atropelló. El Club demandó una vez más un resarcimiento por la pérdida de su jugador.

En primera instancia, mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 1968, no se amparó la demanda, pero este rechazo se produjo debido a aspectos procesales regulados en ese entonces: aún no se había determinado la responsabilidad del conductor, por lo que la demanda fue declarada inadmisibles pues de haberse expedido un fallo, la decisión del juez hubiera sido una mera opinión o un juicio hipotético (Alpa, 2006, pág. 638).

En segunda instancia, mediante sentencia de fecha 27 de enero de 1969, la corte de apelación reformó la decisión precedente en cuanto a la admisibilidad se refiere y entró a analizar el fondo de la controversia; sin embargo, rechazó el resarcimiento solicitado sobre la base de los argumentos esgrimidos en el caso de “Superga”. En efecto, la Corte de ese entonces fundamentó su decisión en base a **(i)** la inexistencia de una lesión en la **propiedad** del Club; **(ii)** por la **naturaleza de la relación afectada: una relación crediticia** y no real y **(iii)** por la forma en la que la jurisprudencia vino resolviendo estos casos amparando solo a los titulares de los créditos alimentarios y no extendiendo el número de los sujetos legitimados al punto de comprender a todo tipo de acreedores (Alpa, 2006, pág. 638).

Casi dos años después, la causa llegó a la *Corte di Cassazione* la cual amparó la solicitud de resarcimiento del Club en virtud a lo siguiente: **(i)** la admisibilidad, *in abstracto*, del

³¹ Respecto a la clasificación de los derechos subjetivos en absolutos y relativos, el profesor Adriano de Cupis ha señalado que la tutela extracontractual solo es procedente en la medida que se haya lesionado un derecho absoluto (derechos reales y de la personalidad) y no relativo (crédito). La reparación por la vulneración de este último derecho solo se hará efectiva en sede contractual. Véase: (De Cupis, 1975, págs. 136-139).

resarcimiento de la lesión del crédito tomado como daño “injusto” según lo dispuesto por el artículo 2043 del *Codice*, se debe entender como un daño producido *non iure* y *contra ius*. *Non iure* en el sentido de que el hecho lesivo no debe ser justificado por el ordenamiento; y *contra ius* en el sentido de que el hecho lesivo debe perjudicar una situación subjetiva reconocida y garantizada por el ordenamiento como derecho subjetivo. Esta interpretación pone en evidencia lo **arbitrario de toda discriminación entre una categoría de derechos subjetivos y otras**, a fin de reconocer la tutela aquiliana, **(ii)** la calificación y verificación del daño como directo o inmediato y **(iii)** la imposibilidad de sustituir al deudor y la extinción de la obligación (Alpa, 2006, pág. 639).

De este modo, se logró finalmente otorgar un resarcimiento al Club Torino. Adicionalmente a lo señalado por la *Corte di Cassazione* se ha dicho que en el Derecho Italiano no existe ahora mayor reparo en admitir la tutela aquiliana del crédito en base al régimen de atipicidad de daños que se encuentra establecido en el artículo 2043 del *Codice*. En efecto, este artículo, al igual que en el sistema francés y español, constituye una cláusula general de responsabilidad que no contiene una lista cerrada de derechos a los cuales únicamente se otorgan protección.

Siendo ello así, dicho artículo -sobre la base del principio *neminem laedere*- cumple su función de proteger cualquier interés merecedor de tutela³². En ese contexto, es la jurisprudencia la que poco a poco irá determinando los intereses y los correlativos derechos subjetivos dignos de protección, y, en lo que concierne al Derecho italiano, su jurisprudencia incluye tanto a los derechos reales como a los de crédito dentro del ámbito de protección del artículo 2043 del *Codice* (Fernández Arévalo, 1996, págs. 43-44).

Quienes también se muestran a favor de que un tercero responda por la lesión del crédito de un acreedor son los profesores Emilio Betti, Francesco Messineo y Vincenzo Roppo. El primero de ellos indica al respecto lo siguiente:

“(...) en vía normal, el incumplimiento es imputable solamente al deudor, porque solamente él está obligado a prestar al acreedor la propia cooperación para satisfacer la expectativa

³² Incluso aunque el hecho lesivo no esté previsto en una norma específica que así lo prohíba o que el bien jurídico vulnerado tampoco se encuentre regulado expresamente en una determinada norma.

de este, mientras que los terceros extraños no están obligados a desarrollar una actividad positiva para satisfacer tal expectativa. Se podría decir que la relación de obligación entre deudor y acreedor está separada mediante una especie de *diafragma de irrelevancia* de la esfera jurídica de los terceros, los cuales no tienen influjo sobre esta relación.

Puede pensarse, no obstante, que los terceros tengan un comportamiento tal que atraviese y perfore este diafragma de modo que hieran el derecho del acreedor. ¿Cuándo podemos decir que esto sucede y que el incumplimiento, **causado por el comportamiento de un tercero**, es imputable a ese tercero en relación al acreedor perjudicado? Creemos que se puede responder que este fenómeno se verifica únicamente cuando haya en el tercero una conducta conscientemente encaminada a lesionar el interés del acreedor, o sea una conducta dolosa” (énfasis agregado) (Betti, 1969, págs. 154-155).

Sobre este tema, el profesor Messineo señala que:

“Por contrato en daño de tercero se entiende aquel contrato que, de reflejo, produzca perjuicio al tercero [es decir, al acreedor] (...) tales son, por ejemplo, (...) **la estipulación de un contrato con un tercero, no obstante, la presencia de la cláusula de exclusiva que prohíbe a uno de los contratantes tal estipulación** (...). Para que se tenga contrato en daño de tercero, es necesario que se pueda establecer una *dependencia (o nexa) causal* entre contrato y la consecuencia dañosa, sufrida por el tercero; la cual puede ser *inmediata o mediata*, según los casos.

La sustancia del contrato en daño de los terceros está en una *incompatibilidad* entre los efectos del contrato y los efectos que por este son producidos, sobre los derechos del tercero, con daño de él. **Los terceros perjudicados pueden, en las indicadas hipótesis, pedir el resarcimiento del daño sufrido**” (énfasis agregado) (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, 1979, pág. 505).

Finalmente, el profesor Roppo indica que:

“El principio [haciendo referencia a la relatividad contractual] no impide que el contrato cree (a favor de las partes) situaciones jurídicas que **los terceros están obligados a respetar**, bajo pena de sufrir reacciones legales del contratante lesionado. Piénsese en el tercero adquirente que

viola el derecho del prelacionario, nacido del contrato atributivo de la prelación; o en el tercero que frustra la adquisición contractual de otro, adquiriendo el mismo bien e inscribiendo antes su adquisición: casos en los cuales **el tercero puede ser llamado a responder (lesión del crédito por parte del tercero, tutela aquiliana de las posiciones contractuales, responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento del contrato)**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 527).

En esa misma línea señala que: “el tercero X debe respetar la posición activa que deriva a A de su contrato con B, y si la lesiona responde por ello. (...) Esto, en aplicación del principio que prohíbe dañar injustamente a otros” (Roppo, 2009, pág. 531).

2.2.2 Los argumentos en contra de la tutela aquiliana del crédito y las inconsistencias de cada una de ellas

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir que los principales argumentos que se han tenido en cuenta en los sistemas europeos para rechazar la tutela extracontractual del crédito, han sido- y en algunos casos son aún- los siguientes: **(i)** el crédito no se encuentra dentro de la categoría de los derechos subjetivos absolutos como son los derechos reales o los de la personalidad, por lo que no goza de la oponibilidad *erga omnes* que sí tienen aquellos; **(ii)** de acuerdo al principio de relatividad contractual, los créditos solo son oponibles *inter partes*, no es posible que un tercero se vea involucrado de ninguna forma en la relación obligatoria de la cual no forma parte, por lo que contra él el acreedor no tienen ninguna posibilidad de actuar, **(iii)** admitir la tutela extracontractual del crédito daría lugar a que las demandas de resarcimiento se incrementen sin control alguno, pues cualquier persona que se haya visto de “algún modo afectada” estaría habilitada para demandar.

Veamos ahora las inconsistencias de cada uno de los argumentos antes señalados³³.

³³ Respecto al tercer argumento según el cual no debería admitirse la tutela extracontractual de crédito por lesión de un tercero puesto que ello daría lugar a que las demandas de resarcimiento se incrementen sin control alguno, debemos señalar desde ya que ello no es correcto por una razón muy sencilla: solo podrán obtener un resarcimiento aquellas personas que logren demostrar que se han verificado cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, de lo contrario, sus demandas serán rechazadas. En lo que concierne a la hipótesis de nuestro estudio (lesión de crédito por una actuación conjunta entre el deudor y un tercero), en los apartados 3.1.3 y 3.2.7 analizaremos cuáles son dichos presupuestos o elementos de la responsabilidad que deben presentarse para que el acreedor -y no “cualquier otra persona que se haya visto afectada”- pueda obtener una reparación.

2.2.2.1 Sobre los derechos subjetivos absolutos -oponibles *erga omnes*- y la exclusión al crédito

Respecto al primer argumento, debemos señalar primero que: “la clasificación entre derechos reales y personales es polémica, porque **se cree** que la diferencia implica otorgar poderes a unos y restárselos a otros, por eso el afán de ubicarse en el “mejor lugar” de la milenaria dicotomía. **En realidad, no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa**” (énfasis agregado) (Mejorada Chauca, Los Derechos sobre bienes y el numerus clausus, 2014, pág. 178).

Teniendo en cuenta esto último es que en el apartado 1.1.5 del presente trabajo hemos demostrado que la tesis dualista clásica adoptada por nuestro actual Código Civil, según el cual el sistema civil patrimonial se encuentra conformado por derechos oponibles *erga omnes* (reales) y derechos relativos (personales), carece de cualquier sustento y no hace más que confundir a todos los operadores económicos por la incoherencia que trae consigo³⁴. Mantener esa clasificación no hace más que continuar con la vigencia de un sistema que arbitrariamente otorga mayor protección a determinadas situaciones jurídicas subjetivas que otras por el solo hecho de llevar determinadas etiquetas como la de “real”.

Si se está ante un derecho con la etiqueta de “personal” entonces se toma a ese derecho, literalmente, como algo “personal”, pues se dice que solo es oponible a las partes que conforman la relación jurídica en la cual subyace dicho derecho y a nadie más. No pesaría sobre los terceros ningún deber de respeto a esa titularidad. Pero si se trata de un derecho “real”, sería todo lo contrario, pues, al tratarse de un derecho “absoluto”, todos deben cuidar de no lesionarlo. Sin embargo, lo que no se toma en cuenta es 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 [como en todas las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja activa]. 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

³⁴ En dicho apartado hemos construido los argumentos por los cuales concluimos que los derechos personales son tan oponibles como los reales y como cualquier otra situación jurídica subjetiva. Vimos que las supuestas diferencias entre los derechos reales y personales -a partir de las cuales supuestamente se concluía que solo los primeros eran “absolutos”- en realidad no eran del todo cierto.

exclusiva, de un derecho de opción, etc.), **el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho**” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato, 1996, pág. 63).

Y es que: “(...) el derecho del acreedor a la prestación del deudor **debe ser respetada no solo por este** (en el sentido de que debe hacer cuanto pueda y no omitir nada para su cumplimiento), **sino por todo el mundo**, exactamente igual que sucede con el derecho de propiedad y el derecho de autor; es decir que **ya no le es lícito a los demás inmiscuirse indebidamente en la relación de obligación entre el acreedor y el deudor**, así como no lo es en la relación de posesión entre el propietario y su cosa” (énfasis agregado) (Dabin, 1955, pág. 248).

En esa línea, la profesora Fernández ha señalado respecto a la libertad de contrato y al deber general de respeto lo siguiente:

“Ambos principios se **complementan** marcándose sus **límites** respectivos, ya que **la libertad de contratar no puede implicar el desprecio de los derechos de créditos ajenos por una pretendida concepción absoluta de aquella**. El límite lo marcan precisamente el **respeto que merecen los derechos personales**. Por eso, **el tercero será responsable cuando conociera o pudiera razonablemente conocer** la existencia del derecho de crédito que resultará lesionado con el contrato que él otorgue” (énfasis agregado) (Fernández Arévalo, 1996, págs. 339-340).

Poco a poco va recuperando terreno -de manera justa- el derecho de crédito. Es claro que el *neminem laedere* o deber general de respeto es una situación jurídica que se encuentra en cabeza de la generalidad de los terceros respecto a cualquier situación jurídica subjetiva de ventaja ajena y, en caso de comprobarse una contravención de dicho deber por parte de un tercero -actuando personalmente o en complicidad con el propio deudor-, entonces debe surgir la obligación de reparar los daños que se hayan podido causar al acreedor. No podría tomarse como una inmunidad o “causa de justificación” que elimine la antijuridicidad del hecho dañoso el hecho de que la lesión se haya realizado a un derecho relativo y no a uno absoluto.

En ese sentido, el profesor Massimo Franzoni, citando a la profesora Visintini, ha señalado que: “la distinción entre derechos reales oponibles erga omnes, y derechos de crédito, oponibles solo al deudor, **es una distinción que hace tiempo ha entrado en crisis y que, sobre todo, ha**

devenido como irrelevante para los fines de la determinación del área del daño resarcible a través de la cláusula general de la injusticia” (Franzoni, 1997, pág. 223).

Como se observa, la clasificación dualista ha perdido consistencia con justa razón. Nótese cómo incluso algunos que se alineaban a dicha clasificación de los derechos subjetivos en absolutos y relativos, no podían evitar reconocer que los derechos “relativos” sí tienen algo de “absoluto” y por tanto son oponibles *erga omnes* al igual que los primeros: “Todo derecho relativo tiene también un lado o aspecto absoluto: existe el deber general de los miembros de la comunidad de no interferir en ese derecho relativo y no impedir el cumplimiento de la prestación” (Aftalión & Vilanova, 1980, pág. 250). Y es que la oponibilidad y el consiguiente deber de respeto a las titularidades (oponibilidad en sentido estático) es algo consustancial a la existencia misma de **todos** los derechos.

Sobre el deber de abstención de ocasionar un perjuicio y sus alcances respecto al crédito resulta ilustrativo lo señalado por el profesor italiano Luigi Bellini, para quien existe una similitud importante entre los derechos reales y los personales, concluyendo que ambos son oponibles *erga omnes*.

En efecto, el referido profesor indica que en los derechos reales y en los derechos personales se encuentran presentes siempre un **aspecto activo y uno pasivo**. Así, en el primero existe un lado activo en el cual el titular, a efectos de realizar su derecho subjetivo (real) sobre el bien y así satisfacer su interés, no requiere entrar en relación con los terceros, sino que dicho derecho se configura como un *ius in re*, es por ello que en este aspecto activo no puede configurarse un supuesto de violación del derecho real por parte de los terceros en tanto que no se requiere la presencia de ninguno de ellos para obtener los provechos de su derecho. Un supuesto de lesión solo podría presentarse entonces en el aspecto pasivo: el deber de abstención de los terceros de no interferir en la satisfacción del derecho real de su titular.

Por su parte, en el derecho personal la faz activa es la que realiza el contenido del derecho **y en ella rige el principio de relatividad contractual** ya que el acreedor solo puede dirigirse contra el deudor a fin de exigirle el cumplimiento de la obligación, mientras que el aspecto pasivo del derecho de crédito vendría a ser eventual y no necesario dado que solo podría originarse por un hecho que interrumpa la normalidad de la relación obligatoria.

Este hecho -indica- puede producirse debido a dos causas: el primero debido al incumplimiento del deudor en cuyo caso el acreedor encontrará tutela en las normas de responsabilidad contractual; y el segundo supuesto en caso la lesión de su crédito se haya producido por causas imputables a un tercero en cuyo caso el acreedor encontrará protección en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, con lo cual el crédito recibe una tutela *erga omnes*. En ese sentido, concluye que **tanto los derechos reales como los personales son similares en cuanto a la faz pasiva se refiere, pues en este aspecto ambos son oponibles a la generalidad de personas. La diferencia entre ambos se encontraría solo en el lado activo** (como se citó en: Ronquillo Pascual, 2009, pág. 309).

Por lo demás, creemos que también hay un aspecto al que pocas veces se presta atención: ¿El derecho de crédito forma o no parte del patrimonio de una persona? Es claro que sí. Al igual que la propiedad, los demás derechos reales, y como cualquier otra situación jurídica subjetiva de ventaja, forma parte del patrimonio general de un determinado sujeto de derecho, por lo que merece ser tutelado por el ordenamiento ante una eventual lesión por parte de un tercero, sin importar la etiqueta de derecho “personal” que le ha asignado el sistema. El *alterum non laedere* implica entonces el respeto hacía todas las situaciones jurídicas que conforman nuestro patrimonio.

Y es que otorgar una mayor protección o tutela al derecho real que al derecho crédito es como si en una sala de emergencia se decidiera dar mayor atención a un herido de bala en el pulmón derecho y dejar de lado -para después- a otro herido de bala, pero en el pulmón izquierdo. ¿Existe alguna justificación para diferenciar a ambos heridos en base a qué pulmón ha sido el afectado? Es claro que no.

No debe perderse de vista que el derecho a la salud -de nuestros pulmones y del cuerpo en general- es digno de protección frente a todos, siendo por tanto oponibles a ellos (oponibilidad en sentido estático y dinámico). Y es que: “la tutelabilidad *erga omnes* es una característica no exclusiva de algunas, sino propia de todas las situaciones de ventaja y, por lo mismo, también de todos los derechos subjetivos sin excepción” (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 382).

2.2.2.2 Sobre el principio de relatividad contractual y la noción de oponibilidad

Otro de los argumentos que hemos advertido que se usa con mayor frecuencia para negar la tutela aquiliana del derecho de crédito se relaciona con el conocido principio de relatividad de los contratos. Antes de demostrar que este argumento no es correcto -pues el error se encuentra en **confundir a la relatividad con la oponibilidad**- es necesario despejar un **prejuicio dogmático** que se encuentra arraigado en muchos lados y que, creemos, es una de las causas que no permiten que se pueda advertir con claridad la confusión que antes anotamos: el principio de relatividad contractual no es una categoría absoluta, pues existen algunas **excepciones** puntuales a ella que determinan que no sea un principio contractual “sobrenatural” como muchos piensan.

Es en base a esta noción absoluta que se tenía -y que aún se tiene- sobre ella, que muchos a *-a priori-* no han dudado en negar la posibilidad de comparar a dicha figura con otras o de, siquiera, analizar sus posibles diferencias con, por ejemplo, la oponibilidad, pues se dice que la relatividad es casi una divinidad contractual. Sin embargo, como se demostrará, ello no es así. **En primer lugar, la relatividad no es una divinidad o universalidad contractual; en segundo lugar, es una figura distinta y que no tiene nada que ver con la oponibilidad, la cual, como veremos luego, es la que realmente explica y da fundamento a la tutela extracontractual que tiene el acreedor frente al tercero.**

Veamos lo primero, esto es, despejar el supuesto carácter absoluto de la relatividad contractual.

Como sabemos, el principio de la relatividad de los efectos contractuales³⁵ implica -en términos generales- que la eficacia de la relación jurídica creada por el contrato solo alcanza a las partes que lo celebraron. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho principio se encuentra regulado en el artículo 1363 del Código Civil. Dicha disposición normativa establece lo siguiente: “*los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles*”.

³⁵ Creemos que es más preciso hacer referencia a la relatividad de los efectos contractuales y no a la relatividad del contrato en tanto que las partes se encuentran vinculadas por los efectos jurídicos que el contrato ha creado. El contrato crea una relación jurídica patrimonial cuyos efectos ligan a las partes. Luego de dar lugar a dicha relación jurídica, el contrato desaparece, existiendo solo el vínculo patrimonial que ha creado. Sin embargo, por un tema de economía de palabras, en adelante haremos referencia de forma indistinta a la relatividad contractual o a la relatividad de los efectos contractuales.

Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿es posible que los efectos de un contrato alcancen a terceros que no han participado en su celebración? si nos limitamos a la literalidad de la norma la respuesta parecería ser negativa, en cualquier caso. Sin embargo, ello no es así. Lo primero que debemos tener en cuenta para responder a dicha pregunta es saber a qué se refiere la norma cuando señala que los contratos solo producen “efectos” entre las partes.

Por “efecto” debe entenderse tanto al efecto “empírico” como al efecto “jurídico” que el contrato está en aptitud de producir. Respecto al primero de ellos, debemos señalar que los terceros no son inmunes a cualquier consecuencia empírica o fáctica que se derive del contrato. En todos los casos, el contrato, de hecho, genera consecuencias muy relevantes para los terceros. Dichas consecuencias son lo que en términos económicos se denominan como las externalidades (efectos o consecuencias que inevitablemente recaen sobre la esfera de una persona por causas que le son ajenas), las cuales pueden ser ventajosas o perjudiciales.

Un efecto empírico ventajoso sería el caso de un contrato de compraventa celebrado entre el propietario de un inmueble y una empresa de supermercados para que esta última instale un nuevo local con una variedad de servicios modernos en dicho predio. Además de las propias partes, quienes también se beneficiarán son los vecinos que se encuentran alrededor del inmueble vendido: tendrán un mayor acceso a los servicios básicos de alimentación y recreación, gastarán menos dinero en la búsqueda de esos recursos o también puede que se verifique un aumento del valor de sus casas al haberse instalado un nuevo supermercado.

Un efecto empírico perjudicial sería el caso una compañía que contrata a un gerente comercial absolutamente capacitado que generó que las ventas se tripliquen y así obtengan mayores utilidades. Los perjudicados con eso serán las compañías de la competencia.

Como se observa, respecto al efecto “empírico” creado por el contrato es claro que los terceros no son personas ajenas a los mismos, con lo cual la respuesta a la pregunta antes planteada sería afirmativa: los efectos -fácticos o empíricos- del contrato sí alcanzan a los terceros (Roppo, 2009, pág. 526). Ahora pasemos a analizar el caso de los “efectos jurídicos” del contrato que es el efecto al que hace referencia el artículo 1363 de nuestro Código Civil y que es el que nos interesa. ¿Los efectos -jurídicos- de un contrato pueden alcanzar o alterar la esfera jurídica de los terceros? La respuesta es que en algunos casos sí. Para ello veamos primero cuáles son los

significados del principio de la relatividad de los efectos contractuales, esto es, aquellos que constituyen la esencia de su *ratio*, para luego ver cuáles son las excepciones a dichos significados.

2.2.2.2.1 Lo que es el principio de relatividad contractual

Sobre este punto, compartimos la idea del destacado jurista italiano Vincenzo Roppo quien ha establecido cuáles son los significados de lo que constituye o lo que realmente es el principio de la relatividad de los efectos contractuales (Roppo, 2009, pág. 528).

El primer significado es que el contrato no puede imponer obligaciones a los terceros. Así, del contrato entre “A” y “B” pueden nacer obligaciones solo a cargo de “A” y/o “B”, pero no a cargo de “C”. Aunque “A” y “B” acuerden en su contrato que nazca una obligación (de dar, hacer o no hacer) que vincule a “C”, tal estipulación no tendrá efecto alguno.

El segundo significado de la relatividad de los efectos contractuales es que un contrato no puede sustraer -privar- a los terceros los derechos cuya titularidad ostenten, ni de forma total o parcial ni en forma permanente o temporal. Así, el contrato entre “A” y “B” no puede privar a “C” de la propiedad sobre su bien o de la titularidad sobre su crédito. Aunque “A” y “B” acuerden en su contrato que este último adquirirá la propiedad de un inmueble de “C”, dicho efecto no se producirá. A lo mucho se podría argumentar que el contrato celebrado por “A” y “B” en esos términos constituiría una promesa de la obligación de un tercero. Pero “C” no se vería perjudicada por tal estipulación.

Un tercer significado de la relatividad es que el contrato no puede impedir al tercero adquirir un determinado derecho. De ese modo, si “C” adquiere un bien de “B”, su adquisición no puede ser frustrada por el anterior contrato celebrado entre “A” y “B” en virtud del cual se prohibió a “B” a que transfiera el bien que adquirió (prohibición contractual de no enajenar).

Por último, nos podríamos preguntar -dice el profesor Roppo- si un cuarto significado de la relatividad de los efectos contractuales sería aquel según el cual un contrato no puede atribuir derechos a un tercero, supuesto que se encontraría relacionado con la figura del contrato a favor de tercero.

Adicionalmente a los supuestos antes mencionados creemos que existe otro que no debe ser dejado de lado. Para nosotros un quinto significado de la relatividad contractual es que el contrato no puede imponer alguna garantía real sobre el bien de un tercero. Así, del contrato entre “A” y “B” no puede nacer una hipoteca, anticresis o una garantía mobiliaria que pese sobre el bien de “C” y garantice el cumplimiento de la obligación de uno de ellos³⁶.

2.2.2.2.2 Las excepciones al principio de relatividad contractual

Respecto a las excepciones al principio de la relatividad, el profesor Vincenzo Roppo es quien ha establecido con un prolijo análisis cuáles son los supuestos en los cuales dicho principio queda desplazado por la **supremacía de determinados valores superiores** los cuales determinan que los efectos de un contrato alcancen a un tercero (Roppo, 2009, págs. 529-530).

Análisis del primer significado de la relatividad contractual:

Respecto a su primer significado, la relatividad de los efectos contractuales no admite excepción o derogación alguna. En efecto, es claro no se pueden dar casos en los cuales, ni siquiera excepcionalmente, a través de un contrato “A” y “B” puedan imponer a “C” una determinada obligación. De admitir ello, sencillamente el sistema económico se caería a pedazos.

Análisis del segundo significado de la relatividad contractual:

Con relación a su segundo significado, el principio de relatividad sí admite amplias y muy relevantes excepciones. Como se ha señalado, el contrato no puede sustraer a un tercero de los derechos cuya titularidad ostente, sin embargo -siguiendo al profesor Roppo- esta regla encuentra sus excepciones en los siguientes supuestos: **(i)** adquisición *a non domino* de un bien mueble y **(ii)** múltiples enajenaciones de un mismo inmueble por una misma persona (conurrencia de acreedores). Nosotros creemos que adicionalmente a las excepciones antes señaladas también se encuentran los siguientes supuestos: **(iii)** transferencia de propiedad de un bien social por uno solo de los cónyuges y **(iv)** transferencia de propiedad de todo el bien por algunos de los copropietarios.

³⁶ Precisamos que no incluimos dentro de estos supuestos a la garantía real de retención en tanto que la misma no se constituye por contrato, sino de manera judicial o extrajudicial a través de la toma de la posesión del bien.

En estos casos, como se verá a continuación, se protege la confianza, la buena fe y la onerosidad de la adquisición del adquirente, valores que van a prevalecer sobre la regla de la relatividad, pues, como se advertirá en todos los supuestos de excepción antes expuestos, **nadie puede ser perjudicado por aquello que no conoció o no pudo conocer.**

Respecto a la adquisición *a non domino* de bien mueble, en nuestro ordenamiento esta figura se encuentra regulada en el artículo 948 del Código Civil³⁷. El supuesto es el siguiente: “A”, propietario de un bien mueble que no se encuentra registrado, entrega la posesión del mismo bajo cualquier título que no sea de dominio (comodato, arrendamiento, depósito, etc.) a “B”. Este último, valiéndose de la posesión que tiene sobre dicho bien, se contacta con “C” a quien le enajena el bien a título oneroso. En este caso “C” adquiere la propiedad del bien debido a la buena que tiene y a la onerosidad de la operación.

En efecto, en la medida que el bien no se encuentra registrado, el otro medio de publicidad por excelencia que se tiene y por el cual se puede concluir que alguien es propietario de un bien es la posesión. Tanto es así que el artículo 912 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum* de que al poseedor se le reputa propietario mientras no se pruebe lo contrario³⁸. Entonces, “C” al momento de contratar lo hizo en la razonable creencia -en buena fe- de que “B” era el propietario del bien. Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que este tipo de adquisiciones *a non domino* solo son procedentes cuando el adquirente del bien -que actúa en buena fe- ha realizado un desplazamiento patrimonial (onerosidad) que se debe salvaguardar³⁹. Si se verifica entonces la buena fe más la onerosidad, el adquirente es el nuevo y verdadero propietario del bien.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar de forma clara que un tercero se ve afectado -ve sustraído su derecho- por un contrato que le es ajeno.

³⁷ Artículo 948.- “*Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque en enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción a la ley penal*”.

³⁸ Artículo 912.- “*El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no pueda oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito*”.

³⁹ Si bien el artículo 948 no exige el requisito de la onerosidad, es claro que es necesario que se verifique el desplazamiento patrimonial que es lo que justifica -además de la buena fe- que se proteja al tercero. Se busca que no se vea perjudicado por el pago que realizó.

En efecto, “A” es un **tercero** respecto al contrato de enajenación celebrado entre “B” y “C” sobre el bien mueble que era de su propiedad. En base a dicho contrato “A” ha perdido el dominio sobre dicho bien. **Puede verse entonces cómo en este caso un contrato incide en la esfera jurídica de un tercero al punto de extraer de su patrimonio uno de sus bienes.** En este caso la relatividad contractual se ve desplazada por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la confianza -buena fe- del adquirente y la onerosidad de la operación⁴⁰.

Respecto a las múltiples enajenaciones de un inmueble por una misma persona, en nuestro ordenamiento esta figura se encuentra regulada en el artículo 1135 del Código Civil⁴¹. El supuesto es el siguiente: “A” es propietario de un inmueble que se encuentra inscrito a su nombre y sobre el cual ejerce posesión. El día uno le vende el bien a “B” quien no inscribe su derecho y el día cinco -cuando aún “A” se encontraba en posesión del bien- le vende el mismo inmueble a “C”. Ocurre que quien inscribió su adquisición primero fue “C”. En este caso, según la prelación establecida por el artículo 1135 del Código Civil, “C” sería el nuevo propietario del bien al haber inscrito primero su derecho de buena fe y al haber contratado a título oneroso.

En efecto, cuando “C” contrató lo hizo en la razonable creencia -buena fe- de que quien aún era propietario era “A”, pues él se encontraba aún en posesión del bien -al poseedor se le reputa propietario como ya hemos visto- y porque todavía era titular registral del inmueble (“B”

⁴⁰ Cabe precisar que, si bien es cierto que en estos casos el verdadero propietario (“A”) actuó de manera negligente al no cuidar de inscribir su derecho, es claro que quien actuó de forma irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones del verdadero propietario “A” contra aquel.

⁴¹ Artículo 1135.- *“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.*

Cabe precisar que este artículo no solo regula la concurrencia de acreedores que celebraron sendos contratos de enajenación con una misma persona, sino que el supuesto de hechos es más amplio. En efecto, cuando la norma señala *“a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo”* no señala a título de qué el deudor se ha obligado. Esto quiere decir que el deudor puede que esté obligado a entregar el inmueble a cada acreedor en mérito a una compraventa, a una permuta, superficie, usufructo, etc.

Puede darse el caso entonces no solo de una concurrencia de adquirentes por compraventa, sino una concurrencia de superficiarios, de usufructuarios, usuarios, etc. (si se trata de arrendatarios, este supuesto se encuentra regulado en el artículo 1670, el cual se aplica por ser una norma especial); así como también puede darse el caso de múltiples combinaciones, como sería el caso en el que concurren un usufructuario con un superficiario, con un arrendatario y finalmente con un adquirente por compraventa. Lo que tiene que verificarse entonces es que haya una obligación del deudor de entregar el bien, independientemente si se ha obligado a transferir propiedad o solo posesión bajo cualquier título.

negligentemente aún no había inscrito su derecho ni había tomado posesión del predio). Todo ello determinaba que “A” aún sea considerado propietario a los ojos de todos los demás.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar de forma clara que un tercero se ve afectado -ve sustraído su derecho- por un contrato que le es ajeno.

En efecto, “B” es un **tercero** respecto al contrato de enajenación celebrado entre “A” y “C” sobre el inmueble que ya era de su propiedad. Nótese que la sola celebración de la compraventa transfiere la propiedad y que “B” fue el primero que celebró el contrato con “A”, por lo que ya era propietario; sin embargo, el posterior contrato celebrado entre “A” y “C” determinó que pierda el dominio sobre dicho bien. **Puede verse entonces cómo en este caso un contrato incide en la esfera jurídica de un tercero al punto de excluir de su patrimonio la propiedad de un bien que ya había adquirido antes.** En este caso la relatividad contractual encuentra otra excepción y se ve desplazada, nuevamente, por valores que el sistema hace bien en prevalecer: la confianza -buena fe- del segundo adquirente y la onerosidad de la operación⁴².

Con relación a la transferencia de propiedad de un bien social por uno solo de los cónyuges, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 315 del Código Civil⁴³. El supuesto es el siguiente: “A” y “B” se encuentran casados bajo el régimen de sociedad de gananciales. Como parte del patrimonio social se encuentra un inmueble que -por acuerdo entre ellos mismos- solo se inscribió a nombre de “B”. Adicionalmente a ello, en el documento nacional de identidad (DNI) “B” figura como soltero y no como casado. Ocurre que “A” se va de viaje y “B” es el que se queda en posesión del inmueble. Valiéndose de la apariencia que el registro, la posesión y el DNI le otorga a “B” como único propietario del bien, contacta a “C” a quien le vende el inmueble como si fuera solo de él⁴⁴. En este caso, “C” adquiere la propiedad del bien sin problema alguno en atención a la buena fe con la que actuó y a la onerosidad de la operación.

⁴² Si bien es cierto que en estos casos el que se ve despojado de la propiedad que había adquirido primero (“B”) actuó de manera negligente al no cuidar de inscribir su derecho (o por lo menos bloquear la partida) ni tomar posesión del bien, es claro que quien actuó de forma irregular es “A”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

⁴³ Artículo 315.- *“Para **disponer** de los **bienes sociales** o gravarlos, se requiere el **consentimiento del marido y la mujer**. Empero, cualquier de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales”.

⁴⁴ A raíz de estos casos de venta de un bien social por uno solo de los cónyuges la Corte Suprema convocó en diciembre del año 2015 al VIII Pleno Casatorio Civil para que dicha controversia pueda ser resuelta. Las posiciones

En efecto, cuando “C” contrató lo hizo en la razonable creencia -buena fe- que solo “B” era el propietario del bien en tanto que solo él era quien figuraba como propietario en el registro, solo él ejercía la posesión del inmueble y además su estado civil figuraba en su DNI como soltero. Todo ello determinaba entonces que solo “B” sea considerado propietario del predio a ojos de todos los demás.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar también de forma clara que un tercero se ve afectado -ve sustraído su derecho- por un contrato que le es ajeno. En efecto, la sociedad de gananciales conformada por “A” y “B” es un **tercero** respecto al contrato de enajenación celebrado entre “B” y “C” sobre el inmueble de su propiedad. **Nuevamente, puede verse entonces cómo en este caso un contrato incide en la esfera jurídica de un tercero al punto de excluir de su patrimonio la propiedad de un bien que le pertenecía.** En este caso la relatividad contractual encuentra otra excepción y se ve desplazada, nuevamente, por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la confianza -buena fe- de “C” y la onerosidad de la operación⁴⁵.

Respecto a la transferencia de propiedad de un bien por uno solo de los copropietarios, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 971 del Código Civil⁴⁶. El supuesto es el siguiente: “A” y “B” son copropietarios de un inmueble que en el registro aparece inscrito solo a nombre de “B”. “A” se ausente del país por un tiempo y “B” es el único que ejerce la posesión del bien. Valiéndose de la apariencia que el registro y la posesión le otorgan a “B” como único propietario del bien, contacta a “C” a quien le vende el inmueble como si fuera solo de él. En este caso, “C” adquiere la propiedad del bien sin problema alguno en atención a la buena con la que actuó y a la onerosidad de la operación.

que se enfrentaron al respecto son el de la nulidad y la ineficacia del contrato de compraventa celebrado por uno solo de los cónyuges. Nosotros somos partidarios de la tesis de la ineficacia pues creemos que el problema no es uno que tenga que ver con la estructura del negocio, sino con la legitimidad que se tiene para contratar. Lamentablemente hasta la fecha la Corte Suprema no ha emitido el fallo que resuelva y de por “terminada” la discusión.

⁴⁵ Cabe precisar que, si bien es cierto que en este caso “A” actuó de manera negligente al haber permitido por “x” razones que solo “B” inscriba el bien a su nombre, al no procurar que este modifique su estado civil de soltero a casado en su DNI y al descuidar la posesión del inmueble, es claro que quien actuó de forma irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

⁴⁶ Artículo 971.- “Las decisiones sobre el **bien común** se adoptarán:

1.- **Unanimidad**, para **disponer**, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él. (...).”

En efecto, cuando “C” contrató lo hizo en la razonable creencia -buena fe- que solo “B” era el propietario del bien en tanto que solo él era quien figuraba como único propietario en el registro y solo él ejercía la posesión del inmueble. Todo ello determinaba entonces que solo “B” sea considerado propietario del predio a ojos de todos los demás.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar también de forma clara que un tercero se ve afectado -ve sustraído su derecho- por un contrato que le es ajeno. En efecto, “A” es un **tercero** respecto al contrato de compraventa celebrado entre “B” y “C” sobre el inmueble del cual era copropietario y, por tanto, sobre el cual ejercía un derecho colectivo -que recaía sobre todo el bien- e individual -que recaía sobre su cuota ideal-. **Nuevamente, puede verse entonces cómo en este caso un contrato incide en la esfera jurídica de un tercero al punto de excluir de su patrimonio un bien que también le pertenecía en su condición de copropietario.** En este caso la relatividad contractual encuentra otra excepción y se ve desplazada, nuevamente, por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la confianza -buena fe- de “C” y la onerosidad de la operación⁴⁷.

Como se puede observar, en todos los casos antes desarrollados la relatividad contractual se ve literalmente relativizada en aras de tutelar el derecho del adquirente quien, en todos los casos, actúa de buena fe. Cabe precisar que dichos supuestos son enunciativos y no constituyen una lista cerrada que excluya la posibilidad de que se presenten otros casos similares en los cuales la relatividad ceda el paso y se relativice. En efecto, **si se verifica la presencia de la buena fe (confianza) y la onerosidad en la adquisición, entonces se estará ante otro supuesto de excepción a la relatividad contractual que merezca protección.** Por ejemplo, también podrían encuadrar como supuestos de excepción los casos de usufructo, arrendamiento o uso *a non domino* -entre otros más- y los de concurrencia entre dichas titularidades distintas a la propiedad.

Un caso de usufructo *a non domino* sería por ejemplo el siguiente: “A” es propietario de un inmueble cuyo derecho se encuentra debidamente inscrito. El día uno le vende el bien a “B”, quien no toma posesión del inmueble ni inscribe su derecho. El día diez “A” -encontrándose en posesión del bien y siendo aún titular registral del mismo- celebra con “C” un contrato de

⁴⁷ Cabe precisar que, si bien es cierto que en este caso “A” actuó de manera negligente al no realizar las gestiones para que se inscriba en el registro su titularidad sobre el bien como copropietario (o por lo menos bloquear la partida) y por no tomar posesión del bien, es claro que quien actuó de manera irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

usufructo oneroso por cinco años el cual llega a inscribirse antes que el derecho de “B”. En este caso es perfectamente aplicable el artículo 1135 del Código Civil el cual, como ya se comentó en el pie de página 41, no se limita a regular la concurrencia de adquirentes de propiedad entre sí, sino de cualquier otro derecho (real o personal) en los cuales haya una siempre una obligación de dar -entregar- el bien, como sería el presente caso en el cual concurren un propietario (“B”) y un usufructuario (“C”).

En este caso, entre la adquisición de propiedad de “B” y el usufructo de “C”, primará el derecho de este último en tanto que fue el que se inscribió primero de buena fe (“C” contrató en la razonable creencia de que “A” aún era propietario en atención a la posesión que ejercía sobre el bien y al registro que todavía lo publicitaba como tal). Entonces “A” constituyó, siendo un no propietario -o sea, un *a non domino* pues ya había transferido la propiedad a “B” por mérito del contrato que celebró con él- un usufructo a favor de “C” que va a surtir plenos efectos por cinco años.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar también que un **tercero** (“B”) se ve afectado por el contrato de usufructo celebrado entre “A” y “C” sobre el inmueble que ya era de su propiedad. En este caso a “B” se le está **sustrayendo** de su patrimonio de manera **temporal** el derecho de usar su inmueble y gozar de los frutos del mismo por cinco años⁴⁸. En los otros casos analizados, el tercero se ve privado o sustraído de su derecho no de forma temporal sino **permanente** en tanto que en esos casos pierde el derecho de modo total (propiedad).

Este es pues otro supuesto en el cual la relatividad contractual se ve desplazada. Casos similares se pueden presentar entonces no solo en el usufructo a *non domino*, sino también en el arrendamiento, uso, superficie u otro derecho (real o personal) que sea transferido a un adquirente de buena fe y a título oneroso. Los supuestos son varios, incluso podrían presentarse no solo en el caso de concurrencia de acreedores sino también es perfectamente posible que ocurran en el marco de una sociedad de gananciales o de un régimen de copropiedad, en los cuales solo uno de los cónyuges o de los copropietarios transfiera o constituya un derecho sobre el bien (de manera

⁴⁸ Cabe precisar como en todos los casos anteriores que, si bien es cierto que en este caso “B” actuó de manera negligente al no realizar las gestiones para que se inscriba en el registro su titularidad sobre el bien como nuevo propietario (o por lo menos bloquear la partida) y por descuidar la posesión del inmueble, es claro que quien actuó de forma irregular es “A”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

temporal) a favor de otra persona como si fuera solo suyo, al igual que los casos que hemos visto antes en los que solo uno de ellos transfiere propiedad.

Lo importante es que quien transfiera o constituya el derecho (real o personal) sea un *a non domino* y quien adquiera el mismo sea uno de buena fe y que haya contratado a título oneroso (esto constituye el mínimo común denominador en todos los casos).

Análisis respecto al quinto significado de la relatividad contractual:

Veamos ahora el quinto significado de la relatividad contractual el mismo que se encuentra relacionado con el anterior. Como se ha señalado, el contrato no puede imponer garantías reales sobre los bienes de terceros; sin embargo, creemos que esta regla tiene las siguientes excepciones: **(i)** constitución de una hipoteca *a non domino*, **(ii)** constitución de una garantía mobiliaria *a non domino* y **(iii)** constitución de una anticresis *a non domino*.

Respecto a la hipoteca *a non domino*, el supuesto que determina que dicha figura se presente es el siguiente: “A” es propietario registral de un inmueble. El día uno vende dicho bien a “B” quien no inscribe su derecho ni toma posesión del inmueble. El día ocho -valiéndose de su condición de titular registral y de poseedor del bien- celebra con su acreedor “C” una hipoteca a favor suyo el cual llega a inscribirse el día quince. En este caso, en atención a la buena fe con la que procedió el acreedor hipotecario “C”, este adquiere el derecho real de garantía hipotecaria sobre el referido inmueble⁴⁹.

En efecto, al momento de celebrar el contrato de hipoteca y de que el mismo quede inscrito, “C” confiaba razonablemente en que “A” seguía siendo el propietario del inmueble dado que los medios de publicidad de titularidades por excelencia (registro y posesión) así lo evidenciaban. Ahora bien, respecto al requisito de la onerosidad, podría pensarse que este aspecto se encuentra ausente dado que el acreedor hipotecario no realiza un desplazamiento patrimonial para adquirir la hipoteca, es decir, no abona una contraprestación para su obtención.

⁴⁹ Sobre la posibilidad de que se pueda constituir una hipoteca *a non domino* puede verse el siguiente trabajo elaborado por el profesor Marco Ortega Piana, quien también admite la posibilidad de que dicho supuesto se presente sin problema alguno: (Ortega Piana M. , 2002, págs. 47-48).

Sin embargo, el carácter de la onerosidad debe obtenerse de un análisis de toda la operación vista en su integridad. En efecto, la hipoteca es un contrato accesorio que está vinculada o tiene su razón de ser en un contrato principal en el cual se encuentra la obligación -dineraria- que garantiza y de la cual es acreedor, en este caso, “C”. El carácter oneroso se extiende del contrato principal al contrato accesorio a efectos de tutelar a los adquirentes de buena fe⁵⁰. Siendo ello así, “C” mantiene una garantía hipotecaria consolidada.

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar claramente que un **tercero** (“B”) se ve afectado por el contrato de hipoteca celebrado entre “A” y “C” sobre el inmueble que ya era de su propiedad, en tanto que lo había adquirido por la sola celebración del contrato con “A”. En este caso es claro que se está alterando la esfera jurídica de “B” dado que sobre un inmueble suyo se está imponiendo un **gravamen hipotecario**, sin que él haya otorgado su consentimiento para ello⁵¹.

Respecto a la garantía mobiliaria *a non domino* el supuesto que determina que dicha figura se presente es el siguiente: “A” es propietario de un bien mueble que no se encuentra registrado a su nombre. Celebra con “B” un contrato de comodato por diez meses. Estando “B” en posesión del bien, constituye una garantía mobiliaria sobre el mismo a favor de su acreedor “C”. En este caso “C” al proceder de buena fe se convierte en titular efectivo de la garantía mobiliaria.

En efecto, ante los ojos de todos, el propietario del bien era “B” en tanto que él se encontraba en posesión del mismo y, además, en el registro no existía información que publicitará lo contrario pues el mueble no se encontraba inscrito. Respecto al requisito de la onerosidad, al

⁵⁰ Este es el criterio que -para bien- ha establecido la Corte Suprema según señala el profesor Martín Mejorada en una entrevista realizada para la revista Themis en la cual aborda algunos aspectos relacionados a la aplicación del principio de la buena fe pública registral. Disponible en: (Mejorada Chauca, Contingencias: Aplicación de la Fe Pública Registral, 2016) Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=iZf6vt8-K6g>

⁵¹ Cabe precisar como en todos los casos anteriores que, si bien es cierto que en este caso “B” actuó de manera negligente al no realizar las gestiones para que se inscriba en el registro su titularidad sobre el bien como nuevo propietario (o por lo menos bloquear la partida) y por descuidar la posesión del inmueble, es claro que quien actuó de forma irregular es “A”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

Ahora bien, podría señalarse que no solo sobre el bien de “B” existe una hipoteca, sino que eventualmente este puede perder la propiedad sobre el mismo -quedar sustraído de su patrimonio- en el eventual remate que se realice para su venta. Esto también es un potencial perjuicio pero que no emerge directa e inmediatamente de la celebración del contrato de hipoteca inscrito o del contrato principal que contiene la obligación que garantiza, como sí ocurre en los casos anteriores. Es por ello que, para efectos de la excepción a la relatividad que nos encontramos comentando, solo nos limitamos a señalar que sobre el bien de “B” pesa una hipoteca y no que -eventualmente- perderá la propiedad.

igual que en el caso de hipoteca, este se deriva o extiende de la obligación dineraria objeto del contrato principal. Siendo ello así, “C” mantiene una garantía consolidada⁵².

En cuanto a la relatividad contractual se refiere, en este supuesto se puede verificar claramente que un **tercero** (“A”) se ve afectado por el contrato de garantía mobiliaria celebrado entre “B” y “C” sobre el bien que es de su propiedad. En este caso es claro que se está afectando la esfera jurídica de “A” dado que sobre un bien suyo se está imponiendo una **garantía mobiliaria**, sin que él haya otorgado su consentimiento para ello. Nótese que, en caso la garantía haya sido constituida con desposesión del bien, el tercero (“A”) se verá **privado** de la posesión también⁵³.

Finalmente, respecto a la anticresis *a non domino*, la ocurrencia de este supuesto es similar al de la hipoteca *a non domino* antes descrita. Los mismos hechos entre “A”, “B” y “C” podrían dar lugar a la constitución de una anticresis por una persona (“A”) que no es propietaria del inmueble. En este caso un **tercero** (“B”) es el afectado dado que sobre su bien se habrá constituido en **garantía anticrética** sin que haya dado su consentimiento para tal efecto. Ello implica -según lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil⁵⁴- que **el tercero no podrá ejercer la posesión del bien** y además se le **privará -se le sustraerá-** de su patrimonio el aprovechamiento de los frutos y provechos que produzca su inmueble hasta que los mismos logren satisfacer el crédito de “C”⁵⁵.

Como se puede observar, el mínimo común denominador en todos los casos antes descritos es **que quien constituya el derecho real de garantía sea un *a non domino* y el acreedor**

⁵² Sobre la posibilidad de que se pueda constituir una garantía mobiliaria *a non domino* puede verse el siguiente trabajo realizado por el profesor Francisco Avendaño Arana, quien indica que sí es posible que se presente un caso de esa naturaleza: (Avendaño Arana, 2009, págs. 48-52).

⁵³ Cabe precisar como en todos los casos anteriores que, si bien es cierto que en este caso “A” actuó de manera negligente al no inscribir su derecho de propiedad sobre el bien y, en esas circunstancias haberlo dado en comodato y descuidar la posesión, es claro que quien actuó de forma irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

⁵⁴ Artículo 1091.- “Por la anticresis **se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos**”.

⁵⁵ Al igual que en los casos anteriores, si bien es cierto que “B” actuó de manera negligente al no realizar las gestiones para que se inscriba en el registro su titularidad sobre el bien como nuevo propietario (o por lo menos bloquear la partida) y por descuidar la posesión del inmueble, es claro que quien actuó de forma irregular es “A”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

beneficiado sea uno de buena fe y a título oneroso. En aras de tutelar la confianza y de incentivar el intercambio a través de los contratos y asegurar su cumplimiento a través de las garantías es que la relatividad contractual se ve desplazada y cede ante los supuestos de excepción antes descritos⁵⁶.

⁵⁶ Además de los supuestos de excepción al segundo y quinto significado de la relatividad contractual antes desarrollados, podría señalarse que los siguientes casos también pueden ser catalogados como excepciones a la relatividad: (i) el caso de los contratos accesorios y (ii) el caso del subcontrato.

Respecto al primero de ellos, un contrato accesorio es aquel que se encuentra vinculado funcionalmente a un contrato principal sin el cual no llegaría a existir. Su existencia se sustenta en dicho contrato. Es el caso de los contratos a través de los cuales se constituyen garantías que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación que nace del contrato principal. Si bien son contratos distintos e incluso no necesariamente entre las mismas partes -como es el caso del dador hipotecario quien es distinto al deudor- ambos se encuentran dentro de una misma operación económica global.

Esta conexidad determina que la ineficacia del contrato principal acarrea la ineficacia del contrato accesorio (y no viceversa) dado que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Entonces, si el contrato principal que contiene la obligación garantizada se declara ineficaz o se extingue, entonces la fianza, garantía mobiliaria, hipoteca o anticresis que la aseguraba, no subsistirán más. En algunos casos nuestro ordenamiento a regulado esta accesoriedad. Por ejemplo, en el caso de la fianza el artículo 1875 señala lo siguiente: *“La fianza no puede existir sin una obligación válida (...)”*; por su parte, en el caso de la hipoteca, el artículo 1122 indica lo siguiente: *“La hipoteca se acaba por: 1. Extinción de la obligación que garantiza, 2. anulación, rescisión o resolución de dicha obligación (...)”*.

Siendo ello así, nos preguntamos si el siguiente caso puede ser considerado como una excepción a la relatividad contractual: “A” (entidad financiera) celebra con “B” un contrato de financiamiento en virtud del cual el primero se obliga a dar mensualmente al segundo la suma de S/ 300.000 en préstamo durante 10 años a fin de construir una línea eléctrica a favor del Estado y “B” al pago de cada cuota al finalizar el segundo mes de otorgado cada préstamo más intereses moratorios y compensatorios. A fin de garantizar el cumplimiento de dicha obligación, “A” celebra con “C” un contrato de hipoteca sobre una concesión eléctrica de la cual este es titular. Ocurre que en el año cuatro (habiendo hasta dicha fecha “B” cancelado los préstamos otorgados) “A” y “B” deciden poner fin al contrato de financiamiento a través de un mutuo disenso.

Es claro que, al haber finalizado el vínculo contractual principal y por consiguiente al haberse extinguido la obligación de financiamiento y de devolución del mismo más intereses, el contrato de hipoteca también se habrá extinguido. En este caso entonces puede observarse cómo un contrato celebrado entre “A” y “B” -el mutuo disenso, el cual, en sí mismo es un contrato dado que es un acuerdo de voluntades destinado a extinguir una relación jurídica- tienen incidencia directa en la esfera jurídica de un **tercero** (“C”) pues desaparecerá la posibilidad o el riesgo de que eventualmente pierda la concesión de la cual es titular.

En efecto, en su “contabilidad patrimonial”, al ser un dador hipotecario, había una suerte de “provisión” (reserva) realizada, esto es, que había una potencial deuda por pagar con ese inmueble. Esto podría ser calificado como un pasivo contingente en su patrimonio. Sin embargo, con la extinción de la obligación principal y consecuentemente de la hipoteca, **su esfera jurídica se vio alterada: desapareció ese pasivo contingente**. Nótese que no es que el mutuo disenso haya dado lugar a un derecho o beneficio al tercero “C” (contrato a favor de tercero) sino que ha permitido que su patrimonio regrese al estado en el que se encontraba antes de la hipoteca: sin ese pasivo contingente.

¿Puede señalarse entonces que ese contrato de mutuo disenso, en este caso, constituye una excepción a la relatividad en cuanto altera la esfera jurídica de “C” según lo ya explicado?

Con relación a la figura del subcontrato, este presupone la concurrencia de dos contratos que también se encuentran funcionalmente vinculados. Así, se tiene a un contrato originario del que nacerá un contrato posterior denominado contrato derivado o subcontrato el cual es celebrado por una de las partes del contrato originario y un tercero ajeno a dicha relación contractual (a diferencia del contrato accesorio, en el cual las partes que lo celebraron pueden ser o no las mismas del contrato principal). Asimismo, tanto el contrato originario como el derivado (a diferencia de los contratos accesorios y principales) deben tener la misma naturaleza. Así, por ejemplo, el subcontrato que nacerá de un arrendamiento es siempre un subarrendamiento, en el caso de la fianza, será una subfianza.

Análisis del cuarto significado de la relatividad contractual:

La peculiaridad de estos contratos -al igual que los accesorios- es que la ineficacia del contrato originario acarrea también la ineficacia del contrato derivado (y no viceversa), en tanto que estos se sustentan en aquellos. En algunos casos nuestro ordenamiento a regulado esta dependencia. Así, en el caso del subarrendamiento, el artículo 1694 señala lo siguiente: *“A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente”*.

Siendo esto así, nos preguntamos si el siguiente caso puede ser considerado como una excepción a la relatividad contractual: “A” celebra con “B” un arrendamiento sobre su inmueble por ocho años, concediéndole la facultad de poder subarrendar. En el año cuatro “B” subarrienda el bien a “C” hasta el año ocho. En el año seis, “A” celebra con “B” un mutuo disenso a través del cual acuerdan poner fin al contrato de arrendamiento. En aplicación del señalado artículo 1694, el subarrendamiento celebrado entre “B” y “C” automáticamente finalizará también.

En este caso entonces puede observarse cómo un contrato celebrado entre “A” y “B” -el mutuo disenso que, como ya se mencionó, es un contrato dado que es un acuerdo de voluntades destinado a extinguir una relación jurídica- tienen incidencia directa en la esfera jurídica de un **tercero** (“C”) al punto de que se le **priva** o sustrae la posibilidad de seguir en posesión del inmueble hasta el año ocho. Una aplicación estricta de la relatividad más bien impediría que los efectos del contrato de arrendamiento (como es el de su ineficacia a causa del mutuo disenso) se trasladan a terceros. Sin embargo, ello no ocurre así.

¿Puede señalarse entonces que el contrato de mutuo disenso, en este caso, constituye una excepción a la relatividad en cuanto altera la esfera jurídica de “C” según lo ya explicado?

Tanto en el caso de la hipoteca sobre la concesión eléctrica antes descrita como en este, no se descarta la posibilidad de sostener que, en efecto, la relatividad contractual se vea desplazada y encuentre una excepción en tanto que **el vínculo de dependencia funcional que existe entre los contratos accesorios y derivados sobre los contratos principales y originarios respectivamente, son tan fuertes al punto de que si estos últimos son ineficaces, los otros, inevitablemente, también lo serán, sin que nada -ni la relatividad contractual- pueda evitar esa consecuencia tan natural en atención a la conexidad de dichos contratos.**

Tanta es la conexidad o dependencia económica de esos contratos que incluso el Código Civil permite que una de las partes del contrato originario pueda dirigirse de forma directa contra el tercero que es parte del subcontrato. En efecto, el artículo 1693 señala lo siguiente: *“Tanto el subarrendatario como el arrendatario, están obligados solidariamente ante el arrendador, por las obligaciones asumidas por el arrendatario”*. Como se observa, el arrendador puede ir más allá de su contrato y accionar contra el subarrendatario (**tercero**) a pesar de que no existe un contrato entre ellos.

Del mismo modo, el artículo 1772 establece que: *“El contratista no puede subcontratar íntegramente la obra, salvo autorización escrita del comitente. La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato”*. En este caso también el comitente podría ir más allá de su contrato y accionar contra el subcontratista (**tercero**) a pesar de que no existe un contrato entre ellos.

Estimamos, al igual que los profesores Eduardo Barboza y Jaime Miranda, que **el nexo funcional entre los contratos originarios y derivados o principales y accesorios generan un vínculo entre los mismos que impiden que sean considerados actos autónomos o independientes del todo, pues todos ellos apuntan a una finalidad económica supra-contractual que trasciende y va más allá de la finalidad específica de cada contrato en tanto que cada uno de ellos constituye solo un instrumento de la operación comercial general.** Véase: (Barboza Beraún & Miranda Gómez, 2014, pág. 212).

Creemos que esto es lo que justificaría que una persona pueda ir “más allá” de su contrato y dirigirse a un “tercero” sin que la relatividad pueda impedirlo. Sirva estos casos adicionales para evidenciar una vez más que la relatividad contractual está siendo relativizada o desplazada en atención a los nuevos fenómenos económicos que están apareciendo en la práctica como es la conexidad contractual.

Con relación al cuarto significado de la relatividad contractual según el cual el contrato no puede atribuir derechos a un tercero, podría señalarse que el mismo no admite excepción alguna. Este significado de la relatividad se relaciona con el contrato a favor de tercero, el cual se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en los artículos 1457 a 1469 del Código Civil.

Al respecto, resulta interesante lo establecido por el artículo 1458 el cual establece lo siguiente: *“El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al promitente y al estipulante su voluntad de hacer uso de ese derecho para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente. La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato”*.

Como se observa, el derecho del tercero surge con la celebración del contrato entre el estipulante y el promitente. Esto quiere decir que, del solo acuerdo entre ellos, nacería en su patrimonio un nuevo derecho para él. Sin embargo, para que haga uso efectivo del mismo, esto es, para que pueda estar en aptitud o en posibilidad de exigir su realización al promitente, deberá manifestar su voluntad en tal sentido. Solo con esa manifestación **-recién-** podrá hacer uso de ella.

Entonces, a pesar de que el derecho ya se encuentra en su patrimonio, se requiere igualmente su “aceptación” para que puede utilizarlo o ponerlo en marcha. Esto no parece correcto, pues si un derecho ya integra o forma parte de mi patrimonio no es necesario que tenga que realizar una declaración posterior para poder hacerlo efectivo.

Si un derecho está dentro de mi esfera jurídica es potestad mía si lo ejerzo o no, no requiero hacer una “aceptación” ulterior, por lo que, siguiendo esa línea, el derecho no alterará realmente (en sentido positivo) el patrimonio del tercero sino hasta cuando este manifieste su “aceptación”, con lo cual se puede concluir que -de toda formas- se requiere el consentimiento del tercero para que en su patrimonio puede decirse que -verdaderamente- ha surgido un derecho que pueda usarlo.

Tanto es así que mientras el tercero aún no manifieste la voluntad de querer hacer uso del derecho que ya formaría parte de su patrimonio, el estipulante podría revocarlo o modificarlo⁵⁷. Siendo ello así nos preguntamos ¿realmente puede decirse que de la sola celebración del contrato

⁵⁷ Artículo 1464.- *“El estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no se haya producido los casos de aceptación previstos en los artículos 1458 y 1459”*.

entre el promitente y el estipulante surge un verdadero derecho a favor del tercero que ya integra su patrimonio? Parecería que no por una simple razón: si el tercero ya sabe que existe un derecho en su esfera jurídica, ello implica que, **al formar parte de su patrimonio**, al estar ya dentro de él y ser titular efectivo del mismo, **nadie podría modificarlo o revocarlo sin su consentimiento**.

Sin embargo, en este caso esto no es así, pues el estipulante podría alterar ese derecho. Entonces no es que el tercero tenga un real y verdadero derecho subjetivo dentro de su patrimonio. Se requiere igualmente de su “aceptación” para hacer uso del mismo, luego de lo cual, **recién**, podrá estar en posibilidad de exigir su realización o de, incluso, exigir un resarcimiento al promitente si no cumple. Es recién en este momento que podría decirse que surge un derecho verdadero para él, pero que requirió su asentimiento.

Nótese que la “aceptación” marca un hito, pues antes de dicho momento, el tercero no es titular de un derecho efectivo (lo cual implicaría que nadie lo pueda revocar o modificar sin su consentimiento y que pueda ejercerlo sin restricción alguna) dado que el estipulante podría -justamente- modificar o revocar ese derecho. Luego de la aceptación, el estipulante ya no puede alterar el derecho⁵⁸, con lo cual desde ese momento recién el tercero es titular de un verdadero derecho. A partir de ese momento, el derecho pasa del estipulante al patrimonio del tercero.

Teniendo ello en cuenta, podría concluirse que la relatividad contractual no admite excepciones en su cuarto significado, puesto que se requiere igualmente el asentimiento del tercero para que se genere el beneficio (derecho efectivo) a su favor⁵⁹.

Análisis del tercer significado de la relatividad contractual:

El principio tampoco admite excepciones en su tercer significado en virtud del cual el contrato no puede impedir que un tercero (“C”) adquiera el bien de un sujeto (“B”) debido a la

⁵⁸ Artículo 1466.- *“Para que el estipulante y sus herederos, en su caso, puedan hacer valer la revocación o modificación, se requiere que el tercero haya conocido la existencia del contrato y no haya expresado aún la voluntad de hacer uso de su derecho”*.

⁵⁹ La interpretación que hemos postulado sobre el contrato a favor de tercero en relación con la relatividad contractual es una que gira en torno a la regulación actual de dicho contrato en nuestro ordenamiento. Debido a que el eje central de nuestra investigación no gira en torno a ese contrato, hemos querido manifestar solo una de las varias interpretaciones que pueden existir al respecto, dejando en claro que sobre dicha figura existe una amplia literatura a nivel nacional y comparado.

existencia de un pacto previo entre este último y otro (“A”) en virtud del cual “B” se obligó a no enajenar la propiedad sobre su bien a nadie. Es lo que se conoce como las prohibiciones contractuales de enajenar o gravar (aunque para no limitarlos al ámbito de la transferencia de la propiedad es mejor hablar de las prohibiciones contractuales de transferencia o de constitución de derechos en general).

Sobre este tercer significado estimamos necesario hacer algunas precisiones importantes. Como sabemos, las prohibiciones contractuales de transmisión de derechos no son pactos que se admitan en todos los ordenamientos jurídicos. En realidad, se trata de un tema de opción legislativa que cada país determina de acuerdo con los valores que estima merecen protección. Tenemos entonces dos posibilidades: que se admita su validez o que la misma sea rechazada. Analicemos ambos supuestos.

En caso el pacto de no enajenación no sea válido -como lo es en nuestro caso⁶⁰- el mismo no podría ser considerado una excepción a la relatividad contractual por cuanto para que hablemos de verdaderas excepciones las situaciones jurídicas que vinculan a las partes -y que se extenderían a los terceros vía excepción- deben tener como fuente un contrato o pacto válido. Y es que si se pretende extender a terceros pactos contractuales inválidos es claro que los mismos no los alcanzarán o vincularán ni a ellos (vía excepción) ni a las propias partes (vía relatividad) en tanto que, justamente, el pacto es inválido, esto es, carece de eficacia total, no produciendo por tanto ningún tipo de efecto frente a nadie.

En el supuesto que el pacto de no enajenación sea válido⁶¹ -como lo es en el caso del *Codice* italiano, del Código Civil y Comercial de Argentina y del anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil⁶²- tenemos dos posibilidades: (i) que el pacto solo tenga efectos entre las

⁶⁰ En efecto, el artículo 882 de nuestro Código Civil establece lo siguiente: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

⁶¹ Ahora existe la tendencia en admitir los pactos de no enajenación los cuales serían de mucha utilidad para efectos de satisfacer algunas necesidades económicas. En ese sentido, el profesor Bullard indica lo siguiente: “cuando ahora el Perú entra dentro del fenómeno de la globalización de la economía, el pacto por el cual un grupo de accionistas se obligan a no vender sus acciones es un pacto necesario y útil para permitir justamente el desarrollo de grandes inversiones. El Código Civil crea una barrera que los abogados tenemos que sortear con figuras análogas, cuando en otros países se permite esos pactos, con tal de que tengan un plazo determinado máximo” (como se citó en: Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 240).

⁶² En efecto, los mencionados códigos y el anteproyecto de reforma establecen lo siguiente:

partes (eficacia obligacional) y (ii) que el pacto pueda eventualmente alcanzar o ser oponible a los terceros (eficacia real).

Sobre estas dos posibilidades, resulta pertinente hacer un símil con la división que se realiza en doctrina sobre las **obligaciones de no disponer** frente a las **prohibiciones de disponer**. Así, el profesor Barchi- citando a Diez-Picazo quien es el que realiza la señalada distinción- indica lo siguiente:

“(…) las obligaciones de no disponer no evitan la disposición del bien gravado; es decir que la obligación de no disponer no resulta oponible al adquirente. El titular de la situación jurídica subjetiva aun gozando de la facultad de disposición queda obligado a no disponer. Mientras que en las prohibiciones de disponer su incumplimiento genera la ineficacia de la transferencia, por lo que la adquisición queda frustrada; el incumplimiento de la obligación de no disponer solo genera la obligación de indemnizar los daños que se cause” (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 241).

Cabe precisar que, en el caso de las prohibiciones de no disponer, para que dicha prohibición sea opuesta a terceros, es decir, para que su adquisición se frustre (sea ineficaz), es necesario que dicho pacto de prohibición haya sido **conocido** por aquel. Así, por ejemplo, en el

- Artículo 1379 del *Codice* establece lo siguiente: “La **prohibición de venta** establecida por contrato solo tiene efecto entre las partes, y no es válida si no está contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no responde a un interés apreciable de una de las partes”.

- Artículo 1972 del Código Civil y Comercial de Argentina: “En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas **son válidas si se refieren a persona o personas determinadas**.

En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria”.

- Artículo 882 del anteproyecto de reforma: “Prohibición de disponer o gravar:
1. Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se **puede establecer la prohibición de disponer o gravar** hasta por el plazo máximo de treinta años.
2. El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista un nuevo acuerdo.
3. Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado en el numeral 1”.

caso de las cosas inmatriculadas, la prohibición de disponer deberá estar inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 240).

El primer supuesto (que sería el caso de las obligaciones de no disponer) supone entonces que el pacto de no enajenación (válido) solo tendrá eficacia *inter partes*. Esto quiere decir que si “A” y “B” celebraron un contrato en el que estipularon que “B” se obligaba a no enajenar su inmueble por cierto tiempo y finalmente “B” incumple y vende el bien a “C”, esta adquisición no se vería obstaculizada por el pacto de no enajenación entre “A” y “B”. En este caso, “A” podrá dirigirse únicamente contra “B” por los daños que se le haya podido ocasionar debido a su incumplimiento, pero no podrá hacer nada contra el derecho adquirido de “C”, **incluso si este último hubiera sabido al momento de contratar con “B” que este se había obligado a no transferir**. En este supuesto, el conocimiento del tercero sobre el pacto de no enajenación es irrelevante⁶³.

Esto se encuentra regulado en el artículo 1379 del *Codice* italiano el cual señala que: “*La prohibición de venta establecida por contrato solo tiene efecto entre las partes (...)*”. Si bien la propia norma no establece expresamente que sea irrelevante el conocimiento del tercero, una autorizada doctrina (Roppo, 2009, pág. 535) ha señalado que dicho pacto no frustra la adquisición del tercero incluso si el contrato que contiene tal estipulación haya estado inscrito, con lo cual se concluye que así el tercero haya tenido conocimiento del pacto (vía registros), igualmente su adquisición se mantiene firme. En este supuesto entonces la relatividad tampoco admite excepción alguna en tanto que el pacto de prohibición de venta -válido solo *inter partes*- no alcanza los derechos adquiridos por los terceros, los cuales no resultan responsables de nada.

Cabe precisar que, en el ámbito de la transmisión de créditos, el artículo 9.1.9 de los Principios Unidroit también sigue la misma línea de las obligaciones de no disponer -es decir, que

⁶³ Sobre este tema, nosotros nos encontramos de acuerdo con la validez de los pactos convencionales de no enajenación (y de no transmisión o constitución de derechos en general), siempre que se encuentren dentro de límites temporales que no los hagan perpetuos. De este modo, pueden servir como medios de garantía para asegurar el cumplimiento de algunas obligaciones o para proteger algún otro derecho.

Sin embargo, no compartimos la idea de que el conocimiento del tercero sea irrelevante. Creemos que el pacto (de no transmisión o constitución de derechos en general) sí debería ser oponible al tercero que **conoció o pudo conocer** el mismo (salvo que las propias partes -porque el ordenamiento así los **faculta y no lo impone de forma exclusiva** como lo hace el *Codice* para el pacto de prohibición de venta- opten por pactar una obligación de no disponer).

el pacto de no transmisión de un crédito solo surte efectos entre las partes-. En efecto, dicho artículo establece lo siguiente: *“La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato”*.

El segundo supuesto (que sería el caso de las prohibiciones de disponer) implica que el pacto de no enajenación -eventualmente- sí puede alcanzar o, mejor dicho, sí es oponible al tercero. Esto ocurre -como ya se mencionó- cuando el tercero “C” **tenía conocimiento o podía conocer** al momento de contratar que “B” -su contraparte- se había obligado antes frente a “A” a no enajenar el bien materia de su contrato y, a pesar de ello, contrató con él en clara vulneración del crédito de “A”.

En estos casos “A” puede hacer oponible a “C” el pacto de no enajenación que celebró con “B” en tanto que aquel, a sabiendas de ello, contrató con “B”, cuando este se había obligado a no hacerlo. Estos casos se encuentran regulados expresamente en los Principios Unidroit y en las legislaciones de Italia, Francia y en la nuestra, pero para los casos de acuerdos de no transferencia de créditos, para el pacto de preferencia y para una promesa unilateral de contratar (derechos personales), los cuales, en estricto, se reconducen al mismo supuesto de hecho general que es materia de nuestro estudio: las prohibiciones contractuales de no transferir o constituir derechos en general.

En el caso de los Principios Unidroit, el artículo 9.1.9 establece lo siguiente: *“La cesión de un derecho a otra prestación [distinta a la de dar una suma de dinero] no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato”*.

En esa misma línea, en el caso de la legislación italiana, el artículo 1260 del *Codice* establece que: *“(…) las partes pueden excluir la transferibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario si no se demuestra que lo supo en el momento de la asignación”*. A contrario, el pacto sí es oponible al cesionario si se demuestra que lo supo al momento de la asignación. En nuestro caso, el artículo 1210 del Código Civil establece que: *“(…) el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario, si consta del instrumento por el*

que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

Como se habrá podido advertir, llama la atención que en el sistema italiano se establezca que el pacto de no enajenación a través de una venta no es oponible a los terceros incluso cuando estos hayan tenido conocimiento de los mismos, con lo cual, el derecho real queda transferido a pesar de ello y el tercero (nuevo propietario) queda libre de toda responsabilidad.

En cambio, en el caso del crédito, el pacto de prohibición de cesión sí podría ser opuesto al tercero que adquirió dicho derecho personal a sabiendas de dicho pacto, haciéndolo responsable. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿por qué el tercero adquirente de la propiedad no es responsable -y su adquisición es eficaz- a pesar de que conocía el pacto de no enajenación y sí lo es el tercero adquirente del crédito que también conocía de la prohibición de cesión?

Explica el profesor Roppo que el principal fundamento para que los pactos de prohibición de cesión de créditos sean oponibles a los terceros y, por tanto, los hagan responsables, es que en esos casos no estamos ante el derecho real de propiedad (Roppo, 2009, pág. 535). Con ello se estaría dando a entender que la propiedad tendría cierto grado de superioridad sobre el crédito, pues no hay por qué hacer responsable a un tercero que lo que busca es hacerse de la titularidad de un derecho real como la propiedad.

Desde un punto de vista económico, la intención que ha tenido la legislación italiana con esto, creemos, es crear más incentivos en las adquisiciones de propiedad. Esto sería así por cuanto el mensaje que recibirían los terceros es que no serían responsables -no les sería oponible- el pacto de prohibición de venta que vincula a su transferente.

En cambio, en el caso del crédito, el mensaje que se envía a los terceros es que, si contratan con el que se obligó a no transferir el crédito habiendo conocido dicho pacto, entonces el mismo sí les resultaría oponible, con lo cual serían responsables también por los daños que se ocasione al acreedor. De ese modo, solo les sería inoponible el pacto si es que no lo conocían o no lo podían conocer.

En términos generales es positivo que se aliente las adquisiciones de propiedad, pero creemos que no de esa forma. El mensaje que la norma italiana transmite a los terceros en el caso

de las prohibiciones de venta crea no un incentivo eficiente sino más bien uno perverso. En efecto, el tercero (“C”) no tendría mayor reparo en contratar a pesar de que su transferente (“B”) se había obligado antes con “A” a no hacerlo por cierto tiempo, pues no perdería nada (no hay oponibilidad contra él, a pesar de que haya conocido el pacto) y sí ganaría u obtendría un nuevo derecho (propiedad).

¿Quién es el perjudicado? “A” ¿quién es el beneficiado? “C” ¿contra quién se podría dirigir “A” a fin de obtener tutela resarcitoria (de ser el caso)? únicamente contra “B”, pero “C” estaría libre de “polvo y paja” a pesar de que haya contrato **a sabiendas** del pacto. Puede ocurrir incluso que quien tenga mayor solvencia y, en consecuencia, pueda estar en una mejor aptitud de pagar un resarcimiento sea “C” y no “B”, pero **el sistema italiano impide** que “A” pueda dirigirse contra “C”, agravando aún más su situación.

No estamos en contra de que se maximice beneficios, muy por el contrario, eso es siempre alentador. Pero el logro de ese beneficio debe obtenerse de forma regular, **sin que el sistema - como el italiano- imponga una regulación a través de la cual se tolere lesionar o vulnerar situaciones jurídicas ajenas como sería el crédito de “A”**. Es por ello que nosotros estamos de acuerdo con los pactos de no transmisión o constitución de derechos en general⁶⁴, pero los mismos deben ser **oponibles a los terceros** que los conocieron o los pudieron conocer (como sería el caso de las prohibiciones de disposición del que hablaba el profesor Diez-Picazo), **sin importar si lo que no se podía transmitir o constituir era un derecho real o personal**. No hay por qué hacer una diferencia en base a ello. En cualquier caso, siempre se estará ante un mismo crédito digno de protección: el de la persona a favor de la cual se celebró el pacto de no transmisión.

¿Por qué el sistema italiano busca crear más incentivos -aunque en realidad serían perversos como ya se mencionó, con lo cual no tendrían nada de positivo en el sistema- para la circulación de la propiedad y no para los derechos personales como el crédito? Pues porque, como ya se adelantó, primaría más los derechos reales que los personales. Esto no es sino una

⁶⁴ Dentro de estos pactos incluimos no solo a la prohibición de enajenar o gravar sino también a la prohibición de ceder un crédito y a **otros pactos de contenido negativo que igualmente impliquen que una de las partes no pueda contratar con un tercero por un determinado periodo de tiempo**: pactos de exclusividad, de preferencia (de no competencia), de indivisión, etc. Todos estos pactos, a nuestro parecer, sí son susceptibles de ser eventualmente opuestos a los terceros que hayan conocido o hayan podido conocer los mismos y, a pesar de ello, hayan contratado con el deudor que se había obligado a no hacerlo.

manifestación más del dualismo clásico que otorgaba mayor relevancia -y protección- a la propiedad y a los otros derechos reales, dejando de lado a los derechos personales.

Ya en los apartados 1.1.5.2, 1.1.5.3 y 2.2.2.1 del presente trabajo hemos demostrado que la tesis dualista clásica es errónea y que tanto los derechos reales como los personales son oponibles *erga omnes* y que ambos merecen el mismo grado de tutela y protección. Sin embargo, como se acaba de observar, lamentablemente aún quedan algunos rezagos del dualismo en sistemas como el nuestro y el italiano⁶⁵.

Contrariamente a esto último, uno de los hechos legislativos recientes que merece destacarse -pues se aleja de forma diametral de las premisas dualistas clásicas- es la reforma realizada al Código Civil de Francia en el año 2016. Como parte de dichas modificaciones se regularon en los artículos 1123 y 1124 los pactos de preferencia y de promesa unilateral de contratar⁶⁶, respectivamente, los cuales resultan **oponibles** a los terceros que **conocían** de su existencia y, a pesar de ello, contrataron con el deudor.

En efecto, el artículo 1123 señala lo siguiente:

“El pacto de preferencia es el contrato por el cual una parte se compromete a proponer prioritariamente a su beneficiario a contratar con él en el caso que ella decidiera contratar.

*Cuando un contrato se concluye con un tercero en violación de un pacto de preferencia, el beneficiario puede obtener la **reparación del perjuicio ocasionado**. Cuando el tercero **conocía** la existencia del pacto y la intención del beneficiario de invocarlo, este último puede*

⁶⁵ En el caso de nuestro sistema, la prohibición contractual de disponer un crédito sí está permitido, pero la prohibición de disponer la propiedad (pacto de no enajenación) y de gravar un bien es nulo, conforme ya se mencionó. Esto porque se ha optado por proteger el libre tráfico patrimonial de la propiedad, su circulación constante y se quiere evitar que el mismo sea sustraído del comercio bajo cualquier supuesto. Como se observa, al igual que el sistema italiano, la regulación no es coherente en la prohibición de los pactos de no transmisión de derechos (la única diferencia con el país europeo es que allá sí es válido el pacto, pero solo *inter partes* y acá es inválido, pero al final, respecto al tercero, el resultado es el mismo en ambos sistemas: la adquisición de dicho tercero se mantiene firme).

¿Por qué el tratamiento diferenciado? ¿Por qué acá sí se permite la restricción en el caso del crédito, pero no en el caso de la propiedad? Lo que ocurre es que el legislador ha dado un mayor valor a la propiedad y por ello busca que el mismo esté en constante circulación, en tanto que generaría mayor riqueza. Esto es una clara manifestación del dualismo clásico que, como ya se demostró, no tiene mayor sustento alguno por las contradicciones internas que padece.

⁶⁶ La promesa unilateral de contratar en Francia se asimila a lo que en nuestro sistema se conoce como el contrato de opción.

demandar la **nulidad** del contrato concluido o solicitar al Juez a que lo sustituya por el tercero en dicho contrato.

El tercero puede solicitar por escrito al beneficiario que confirme, dentro de un plazo que él fije y que debe ser razonable, la existencia de un pacto de preferencia y si tiene la intención de hacer uso de él. En defecto de respuesta dentro de dicho plazo, el beneficiario del pacto ya no podrá solicitar su sustitución en el contrato celebrado con el tercero o la nulidad del mismo”.

Por su parte, el artículo 1124 establece que:

“La promesa unilateral es el contrato por el cual el promitente acuerda con el beneficiario el derecho de optar por la conclusión de un contrato cuyos elementos esenciales deben estar determinados y para la formación del mismo solo falta el consentimiento del beneficiario.

(...)

*El contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero que **conocía** su existencia es **nulo**”.*

Como se observa, la legislación francesa expresamente permite que el acreedor haga oponible al tercero el pacto de preferencia, así como la promesa de contratar, sancionado con **nulidad** los contratos incompatibles con los pactos antes señalados⁶⁷. Así, por ejemplo, si “A” promete a “B” venderle un inmueble determinado, y, dejando de lado la opción que le concedió, vende el bien a “C” (tercero) que **conocía** la existencia de la promesa, el beneficiario (“B”) tiene derecho a demandar la nulidad de la venta, para de ese modo hacer posible el ejercicio de su “opción de compra” de conformidad con la promesa pactada.

Del mismo modo, si el accionista “A” celebra un pacto de preferencia con “B” concediéndole el derecho a igualar la oferta de un tercero y luego las transfiere en violación del pacto a “C” (tercero) que **conocía** de su existencia, entonces el beneficiario “B” tiene derecho a exigir que se declare nula la transferencia para poder activar el ejercicio de la cláusula de preferencia que tiene a su favor⁶⁸.

⁶⁷ Más adelante estudiaremos si los contratos celebrados entre el tercero y el deudor -los cuales vulneran directamente el crédito del acreedor- son efectivamente nulos o no.

⁶⁸ En este mismo sentido -conforme indica el profesor chileno Jorge Ugarte Vial- se pronunciaba hace más de cien años Planiol quien comentaba la jurisprudencia que ya declaraba nula la venta de una cosa a un tercero en violación

Es alentador el paso hacia adelante que ha dado la legislación francesa al regular expresamente la posibilidad de que los acreedores hagan oponible sus créditos a los terceros en los pactos antes señalados, al igual que lo han hecho las legislaciones italiana y peruana en el caso de los pactos de no cesión de créditos. Poco a poco -aunque a pasos lentos- el dualismo va perdiendo terreno en los sistemas jurídicos, lo cual es muy positivo para la seguridad jurídica y para una mayor eficiencia de las relaciones económicas actuales.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, podría concluirse que en este segundo supuesto (prohibiciones de disponer o constituir derechos en general) en el cual se puede oponer al tercero los pactos de prohibición de transferencia de crédito, de preferencia y de promesa unilateral de contrato -pues tenía conocimiento de los mismos-, sí se estaría ante una excepción a la relatividad del contrato en tanto que, justamente, los pactos alcanzan a la esfera jurídica de aquel, haciendo ineficaz su adquisición o constitución e incluso haciéndolo también responsable de los daños que se hayan podido ocasionar al acreedor. Ello, sin embargo, no es correcto.

En efecto, **el hecho de que el tercero se vea “alcanzado” por dichos pactos no es por causa de haber operado una excepción a la relatividad contractual, sino que, en realidad, la prohibición de que contrate con el deudor del pacto -esto es, con el cedente, el que está sujeto a la preferencia o el concedente de la promesa- emana del deber genérico de no perjudicar o dañar las situaciones jurídicas subjetivas ajenas, deber que pesa sobre él y sobre todos los demás y en base al cual surge la noción de oponibilidad del crédito frente a todos. Es el llamado deber jurídico como medio de protección del que hablaba el profesor Freddy Escobar y que desarrollamos en el apartado 2.1.2 del presente trabajo.**

En ese sentido, se ha dicho correctamente lo siguiente:

“El principio -haciendo referencia a la relatividad contractual- no impide que el contrato cree (a favor de las partes) **situaciones jurídicas que los terceros están obligados a respetar,**

a una promesa de venta cuando el mismo conocía de su existencia. Señala que para Planiol se trataba de una aplicación de la regla "*fraus omnia corrumpit*", en virtud de la cual el fraude todo lo corrompe y nunca puede prevalecer. En ese mismo sentido, el profesor chileno destaca también la opinión del profesor Ripert, para quien la venta de un inmueble realizada a un tercero en infracción a una promesa realizada anteriormente lo hace partícipe del fraude del vendedor y acarrea la nulidad de la venta. Véase el artículo del profesor Ugarte en: (Ugarte Vial, 2016). Recuperado de: <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/10/26/oponibilidad-a-terceros-de-la-promesa-de-contrato-y-del-pacto-de-preferencia.aspx>

bajo pena de sufrir las reacciones legales del contratante lesionado. Piénsese en el tercero adquirente que viola el derecho del prelacionario, nacido del contrato atributivo de la prelación (...): casos en los cuales el tercero puede ser llamado a responder (lesión del crédito por parte del tercero, tutela aquiliana de las posiciones contractuales, responsabilidad del tercero **cómplice en el incumplimiento** del contrato). Pero **el fenómeno no tiene nada que ver con la relatividad de los efectos contractuales**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 527).

Entonces no es que nos encontremos ante una excepción a la relatividad y que se le haya impuesto al tercero una obligación negativa o de no hacer (de no contratar con el deudor); sino que por efecto del *neminem laedere* (deber general de respeto), debe cuidar de no lesionar el crédito del acreedor y no contratar con el deudor que se había comprometido a no hacerlo. Esto implica que, por efecto de dicho deber, el crédito del acreedor es **oponible** a todos los terceros.

Profundicemos un poco más en la distinción entre la oponibilidad y la relatividad, pues debido a la confusión que existe entre estos dos términos es que muchos no han dudado en negar la existencia de una tutela aquiliana del acreedor frente a los terceros.

Antes de advertir las diferencias entre ambas figuras queremos enfatizar que es claro entonces que la relatividad contractual no es una categoría absoluta. Las excepciones antes anotadas (respecto a su segundo y quinto significado) demuestran lo señalado⁶⁹. Hemos querido dejar en claro esto, pues, como ya se mencionó, muchos con el solo hecho de advertir que un tema “polémico” -como es el caso de la lesión del crédito por un tercero- roza en lo más mínimo con la

⁶⁹ Más allá de las excepciones ya desarrolladas, es innegable que los terceros no son del todo ajenos al contrato. Así, por ejemplo, según lo establecido por el artículo 1222 del Código Civil un **tercero** puede sin problema alguno ejecutar el pago de una obligación incluso sin el asentimiento del deudor, dando lugar con ello a que se produzca el **efecto satisfactivo del acreedor**, salvo pacto en contrario o que por la naturaleza de la obligación no sea posible ello.

Asimismo, el artículo 1224 establece que el pago puede ser realizado no solo al acreedor sino también a la persona designada por la ley o por el juez, el cual puede ser sin problema alguno un **tercero**, sin que ello impida que se produzca el **efecto liberatorio del deudor**. Del mismo modo, el artículo 1225 indica que la obligación queda **extinguida** por el pago hecho a persona que se encuentre en “posesión” del derecho a cobrar, aunque después se le quite la “posesión” o se declare que no la tuvo. Es claro que esa persona es un **tercero** que no es el acreedor y ello no impide que se extinga el débito.

Finalmente, existen además otra vasta área de situaciones en las cuales un contrato alcanza posiciones jurídicas de terceros en el sentido no de lesionarlas, sino de conformar un perfil distinto que los vincula y que no constituyen excepciones a la relatividad. Por ejemplo, la cesión de crédito pone al deudor cedido (respecto a esta) en una posición jurídicamente diferente a la anterior: él es deudor ya no del cedente, sino del cesionario; igualmente la enajenación de la nuda propiedad cambia al sujeto frente al cual el tercero usufructuario tiene los deberes de conservación y respeto; así como la cesión del usufructo impone al tercero nudo propietario un diferente sujeto como titular del goce de su bien. Véase: (Roppo, 2009, pág. 527).

relatividad, terminan, *a priori* y sin mayor análisis, por inclinar la balanza del todo a favor de dicho principio, sin realizar un mayor estudio del tema y terminan por sepultar a otras categorías que son las que explican y en base a las cuales se busca dar protección al acreedor por la lesión extracontractual de su crédito: la oponibilidad.

Sin embargo, ya hemos visto que la relatividad contractual no es absoluta -pues tiene algunas excepciones puntuales- y, por tanto, no tiene por qué opacar o impedir que la comparemos con otras figuras que, como se mencionó, son las que nos ayudarán a solucionar el problema planteado: el deber general de respeto. Siendo ello así, veamos, libres de prejuicios dogmáticos, la confusión que se ha presentado entre la relatividad y la oponibilidad y el verdadero sentido de esta última, y, de ese modo, despejar mejor el panorama y demostrar que el tercero sí es responsable si lesiona culposamente un crédito.

2.2.2.2.3 La diferencia entre el principio de relatividad contractual y la oponibilidad

Como hemos visto anteriormente, según la relatividad, la relación contractual solo surte plenos efectos entre las partes contratantes, con las peculiaridades y excepciones ya anotadas. Sin embargo, también se ha dicho que, en base a dicho principio, la relación contractual es absolutamente ajena (inoponible) a cualquier tercero en tanto que nunca intervino en ella. Así, se ha señalado que: “por contrataste a esta regla -haciendo referencia a la relatividad- se advierte que los contratos no producen efectos respecto a los terceros, lo que significa, naturalmente, que no les serán oponibles”⁷⁰.

Es en base a ello que se negó la protección aquiliana del crédito cuando el mismo haya sido lesionado por causa imputable a un tercero (de forma personal o en concurrencia con el propio deudor), pues se decía que el acreedor solo puede dirigirse contra este último y contra nadie más. Respecto al tercero la relación contractual era como si no existiese. Era un estado de inoponibilidad absoluta.

⁷⁰ Exposición de Motivos del artículo 28 de la primera ponencia original que se realizó con miras a la modificación del Código Civil de 1936 y a la publicación del actual Código Civil. Dicho artículo contenía el principio de la relatividad contractual en casi los mismos términos que el actual artículo 1363 de nuestro Código Civil. En efecto, dicha disposición de la primera ponencia original señalaba lo siguiente: “*los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo respecto de estos últimos que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles*”.

Creemos que esto último no hace sino confundir dos categorías distintas como son la relatividad contractual y el deber de respeto a los derechos ajenos o *neminem laedere*, el cual justamente da lugar a la noción de oponibilidad. Sobre la delimitación del contenido de ambas figuras resulta ilustrativo la precisión hecha por los destacados franceses Mazeaud.

En efecto, **ellos distinguen en la relación contractual entre el vínculo y la oponibilidad**. Afirman que la obligación no vincula a los terceros, esto es, **los terceros no son ni acreedores ni deudores y esto es justamente lo que en estricto constituye la relatividad contractual**. Cosa distinta a ello es que la relación contractual resulta **oponible** a los terceros el sentido que estos **no pueden desconocer su existencia y deben respetarlo**, siendo responsables cuando colaboren en la lesión de un crédito ajeno (Mazeaud, Mazeaud, & Mazeaud, 1959, págs. 415-416 y 420-421).

Como se observa, es claro que nadie puede exigir a un tercero que ejecute la prestación a la cual no se obligó él sino el deudor. Tampoco se puede pretender que un tercero reciba un pago en tanto que quien se encuentra legitimado para ello es -en principio- el acreedor y no él. El tercero, como bien se señaló, no es acreedor ni deudor y es en este sentido que debe entenderse la relatividad contractual. Ello, sin embargo, no es una licencia para que el tercero dolosa o negligentemente omita respetar el crédito que le es ajeno y provoque su lesión.

En efecto, no debemos perder de vista que: “aunque la relación obligatoria, como sistema de organización jurídica, se establece solamente entre el deudor y el acreedor [relatividad contractual], no vive ni si desarrolla en una campana de cristal y le afectan inevitablemente los hechos de terceros” (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, pág. 602), los cuales están llamados a respetar las situaciones jurídicas que conforman dicha relación.

En ese sentido, en la *Cassazione* del 29 de marzo de 1952 se ha señalado lo siguiente: “(...) la norma se limita a acoger el principio de relatividad de los efectos contractuales, **pero ello no puede exonerar de responsabilidad a los terceros si acaso estos, invadiendo la esfera de las relaciones contractuales, provocasen el incumplimiento en daño de uno de los contratantes, y en ventaja de otro**” (énfasis agregado) (como se citó en: Franzoni, 1997, pág. 220). Y es que: “(...) una relación de obligación impone deberes no solo al deudor, **sino también a los terceros a quienes obliga a respetarla (...)**” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato, 1996, pág. 425).

En esa misma línea, se ha dicho lo siguiente:

“**En principio** el contrato produce efectos únicamente entre las partes. Esta regla a la cual nos hemos referido antes, depende estrictamente de la esencia de la autonomía privada, que significa libertad de disponer de los intereses propios y presupone una libertad análoga de los otros sujetos, y encuentra su cabal formulación dogmática en el principio de la llamada relatividad de los efectos contractuales, expuesta por el propio legislador para evitar cualquier duda (art. 1372 del Código Civil). Pero este principio **no puede entenderse en el sentido de que la eficacia contractual sea completamente irrelevante para los terceros (...)**” (énfasis agregado) (Scognamiglio, 1996, págs. 199-200).

La relatividad contractual no constituye entonces un dogma en virtud de la cual los terceros puedan libremente pasar por alto las situaciones jurídicas subjetivas ajenas. Para efectos de tener un mejor entendimiento sobre la diferencia entre la relatividad contractual y la oponibilidad *erga omnes* del crédito, resulta muy significativo la subdivisión que el profesor Francesco Busnelli realiza sobre dicho derecho subjetivo. El planteamiento que realiza el jurista italiano al respecto ha sido explicado por el profesor Jimmy Ronquillo en los siguientes términos:

El derecho de crédito presenta dos perfiles: uno estático y otro dinámico. El perfil estático se encuentra representado por el derecho subjetivo en sí mismo como un valor o riqueza, mientras que el perfil dinámico lo está por la facultad de obrar la cual se identifica con la pretensión que el acreedor puede dirigir únicamente contra el deudor. En ese sentido, respecto al perfil dinámico (pretensión), el acreedor solo puede exigir la ejecución de la prestación únicamente a su deudor dado que solo es él quien se obligó a ello; respecto al perfil estático, el derecho de crédito, en tanto como un valor o riqueza que forma parte del patrimonio de un sujeto, adquiere una relevancia que sobrepasa los límites mismos de la relación obligatoria, **pudiendo así ser satisfecho o lesionado por un tercero.**

Por lo tanto, **el derecho de crédito es relativo solo en su perfil o momento dinámico**, pues es claro que la pretensión (exigencia) solo puede dirigirse contra el deudor. Por el contrario, **en su perfil o momento estático, el crédito es absoluto, es decir, cuenta con una eficacia erga omnes** desde que, como se mencionó, al formar parte del patrimonio de una persona, debe ser respetado por todos y nadie -incluidos el deudor y los terceros- deberían lesionarlo y, de darse tal

lesión por algún tercero, el acreedor encontrará tutela en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual (Ronquillo Pascual, 2009, pág. 310)⁷¹.

La diferencia entre la relatividad contractual y la oponibilidad del crédito se evidencia también en la distinción que existe entre los efectos directos y reflejos del contrato. En ese sentido, se ha señalado que: “(...) el principio de relatividad atañe a la **eficacia directa del contrato**, el cual está destinado a establecer quiénes son los destinatarios de los efectos producidos por el contrato, esto es, cuáles son los sujetos que se han constituido como partes, de tal manera que son estos -y no otros- quienes quedan **vinculados** por la celebración del contrato” (Ronquillo Pascual, 2009, pág. 313).

Sin embargo, tal regla no afecta o interrumpe en lo absoluto a la **eficacia refleja del contrato**, eficacia que -en palabras del profesor Massimo Bianca- “se especifica precisamente en la relevancia externa del contrato como presupuesto de posiciones jurídicas frente a los terceros y en la oponibilidad del contrato en conflicto con terceros.

Así, la relevancia externa de contrato se manifiesta antes que nada en la tutela de los derechos contractuales frente a la generalidad de los coasociados (*erga omnes*). A este respecto, es necesario considerar que el contrato tiende a crear, modificar o extinguir posiciones jurídicas que, realmente no incidiendo sobre la esfera jurídica de los terceros, deben ser respetados por la generalidad de los coasociados según el principio del respeto de los derechos ajenos” (como se citó en: Ronquillo Pascual, 2009, pág. 313).

En sede nacional, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle -citando a los profesores Fernando López de Zavalía, Luis Muñoz y otros más- también distingue entre los efectos directos y reflejos del contrato. Al respecto, el maestro peruano señala lo siguiente:

⁷¹ Debemos señalar que en el texto original Jimmy Ronquillo señala que el profesor Busnelli establece que el perfil estático del crédito lo constituye el interés, al cual lo identifica con la pertenencia del derecho subjetivo a la esfera jurídica de su titular. Nosotros creemos que el perfil estático está constituido -en estricto- por el interés y por el derecho subjetivo en sí mismo, los cuales -como ya hemos visto en el apartado 2.1.1 del presente trabajo- son distintos, pues aquel (derecho subjetivo) constituye sola una **herramienta** que apunta o tiene por **finalidad** la satisfacción de dicho interés. Derecho subjetivo e interés no son dos categorías similares o que se confundan entre sí. De todos modos, esta precisión que realizamos no modifica en modo alguno la conclusión a la que llega el profesor Busnelli respecto a la relatividad del crédito en su momento dinámico y a la oponibilidad *erga omnes* del mismo en su momento estático.

“Son **efectos directos** aquellos que recaen en las partes del contrato, por ser el contenido de la relación jurídica creada por estos. Los efectos directos dan lugar a que los contratantes tengan un status, constituido por el ser acreedores o deudores de los derechos u obligaciones contractuales. Son dichos efectos directos a los que se refiere el artículo 1363 del Código Civil.

Son **efectos indirectos** del contrato los que surgen por razón de haberse producido los efectos directos, en el sentido que al haber adquirido las partes sendos status, lo demás, **terceros**, deben **reconocerlos** y, en lo que corresponda, **respetarlos**. Los efectos indirectos escapan de la esfera de influencia del artículo 1363” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 394).

En ese sentido, resulta ilustrativo también lo indicado por el profesor Jean-Louis Goutal quien es citado por el referido maestro peruano en los siguientes términos:

«Con gran claridad este autor [haciendo referencia a Goutal] agrega que el efecto obligatorio del contrato es hacer nacer obligaciones y derechos; se dice que este **efecto es relativo**, porque solo hace nacer derechos y obligaciones en favor o a cargo de las partes. Pero el contrato, a los ojos de todos, existe; él ocupa el “**espacio jurídico**” como un cuerpo ocupa el “espacio físico”: ninguna persona puede **desconocer** su existencia» (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, págs. 405-406)⁷².

En esa misma línea, se ha señalado correctamente lo siguiente:

⁷² No podemos dejar de mencionar que el profesor de la Puente considera que no solo las partes pueden hacer oponible el contrato a los terceros, sino que los terceros también pueden oponer el contrato a las partes y que, incluso, un tercero oponga a otro tercero la existencia de un contrato. En efecto, respecto a lo segundo señala lo siguiente:

“Si se acepta, como se ha aceptado anteriormente, que el contrato existe no solo para las partes, sino también para los terceros, es lógico que estos puedan invocar ante las partes la existencia del contrato.

Esta posibilidad se presenta, sobre todo, tratándose de los daños causados a un tercero por la inexecución -o por la ejecución tardía o defectuosa- de un contrato. Coloquémonos en la hipótesis de un contrato de obra -la construcción de un pared- cuya ejecución defectuosa -la pared se derrumba por la mala construcción debido en parte a vicio del suelo y en parte a negligencia del contratista- causa un daño a un vecino. Este puede oponer la existencia del contrato para exigir la responsabilidad solidaria del comitente y del contratista.

(...)

Finalmente, puede ocurrir que un tercero oponga a otro tercero la existencia de un contrato. Pongámonos en el supuesto de un contrato de locación de servicios por el cual se encomienda a un experto la elaboración de un dictamen sobre la existencia de un derecho. El adquirente del derecho puede invocar el dictamen ante la pretensión de un tercero de tener un mejor derecho. Como el dictamen es el resultado del contrato de locación de servicios, en realidad un tercero- el adquirente del derecho- está oponiendo a otro tercero -el pretendiente del mejor derecho- la existencia de dicho contrato”. Véase: (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 407)

“La tesis dogmática de la absoluta irrelevancia de la relación obligatoria para los terceros y de la total separación entre la relación obligatoria y la esfera jurídica de los terceros, **se encuentra hoy en gran medida superada en la doctrina.** En general, se propende a **admitir la existencia de un deber de respeto del derecho de crédito por parte de los terceros que no es nada más que una consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena.** Por ello, se ha pensado que el tercero que viola, dolosa o negligentemente un derecho ajeno, **asume por este solo hecho una determinada responsabilidad** y debe resarcir al titular del derecho los daños que como consecuencia de ello se le siguen” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, pág. 605).

Teniendo todo ello en cuenta, hace bien en afirmarse que, por ejemplo, “(...) en un contrato de suministro con exclusividad o en un contrato de distribución con la misma obligación de no hacer o de no contratar con terceros, es notorio que los efectos de la celebración del contrato que inicialmente perseguían las partes se han extendido hacia los terceros, **quienes están impedidos de celebrar un contrato de distribución similar con una de las partes**” (Osterling Parodi, Los principales principios contractuales, 2010, págs. 3-4)⁷³. Ello, en atención al deber general de no dañar las situaciones jurídicas subjetivas que subyacen en el contrato anterior, como sería el caso del crédito del beneficiario de la exclusividad.

Ahora bien, un aspecto que debemos precisar es que no debe confundirse el deber general de respeto o como medio de protección (*neminem laedere*) el cual consiste en un comportamiento **omisivo** por parte de los terceros (justamente el de no lesionar situaciones jurídicas ajenas) con una obligación con prestación negativa o de **no hacer**⁷⁴. Ya hemos visto que el primer significado de la relatividad contractual es que del contrato entre “A” y “B” no puede surgir ningún tipo de obligación (de dar, hacer o no hacer) a cargo de “C”. Este significado no admite excepción alguna en ningún caso.

⁷³Véase: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>

⁷⁴ Como sabemos, una prestación negativa es aquella en la cual un determinado sujeto de derecho debe observar una conducta negativa o una omisión. Esta omisión puede consistir en la no realización de actos materiales (no tener gatos en el bien dado en comodato) o en la no celebración de actos jurídicos (no celebrar un contrato de cesión de crédito por un pacto de prohibición de cesión previamente establecido entre las partes).

En ese sentido, si “A” celebra con “B” un contrato de edición con pacto de exclusividad a favor de “B” por dos años, y “C” (tercero) tiene conocimiento de este pacto, no puede concluirse que sobre “C” pese una obligación de no contratar (omisión) con “A”; sino que sobre él pesa el **deber de no lesionar** el crédito de “B”, lo que implica que no celebre otro contrato de edición con “A” por el periodo de duración de la exclusividad (al igual que en el ejemplo expuesto anteriormente por el profesor Osterling). Si bien ambas figuras (*alterum non laedere* y la obligación de no hacer) tienen el mismo contenido en el sentido de que en ambos se debe observar un comportamiento negativo o de omisión, ellos son jurídicamente diferentes.

En efecto, la distinción radica en que: “el deber [genérico] tiene **carácter general** y carácter negativo (en el sentido que impone al titular [**a todos**] abstenerse de realizar ciertos comportamientos), mientras que la obligación tiene **carácter individual** (en el sentido de que no grava a todos los sujetos, sino más bien a uno o más sujetos determinados) y carácter positivo (de dar o hacer) y negativo” (énfasis agregado) (Ronquillo Pascual, 2009, págs. 304-305).

En esa línea, la “obligación es el **específico** deber jurídico que además de designar la posición debitoria, indica la relación que se produce entre el deudor y el acreedor. Esta relación recibe comúnmente el nombre de relación obligatoria, la que puede definirse como la relación que tiene por objeto una prestación patrimonial que un sujeto, llamado **deudor**, debe **ejecutar para satisfacer el interés de otro sujeto**, llamado **acreedor**” (énfasis agregado) (Ronquillo Pascual, 2009) (Ver su nota de página N° 38). En otras palabras, en el deber genérico existe un sujeto pasivamente universal (todos); mientras que en la obligación existe un sujeto pasivo individualizado.

Otro aspecto que marca una diferencia entre el deber genérico y las obligaciones negativas es que al ser esta última una categoría con contenido económico -que no es lo mismo que oneroso- siempre se encuentra inmersa en una relación jurídica **patrimonial** (en el que los intereses de las partes **pueden ser patrimoniales o no**), mientras que el *alterum non laedere*, al ser una categoría que no es económica, forma parte de una relación jurídica **extrapatrimonial** (y en el que el interés del sujeto activo es **siempre extrapatrimonial**: interés en que no se lesione ningún derecho suyo). Además, el deber genérico está presente **siempre** en todos nosotros; en cambio, la obligación negativa **recién surge** con el vínculo obligatorio y desaparecerá en algún momento.

Nótese también que la vulneración o lesión del crédito por parte del deudor da lugar a que incurra en responsabilidad por inexecución de obligaciones; mientras que la contravención de un tercero al deber general de respeto a las situaciones jurídicas ajenas da lugar a que incurra en responsabilidad extracontractual. Así, en la responsabilidad extracontractual “(...) el mismo hecho dañoso es el que hace nacer la obligación *ex novo* de reparar los perjuicios causados. Precisamente por lo dicho, se sostiene que la responsabilidad aquiliana es aquella que tiene lugar entre **sujetos jurídicamente extraños**, que **no están vinculados por ningún deber específico**.

Aunque el fundamento de la responsabilidad aquiliana radica en la infracción del *alterum non laedere* **no es posible considerar a este como una obligación propiamente tal**, sino que como un **deber de carácter general** emanado de la misma **convivencia social**” (énfasis agregado) (Bustamante Salazar, 2017, pág. 167).

Debemos distinguir entonces entre el deber genérico de no lesionar derechos ajenos y la obligación negativa. En buena cuenta, el primero es el **deber general como medio de protección** y el segundo el **deber general como medio de realización**. Ambos deberes son justamente de los que hablaba el profesor Freddy Escobar y que fueron desarrollados en el apartado 2.1.2 del presente trabajo, sección a la cual nos remitimos.

2.2.3 La tutela aquiliana del crédito y su reconocimiento por el VII Pleno Casatorio Civil

En sede nacional, no podemos dejar de mencionar la Sentencia del VII Pleno Casatorio Civil expedido por nuestra Corte Suprema mediante la cual nuestro máximo Tribunal de Justicia reconoce y se encuentra a favor de la tutela extracontractual del crédito⁷⁵. En efecto, en dicha sentencia los jueces supremos señalan lo siguiente respecto al tema en cuestión:

⁷⁵ La materia controvertida resuelta por el VII Pleno Casatorio Civil es una de tercería excluyente de propiedad. En ella se encontraban en pugna el derecho de propiedad no inscrito contra un embargo trabado con posterioridad al nacimiento de dicho derecho real. Si bien lo resuelto por dicho pleno (tercería de propiedad) es un tema que, en estricto, difiere de nuestro objeto de investigación (la tutela del acreedor frente a un negocio celebrado por su deudor con un tercero que lesiona su crédito), hacemos mención a dicho fallo debido a que **la Corte trajo a colación el tema de la tutela aquiliana del crédito en tanto que uno de los argumentos que se usaba para rechazar el embargo era que la propiedad es un derecho real oponible *erga omnes*, por lo que gozaba de protección extracontractual, mientras que el crédito (derecho que busca realizar el embargo) era solo oponible *inter partes* y, por tanto, no gozaba de protección extracontractual. Dicho argumento abonaba a favor de la propiedad la cual podía prevalecer sobre el embargo, aunque no haya sido registrada.**

Lamentablemente, a pesar de que la misma Corte indica que se encuentra a favor de la oponibilidad *erga omnes* del crédito, termina finalmente fallando a favor de la propiedad no inscrita, postura con la cual estamos en total desacuerdo. Para una mejor ilustración de la abierta contradicción en la que incurrió la Corte al expedir el fallo, puede

«A juicio de este Alto Tribunal, se impone la necesidad de **rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela erga omnes para el derecho de crédito**. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela. Así, por ejemplo, la doctrina francesa actual afirma que: **“la responsabilidad extracontractual** interviene, en efecto, muchas veces hoy para sancionar la inejecución o mala ejecución de un contrato cuando ésta se debe al **hecho de un tercero o perjudica a un tercero”**. Esta misma doctrina indica que la tutela extracontractual del derecho de crédito parece chocar con el principio clásico de relatividad de los contratos, pero la doctrina y jurisprudencia de este país no ha dudado en replantear los alcances del llamado principio de relatividad contractual. De hecho, en pleno siglo XIX, los jueces franceses no dudaban en **sancionar la actitud de personas ajenas al contrato cuando ellas se habían asociado, con conocimiento de causa, al deudor para concretar el incumplimiento**. “(...) la jurisprudencia no ha cesado de reconocer además a la víctima el beneficio de una verdadera acción en responsabilidad contra el tercero que se asocia a la violación de sus derechos contractuales, despreciando la objeción derivada de los vínculos de esta responsabilidad con el contrato”.

Esta misma idea, para no irse muy lejos, se ha defendido a nivel de doctrina sudamericana. Por ejemplo, **la doctrina latinoamericana ha destacado que no es ya posible seguir sosteniendo que únicamente los derechos reales ostentan protección aquiliana o extracontractual**: “La verdad es que **las hipótesis de lesión extracontractual del derecho de crédito son variadas y numerosas, y su revisión permite mantener la tesis que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este último la obligación de indemnizar los perjuicios causados (...)** si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un tercero, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito”.

La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento suficiente y convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido

verse el debate realizado entre el Dr. Alan Pasco Arauco y el Dr. Julio Pozo Sánchez en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=M5gERREhgDY>

reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, **sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual**» (énfasis agregado)⁷⁶.

Como se observa, nuestra Corte Suprema hizo suyo lo señalado por un sector de la doctrina francesa (Geneviève Viney) y latinoamericana (Jorge Mosset Iturraspe) en el sentido de que no solo los derechos reales gozan de protección extracontractual (*erga omnes*), sino también los créditos. Con ello, queda claro entonces que el contrato no es una institución propia de las partes que lo celebraron, sino que interesa -o debe interesar también- a todos los que no lo celebraron, a quienes les es oponible y, por tanto, están llamados a no perjudicar la relación jurídica que ha nacido de ella. Hacen bien en señalar entonces que el acreedor lesionado sí puede encontrar protección en las normas de responsabilidad extracontractual.

Ahora, si bien es cierto que a nivel jurisprudencial nuestras cortes no han desarrollado con profundidad el tema de la tutela aquiliana del crédito, ello no es impedimento alguno para que, en adelante, puedan ir marcando una línea jurisprudencial que poco a poco permita a los acreedores encontrar tutela efectiva. Lo establecido por el VII Pleno Casatorio es un primer paso sobre el cual se puede avanzar.

Y es que no es posible hacerse de la “vista gorda” y no reconocer que los supuestos de lesión de crédito por parte de un tercero son variados y, en caso de presentarse, merecen ser atendidos por la relevancia que tienen. ¿Cuáles son esos supuestos? Veamos:

2.2.4 Los supuestos de lesión de crédito por un tercero y la delimitación del supuesto materia de nuestra investigación.

La doctrina ha clasificado las hipótesis de lesión de crédito imputable a un tercero del siguiente modo⁷⁷:

⁷⁶ Casación N° 3671-2014, pp. 62-63.

⁷⁷ Véase: (Fernández Arévalo, 1996, págs. 13-20); (Ronquillo Pascual, 2009, págs. 311-312); (Bustamante Salazar, 2017, pág. 180) y (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, págs. 602-603).

- (i) **Lesión del derecho de crédito imputable a un tercero por pérdida de la cosa debida:** “A” vende un bien mueble a “B”, pero antes que se lo entregue, “C” (tercero) destruye el bien (aún de propiedad de “A”) con el fin de que no se realice la transferencia.
- (ii) **Lesión del derecho de crédito imputable a un tercero por la muerte, lesiones o pérdida de la libertad del deudor:** “A” contrata a un connotado escultor para que realice una determinada obra (obligación personalísima) en un tiempo que reviste la calidad de plazo esencial y “B” (tercero), con el fin de impedir la ejecución de la prestación, lesiona sus brazos, causa su muerte o secuestra al deudor hasta luego del vencimiento de dicho plazo para que se frustre el cumplimiento.
- (iii) **Lesión del derecho de crédito imputable a un tercero por un acto de este que incide en la posición jurídica del acreedor:** “A” compra una entrada para un concierto y “B” (tercero), destruye la entrada a fin de que “A” no asista a dicho evento.
- (iv) **Lesión del derecho de crédito generada por una actuación conjunta entre el deudor y el tercero:** “A” (fabricante) concede a “B” (comerciante) una exclusividad de suministro de determinados productos dentro de una zona geográfica y “C” (tercero y comerciante dentro de la misma zona que “B”), quien conoce del pacto de exclusividad entre “A” y “B”, celebra con el primero un contrato de suministro de los mismos productos que “B” recibía en la misma zona geográfica en claro perjuicio de su crédito de exclusiva.

Como se observa, las hipótesis de lesión de crédito por parte de un tercero son de las más variadas y complejas. En lo que concierne a nuestro trabajo de investigación, como ya lo adelantamos en nuestra introducción, el planteamiento de nuestro problema se centra en resolver la última de las hipótesis de lesión antes mencionadas, esto es, aquella que ha sido ocasionada por una actuación conjunta entre el deudor y el tercero, dejando para otra próxima oportunidad las otras hipótesis de lesión.

Siendo ello así, y habiendo esclarecido que el crédito también goza de oponibilidad *erga omnes*, vamos a centrarnos ahora en la hipótesis antes mencionada y estudiar su tratamiento en nuestro sistema jurídico. Veamos:

2.2.5 La lesión del derecho de crédito a causa de la actuación conjunta entre el deudor y el tercero y su tratamiento en nuestro sistema jurídico

Como se habrá podido advertir, la hipótesis de lesión de crédito que forma parte de nuestro objeto de estudio implica que “A” celebra con “B” un determinado contrato. Luego, “B” celebra con “C” (tercero) otro contrato que resulta abiertamente incompatible con el contrato anterior. **Es el segundo contrato celebrado (y eventualmente su ejecución) el que ocasiona la lesión directa al crédito de “A”.** Este supuesto de lesión de crédito por otro contrato se da, por ejemplo, en los casos de pactos de exclusividad (al que ya hemos hecho referencia anteriormente), preferencia, prohibición de cesión de créditos y otros similares cuyas características y peculiaridades serán analizados en el capítulo siguiente.

Nosotros postulamos que, en ese escenario, “A” podría oponer el contrato que tiene con “B” no solo a este sino también a “C” en la medida que este haya contrato a sabiendas de la existencia del primer contrato. Ahora bien, para llegar a esta conclusión se debe responder a dos interrogantes. La primera de ellas es ¿realmente puede “A” dirigirse o accionar no solo contra su deudor “B” sino contra el tercero “C” y, de ese modo, oponer su crédito a ambos? La respuesta es afirmativa.

En efecto, ya hemos señalado cuáles son los argumentos que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han usado por muchos años para negarse a otorgar tutela al acreedor cuyo crédito ha sido lesionado por un tercero de forma personal o conjuntamente con el deudor (muchos de los cuales constituían más prejuicios dogmáticos que verdaderas premisas que se sustenten en la realidad). Hemos rebatido cada uno de dichos argumentos y demostrado que no hay inconveniente alguno para que el acreedor “A” se dirija no solo contra su deudor “B” sino también contra el tercero “C”, pues el crédito goza de oponibilidad *erga omnes* al igual que los derechos reales y todas las situaciones jurídicas subjetivas.

Y es que, si el tercero tenía conocimiento de que con la celebración del segundo contrato estaba contribuyendo a que, literalmente, se configure un incumplimiento del deudor “B” y con ello se lesione el crédito de “A”, es claro que está actuando de mala fe y el sistema jurídico, sencillamente, no puede proteger a los agentes que actúen de ese modo.

Siendo positiva la respuesta a la primera interrogante, queda por responder la segunda: ¿Cuáles son los remedios con los que cuenta “A” para hacer oponible de forma plena su crédito no solo frente a “B” sino también frente a “C”? Creemos que son tres: **(i)** solicitar la ineficacia del contrato celebrado entre “B” y “C”, **(ii)** solicitar una medida cautelar que permita que no se le ocasione daño alguno o paralizar el que se le viene ocasionando y/o **(iii)** solicitar a ambos un resarcimiento por los daños que le haya podido ocasionar la celebración o ejecución del segundo contrato que lesiona su crédito.

Las líneas que siguen serán dedicadas a desarrollar la aplicación de los remedios antes expuestos en nuestro sistema jurídico. Para ello, analizaremos la aplicación de dichos remedios de forma conjunta con los diferentes pactos personales que hemos decidido estudiar. En ese sentido, luego de establecer el supuesto de hecho de cada pacto personal analizaremos primero el tipo de ineficacia que corresponde al contrato celebrado entre el deudor y el tercero; en segundo lugar, el tipo de medida cautelar que puede dictarse para evitar de forma rápida la producción de un daño o paralizar el que se viene desencadenando y; finalmente, desarrollaremos los presupuestos de la responsabilidad civil -desde la óptica del deudor y del tercero- a fin de que el acreedor de cada pacto o contrato encuentre tutela resarcitoria plena en caso se haya configurado un daño cierto en su esfera jurídica.

Cabe precisar que el estudio de la responsabilidad civil por la vulneración de cada pacto personal se relaciona directamente con la aplicación de la teoría de la tutela aquiliana del crédito en nuestro sistema. Esto implica que el acreedor encontrará protección frente al tercero en las normas de responsabilidad extracontractual y, de ese modo, podrá dirigirse contra este a fin de que lo indemnice por los daños que haya podido padecer.

Ahora bien, como ya lo adelantamos en la introducción del presente trabajo, el estudio de la ineficacia del contrato que resulta incompatible con el crédito del acreedor permite que vayamos un poco más allá en el análisis del problema planteado. En efecto, puede ocurrir que el deudor y el tercero solo hayan celebrado dicho contrato pero que el mismo aún no se haya ejecutado (como veremos, la producción de un daño cierto en la esfera del acreedor ocurre por lo general cuando el contrato se ejecuta y no cuando solo se ha celebrado).

En ese escenario, si bien con la sola celebración del contrato el acreedor aún no habrá sufrido daño alguno, tendrá interés en que dicho contrato sea declarado ineficaz para que, de esa

forma, no llegue a ejecutarse. Con ello **evitará** que se configure un daño cierto. Entonces, conjuntamente con la declaración de ineficacia analizaremos también -como ya se mencionó- el tipo de medida cautelar que, de acuerdo a cada pacto, resulta idóneo para impedir de la forma más anticipada posible la ejecución del contrato.

Precisamos que, para efectos de sustentar la aplicación de la tutela aquiliana del crédito (que se relaciona con la acción dirigida hacia el tercero) a la hipótesis de nuestro estudio, nos apoyaremos en la doctrina nacional y comparada que ya hemos desarrollado, en la jurisprudencia del VII Pleno Casatorio Civil antes analizado, en el principio general del *alterum non laedere* y en algunos artículos del Código Civil que resultan pertinentes como el II de su Título Preliminar, el 1362, 1969, 1983 y otros más que se relacionan ya con la responsabilidad del deudor y con la ineficacia del acto jurídico.

Teniendo todo ello en cuenta, pasemos ahora a desarrollar los remedios que hemos señalado y su aplicación directa en cada pacto personal. Veamos:



CAPÍTULO III: ASPECTOS PROCESALES A TENER EN CUENTA A EFECTOS DE OBTENER UNA OponIBILIDAD PLENA EN ALGUNOS PACTOS PERSONALES⁷⁸: LA INEFICACIA DEL NEGOCIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN ANTE UNA AMENAZA DE CONFIGURACIÓN DE DAÑOS Y COMO MEDIOS DE MITIGACIÓN Y REPARACIÓN DEL PERJUICIO

3.1 El pacto de *non cedendo* y el contrato de cesión de crédito

El pacto por el cual un acreedor se obliga frente a su deudor a no transferir la titularidad de su crédito se denomina en doctrina como pacto de *non cedendo*. Dicha posibilidad se encuentra regulada en el artículo 1210 de nuestro Código Civil el cual establece lo siguiente:

*“La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es **oponible al cesionario** de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo **conocía al momento de la cesión**”.*

Como ya lo mencionamos en el planteamiento de nuestro problema, la peculiaridad de este artículo es que permite al deudor cedido **oponer** el pacto de *non cedendo* que tiene con su acreedor (cedente) al tercero (cesionario) si este **conocía o podía conocer** dicho pacto al momento en el que celebró el contrato de cesión de crédito. Es importante recordar que la posibilidad de que el deudor oponga el referido pacto al tercero -como ya se advirtió anteriormente- también se encuentra establecido en la legislación italiana (artículo 1260 del *Codice*) y en los Principios Unidroit (artículo 9.1.9).

⁷⁸ Debemos precisar que los pactos que se analizarán no son los únicos que son susceptibles de oponibilidad. De hecho, pueden existir más pactos atípicos (nominados e innominados) que también pueden asimilarse o encontrarse dentro de la hipótesis que es materia de nuestro estudio, pero que por motivos de espacio no será posible desarrollar en esta oportunidad. Sin embargo, lo analizado en el presente trabajo servirá de base para un estudio posterior de esos otros pactos o acuerdos.

Ahora bien -como ya se habrá podido advertir- existen pactos típicos que actualmente resultan oponibles a terceros como son el caso del pacto de retroventa, de reserva de propiedad y el contrato de opción inscritos en el registro de propiedad inmobiliaria. Si bien se han podido analizar estos pactos también, hemos omitido su estudio debido a dos razones: (i) en estos casos no existe polémica o discrepancias sobre la oponibilidad de los mismos hacia los terceros que han tenido conocimiento de ellos a través del registro y (ii) nuestro estudio gira en torno al análisis de pactos “personales” en los cuales no necesariamente se encuentran de por medio derechos reales (como sí es el caso de la reserva de propiedad y la retroventa donde está de por medio la propiedad en el marco de una compraventa) y en los que existe una **obligación de no hacer: de no contratar**. Estos pactos, tradicionalmente, se han considerado que no son oponibles a los terceros por el hecho de ser “personales”. Lo que buscamos es romper con ese mito.

Si bien el artículo 1210 de nuestro Código admite la posibilidad de que el deudor y el acreedor acuerden que este último no podrá transferir la titularidad de su crédito, creemos que es posible también que ellos convengan que el acreedor no podrá dar en garantía dicho crédito. Y es que, si dicha disposición permite que se restrinja la transferencia de toda la titularidad sobre el derecho subjetivo cedido (que vendría a ser lo más), con mayor razón se debe entender que también se permite la restricción de la constitución de una garantía sobre dicho derecho (que vendría a ser lo menos).

Sobre este punto, podría objetarse que el artículo 882 del Código Civil impide que se pacte una prohibición de enajenar (transferencia de propiedad) o gravar (constitución de una garantía). Sin embargo, dicha norma no es de aplicación al supuesto que nos encontramos estudiando. En efecto, como bien señala el profesor Luciano Barchi, “si tenemos en cuenta que el artículo 1210 del Código Civil está ubicado dentro de las normas relativas a la “cesión de derechos”, deberíamos concluir que esta norma es de aplicación a toda **situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad** y, por tanto, el artículo 882 solo se aplicará a la propiedad” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 243).

Si bien el supuesto de hecho del artículo 882 se limita a regular una situación jurídica subjetiva **distinta** al crédito, como lo es la propiedad -con lo cual resulta impertinente su aplicación a los supuestos de prohibiciones de transferencias y constitución de garantías sobre créditos- podría señalarse que en todo caso regula una situación jurídica “parecida” o “similar” a la misma, en tanto que ambos (crédito y propiedad) son derechos subjetivos, con lo cual cabe su aplicación por analogía.

Ello nos es correcto por el hecho mismo de que ya existe una norma que establece que sí es posible pactar la no cesión de un crédito (el artículo 1210), con lo cual no hay ninguna laguna normativa que integrar y, además, porque la interpretación que se debe realizar del artículo 882 debe ser restrictiva pues lo que establece es una limitación a la autonomía privada: posibilidad de pactar una prohibición de disposición o de constituir un gravamen y, como bien sabemos, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, las normas que establecen excepciones o restringen derechos no pueden ser aplicados por analogía.

Ahora bien, dado que el artículo 1210 se encuentra dentro del capítulo denominado “cesión de derechos” creemos que es posible que se pacte no solo la prohibición de cesión de un crédito, sino también la de un derecho potestativo que nació de un contrato de opción cuyo contrato definitivo sea -necesariamente- uno en el que **no** existan débitos sino **solo créditos** (contratos a título gratuito) -de lo contrario, sería necesaria una cesión de posición contractual para ceder la opción-. En esos casos, es posible que el optante y el predisponente acuerden que aquel no podrá ceder su derecho potestativo (opción) y, de hacerlo, se aplicarían los artículos 1210 y 1215.

Centrémonos ahora en el segundo párrafo del artículo 1210. Este contempla dos supuestos: (i) que el tercero conozca o haya podido conocer el pacto de *non cedendo* al momento de la cesión y (ii) que el tercero no conozca o no haya podido conocer dicho pacto. La oponibilidad solo es posible en el primer supuesto. ¿Por qué si el tercero no conoce o no podía conocer dicho pacto, entonces el mismo no le es oponible? Pues porque actúa en base a una situación de apariencia que lo protege: el desconocimiento del acuerdo y, por tanto, su actuación en buena fe.

Como bien sabemos, en cualquier transacción económica de adquisición de un bien material o inmaterial se encuentra inmerso siempre un factor constante: el riesgo. Los futuros adquirentes deben desplegar una actividad diligente y **razonable** a fin de contratar con el verdadero titular del bien **o verificar que él no se encuentre impedido por ninguna razón de disponer de los mismos.**

En ese sentido, puede ocurrir que luego de haber determinado diligentemente que el transferente del bien es el verdadero titular, uno celebre un contrato por el cual se adquiriera dicho bien sin problema alguno, pero que **luego** de ello, se advierta un defecto o patología que no se conoció o no podía conocerse cuando se celebró el negocio, como, por ejemplo, el hecho de que no podía disponer del bien⁷⁹.

En estos casos, se debe proteger al contratante que confió en la situación inicial y en base a la cual tomo la decisión de obtener el bien y no podría oponérsele la situación real. En otras palabras, **prima la apariencia de verdad por sobre la verdad material.** En el caso del pacto de

⁷⁹ El análisis de los alcances de la diligencia que debe o no observar el tercero cesionario a fin de determinar si podía conocer si su transferente (cedente) se había obligado a no contratar se realizará en el apartado 3.1.3.3.2 correspondiente al factor de atribución como presupuesto de la responsabilidad respecto a dicho tercero.

non cedendo imaginemos que “A” celebra con “B” dicho pacto y este último - a pesar de obligarse a no contratar- transfiere a “C” (tercero) su crédito.

Ocurre que al momento de la adquisición “C” no sabía ni pudo saber la existencia de ese pacto y adquirió el crédito de “B” a cambio de una contraprestación. Luego de dos meses se entera que en realidad “B” se había obligado frente a su deudor a no transferir su crédito. ¿Puede oponerse al tercero “C” dicho pacto cuando este no lo conoció ni lo pudo conocer al momento de la cesión? Es claro que no.

Cuando se celebró el contrato de cesión de crédito, “C” no solo advirtió que “B” era el verdadero titular del crédito, sino que además desconocía que este se había obligado a no disponer el mismo (apariencia de verdad). El hecho de que en realidad había un pacto de *non cedendo* (verdad material) y que haya sido conocido luego de la cesión, no implica que se frustre la confianza (buena fe) de “C”. **Nótese que el sistema debe otorgar protección a los adquirentes de buena fe -esto es, a los terceros- que hayan contratado a título oneroso.** En la medida que se cumplan estos dos requisitos (ostentar la condición de tercero y la onerosidad de la operación), el contratante estará protegido y, por tanto, mantendrá su adquisición.

Ahora bien, puede pensarse que en el caso del pacto de *non cedendo* está fuera de toda discusión el hecho de que el cesionario que desconocía dicho pacto ostenta la condición de tercero. Por nuestra parte, nosotros creemos que sí lo es. Sin embargo, estimamos que es necesario realizar algunas precisiones puntuales sobre ello -y también sobre el requisito de la onerosidad de la operación- dado que en base a la noción que se tiene en nuestro sistema del “tercero”, podría incurrirse en una confusión y negarse al cesionario tal condición, con lo cual no se le otorgaría protección alguna. Veamos:

3.1.1 Los requisitos necesarios para obtener una protección plena: la condición de tercero y la onerosidad de la operación

¿Cuándo estamos ante la figura de un tercero? En el marco de las relaciones contractuales la figura del tercero surge, entre otros, a raíz del cuestionamiento que se realiza a la adquisición de un bien de un sujeto de derecho debido a que existe un vicio o patología en el título de su transferente. ¿Puede dicho vicio afectar la adquisición de dicho sujeto de derecho? La respuesta es que depende.

Si dicho sujeto (el adquirente “C”) conocía o pudo conocer que en el contrato o título celebrado por su transferente “B” con su también transferente “A” por el cual adquirió el derecho que ahora dispone existía una patología o vicio (imaginemos un supuesto de nulidad) y a pesar de ello contrató con él, entonces actuó de mala fe por lo que su adquisición es ineficaz. Por el contrario, si no conocía o no pudo conocer dicho vicio entonces mantendrá su adquisición. Esta solución -que nos parece correcta- ha sido acogida por nuestro ordenamiento y se encuentra establecida para el caso de derechos o bienes registrados en el artículo 2014 del Código Civil⁸⁰.

Pero también existen otros artículos en los cuales el tercero es aquel que no es parte del contrato o título en el cual se encuentra la anomalía y en el que más bien es parte su transferente. Por ejemplo, en el ámbito de la simulación, el artículo 194 establece que: *“la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”*.

Así, si “A” y “B” celebran una compraventa simulada por la cual este adquiere un inmueble en perjuicio de “C”, y luego “B” vende dicho bien a “D” (tercero) quien desconoce de la simulación que afecta el contrato de su transferente con “A”, entonces mantiene su adquisición en atención a la onerosidad y a la buena fe con la que actuó. En ese caso, “D” es un tercero respecto al contrato celebrado entre “A” y “B” en el cual se encuentra la anomalía de la simulación. La noción de tercero acá es igual al supuesto del artículo 2014.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el supuesto regulado por el artículo 197 del Código Civil en el marco del fraude a los acreedores. Dicha disposición establece que: *“la declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe”*. Así, si “B”, deudor de “A”, vende los dos únicos inmuebles que tenía a “C” para perjudicar el cobro del crédito de su acreedor y luego “C” vende dicho bien a “D” (tercero) y este desconoce el fraude que vicia el contrato entre su transferente y “B”, entonces mantiene su adquisición. La pretensión de ineficacia de “A” no lo alcanzará. En este caso, al igual

⁸⁰ Artículo 2014.- *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.*

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

que los anteriores, “D” no es parte del contrato en el cual se encuentra la patología del fraude, sino que es un tercero respecto a él.

Otro supuesto similar es el caso del artículo 865 del Código Civil el cual establece que: *“es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor. La pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento. La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso”* Así, si el acto jurídico de partición es realizado omitiendo al heredero “A” y el heredero “B” vende el bien a “C” (tercero) quien desconoce la señalada omisión que invalida la adquisición de su transferente, entonces mantiene su adquisición. En este caso, al igual que los anteriores, “C” es un tercero respecto al acto jurídico de partición en el cual se encuentra el vicio de nulidad y del cual es parte más bien su transferente “B”.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora se puede concluir entonces que tercero es aquel que no es parte del contrato o título en el cual se encuentra la patología, sino que es su transferente quien es parte de dicho negocio. Si tenemos solo esto en cuenta -que, como veremos, es una noción solo parcial de lo que es un tercero- podría señalarse fácilmente que en el marco del pacto de *non cedendo* el cesionario no es un tercero de acuerdo a lo indicado anteriormente.

En efecto, si “A” celebra con “B” un contrato “X” y también acuerdan en una *adenda* que él no podrá ceder su crédito y a pesar de ello lo transfiere a “C” a cambio de una contraprestación sin que este haya conocido ni pueda conocer el pacto de *non cedendo*, entonces mantendrá su adquisición. En este caso, “C” es un tercero respecto al contrato “X” celebrado entre “A” y “B” y de la *adenda* en la cual se encuentra dicho pacto. Sin embargo, existe una clara diferencia con los supuestos anteriores que hemos analizado. **En esos casos el contrato en el cual no era parte el tercero adolecía de una anomalía que era desconocida por él.** Justamente el desconocimiento del vicio creaba en el tercero una situación de apariencia: que el contrato o título de su transferente no tenía ningún defecto.

Este caso es distinto, pues el contrato “X” celebrado entre “A” y “B” -y la *adenda* en la cual se encuentra el pacto de *non cedendo*- no padecen de ninguna patología pues son totalmente válido y eficaces. ¿Estamos entonces ante un verdadero tercero que debe merecer protección si actúa de buena fe y adquiere a título oneroso? La respuesta es que sí.

Lo que ocurre es que la noción de tercero no se agota solo en los supuestos que antes hemos analizado (artículos 194, 197, 865 y 2014) en los cuales siempre hay una patología en el título del transferente. En efecto, existen otros casos en los cuales igualmente nos encontramos frente a una persona que es tercero respecto de un contrato o acto jurídico desconocido por él que antecede a su adquisición y el cual no padece de ninguna patología y no por ello perderá la condición de tercero susceptible de ser protegido por el sistema.

Es el caso de la adquisición *a non domino* regulado en el artículo 948 del Código Civil⁸¹. Según esta norma si “A” adquiere de “B” un bien mueble como propietario y de buena fe, obtiene el dominio del mismo, aunque “B” no tenga legitimidad para transferirlo. La buena fe de “A” se configura por el hecho de que el bien no se encuentra registrado y porque la posesión del bien por parte de “B” hace presumir que él es el legítimo propietario.

Ahora bien, para efectos de que se configure la adquisición de “A” es preciso que “B” haya recibido el bien que ahora transfiere de forma voluntaria por su titular o por quien lo poseía, pues la misma norma indica que se exceptúan los casos en los cuales el bien haya sido adquirido con infracción a la ley penal. Esto implica que haya de por medio un negocio jurídico por el cual adquiriera la posesión del mismo (comodato, depósito, arrendamiento, usufructo, etc.)

Así, imaginemos que “C” -propietario de una laptop- dio en comodato a “B” dicho bien y este -sin tener legitimidad- lo transfiere a “A” como si fuera suyo a través de una compraventa. En este caso es claro que “A” mantendrá su adquisición dado que adquirió el bien a título oneroso y de buena fe, pues, como se mencionó, el bien no se encontraba registrado a nombre de nadie -esto debido a que una laptop, en sí misma, no es registrable- y la posesión de “B” lo hacía presumir como propietario del mismo.

En este supuesto ¿“A” es o no un tercero respecto al contrato de comodato celebrado entre “C” y “B”? es claro que sí; ¿el contrato de comodato padecía de algún vicio o patología como ocurría en los casos anteriores? No. ¿El hecho de que dicho contrato no tenga una anomalía implica que “A” deje de ser tercero y que por tanto no sea protegido a pesar de haber adquirido el bien a título oneroso y de buena fe? Claro que no.

⁸¹ Artículo 948.- “*Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal*”.

Nótese que “A” sigue siendo un tercero al igual que en los otros casos. La peculiaridad está en que en este supuesto “A” desconoce el contrato de transferencia de posesión a favor de su transferente “B”. Esto -aunado al hecho de que el bien no está inscrito- hace que no pueda saber que él solo es poseedor y no propietario. En los otros casos el tercero conoce el título de su transferente, pero lo que no conoce es el vicio que padece. En ambos casos estamos entonces ante un tercero.

Lo mismo ocurre en el caso de los artículos 1270⁸² y 1272⁸³ del Código Civil. Según lo dispuesto por ambas normas si quien recibe como pago indebido (de mala fe en el caso del 1270 y de buena fe en el caso del 1272) un bien que luego enajena a título oneroso a un tercero, este mantendrá su adquisición si actuó de buena fe. Así, imaginemos que “A” y “B” celebran una compraventa por el cual él se había obligado a transferirle la propiedad de un auto a este (imaginemos que el bien no se encuentra registrado).

Cuando “A” iba a cumplir con la transferencia de propiedad a través de la entrega del bien, “B” ya había cedido su crédito un día antes a “C”, pero “A” desconocía de esa cesión. A pesar de ello, “A” paga (de forma indebida por error) a “B” y este recibe el bien sin ningún problema. Ocurre que “B” -sin tener legitimidad- vende el auto recibido a “D” quien **desconoce que “A” pagó a “B” de forma indebida y que este recibió el bien de mala fe**. En este caso es claro que “D” adquiere el dominio del auto ya que lo obtuvo a título oneroso y de buena fe.

En este caso, “D” sigue siendo un tercero al igual que en el supuesto de la adquisición *a non domino*. La peculiaridad está en que en este supuesto “D” también desconoce el contrato de

⁸² Artículo 1270.- “**Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.**

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe”.

⁸³ Artículo 1272.- “**Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.**

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados”.

cesión de crédito celebrado entre su transferente “B” y “C”, con lo cual, no sabe que “B” recibió el bien de forma indebida y que carece de legitimidad para contratar. Tanto en el caso del artículo 1270 como 1272 siempre habrá un contrato o título del cual nazca la obligación de realizar el pago, en este caso, la compraventa celebrada entre “A” y “B”. Otro tema es que el deudor lo haya ejecutado sobre la base de un error que hace que dicho pago sea indebido. Pero el tercero adquirente no conoce el error que se encuentra de por medio en el pago.

Nótese que en estos supuestos el contrato a partir del cual surge la obligación de pago -en este caso la compraventa- tampoco adolece de ninguna patología o vicio. Esto, como ya se mencionó, no impide que “D” siga siendo considerado un tercero.

Por último, están los supuestos de los artículos 2034⁸⁴ y 2038⁸⁵ del Código Civil. Según estas disposiciones, los terceros que contraten a título oneroso y de buena fe no se verán afectados por actos jurídicos que no hayan estado inscritos al momento de la celebración de los mismos. Así, imaginemos que “A” otorgó un poder o celebró un mandato con representación con “B” para que esta venda un bien suyo. “B” finalmente logra vender el bien a “C”, pero ocurre que una semana antes de la venta, “A” había revocado el poder a “B” con lo cual el poder quedó sin efecto al igual que el mandato⁸⁶ y “B” sin legitimidad para contratar. “A” no cuidó de inscribir la revocación ni de comunicarla a los interesados, por lo que la adquisición de “C” se mantiene pues desconocía de la revocación (buena fe) y obtuvo el bien a título oneroso.

En este caso, al igual que los anteriores, es claro que “C” es un tercero respecto al otorgamiento de poder realizado por “A” el cual, por cierto, tampoco padece alguna patología. La peculiaridad está en que en este supuesto “C” -al igual que el caso de los artículos 948, 1270 y 1272- desconoce de, en este caso, el acto jurídico de revocación. El desconocimiento de esos actos

⁸⁴ Artículo 2034.- *“La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar”.*

Este artículo se encuentra dentro de lo que es el Registro Personal. Los actos a los cuales se refiere y que no fueron inscritos están enumerados en el artículo 2030. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, el acuerdo de separación de patrimonios, las uniones de hecho reconocidas judicialmente, entre otros.

⁸⁵ Artículo 2038.- *“El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos”.*

⁸⁶ Nótese que según lo dispuesto por el artículo 1808 del Código Civil, *“en el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato”.*

jurídicos (válidos) anteriores a la adquisición es lo que da lugar a que el tercero justamente **desconozca el vicio que se encuentra de por medio en su propio título**, esto es, la falta de legitimidad de su transferente. En el caso de los artículos 194, 197, 865 y 2014, el tercero sí conoce el título de su disponente que precede a su adquisición, pero **lo que no conoce es el vicio que padece**. Sin embargo, en todos los casos estamos ante la presencia de un tercero.

Y es que el hecho de que el acto jurídico que precede a la adquisición del tercero tenga o no un vicio no es determinante para saber si estamos ante un tercero. Lo importante es que el tercero **desconozca** el vicio o el hecho que dio lugar al mismo. Nótese que esto implica que el sujeto al cual se cataloga de tercero puede incluso ser **parte** del negocio en el cual se encuentra el vicio, pero lo importante es que **no conozca** esa anomalía. El **desconocimiento** del vicio o del hecho que dio lugar al mismo es lo que hace que tenga la condición de tercero y **no si forma parte o no** del acto jurídico que lo contiene. Entonces, estamos hablando de un **tercero respecto al vicio** (es ajeno a él) y no en el sentido de que no es parte del acto jurídico que precede a su adquisición⁸⁷.

Esto se evidencia claramente también en los casos de disposición de un bien social por un solo cónyuge o de la totalidad de un bien por un solo copropietario. En efecto, cuando un solo cónyuge o copropietario enajena el bien como si fuera solo suyo o invocando una representación que no tiene y el adquirente (a título oneroso) desconoce que el bien no es exclusivamente de ellos o que no tienen facultades para disponer, entonces mantendrá su adquisición en atención a que procedió de buena fe.

Nótese que, en este caso, el adquirente es **parte** del contrato de enajenación en el cual se encuentra el vicio o anomalía: la falta de legitimidad para transferir del cónyuge o del copropietario. Sin embargo, es ajeno a dicho vicio en tanto que **desconoce** el mismo (buena fe). En ese sentido, puede concluirse que es un **tercero** respecto a dicha anomalía, por lo que el vicio no afecta su adquisición⁸⁸.

⁸⁷ Esta noción de tercero es la que también propugna el profesor Martín Mejorada. Véase la explicación que el referido profesor realizó sobre dicha figura en el marco de una entrevista para la revista Themis sobre el VIII Pleno Casatorio Civil en: (Mejorada Chauca, VIII Pleno Casatorio Civil y la protección a terceros, 2016). Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=sEKkQE2TQ5s>

⁸⁸ Respecto al contrato de compraventa celebrado por uno solo de los copropietarios sobre el bien indiviso, somos de la idea -al igual que en el caso de la disposición de un bien social por un solo cónyuge- que el mismo es ineficaz en sentido estricto y no nulo, pues la estructura del negocio no está viciada. El problema es externo a dicha estructura negocial: la legitimidad que se tienen para contratar. Esta figura será desarrollada con mayor detenimiento en el apartado 3.1.2.2.1.

De hecho, si se observa con atención todos los supuestos que anteriormente hemos analizado (el de los artículos 194, 197, 865, 948, 1270, 1272, 2014, 2034 y 2038) se podrá advertir que el título en el cual el tercero adquirente es **parte** y a través del cual adquiere un derecho padece de una anomalía: la falta de legitimidad para disponer del transferente. Sin embargo, **no conoce** ese defecto y eso -aunado a la onerosidad- genera que su adquisición no sea ineficaz.

Esto es lo que también ocurre en el caso del pacto de *non cedendo*, pues si el cesionario desconoce dicho pacto entonces es un verdadero tercero de buena fe. En efecto, el cesionario no solo no forma parte del contrato que dio origen al crédito que pretende adquirir y menos aún del pacto de *non cedendo*, sino que, lo más importante, **desconoce** dicho pacto y eso da lugar a que **desconozca la patología que se encuentra en su contrato: la restricción o limitación a la legitimidad del cedente**⁸⁹. Esto determina que sea un tercero respecto a dicha patología, pues no lo conoce, con lo cual contrató de buena fe. Eso determina que su adquisición no sea ineficaz.

Un aspecto importante que debemos precisar sobre esta noción de tercero es que si bien quien ostenta dicha condición es aquel sujeto que desconoce la patología negocial y si a eso le sumamos la onerosidad entonces mantendrá su adquisición, **ello no es aplicable cuando se encuentra de por medio un vicio de invalidez** del negocio (nulidad o anulabilidad). En efecto, al tratarse de causales que son de **interés general y que se sustentan en premisas de orden público** (al menos las de la nulidad), no puede una de las partes del negocio nulo alegar que desconocía la causal que dio lugar al vicio, por lo que actuaba de buena fe, y además al adquirir un derecho a título oneroso, entonces pretenda mantener su adquisición. Quien sí podría alegar que desconocía la anomalía a efectos de proteger su adquisición sería un sujeto que **no forma parte del negocio inválido** y que haya adquirido un determinado derecho de una de las partes de ese negocio viciado a título oneroso, de conformidad con el artículo 2014 ya analizado.

Ahora bien, esto no implica que dicha parte quede desprotegida, pues si en realidad ella desconocía el vicio y la otra parte sí lo sabía e incluso es ella la que dio lugar a que la misma aparezca o surja, entonces, si bien el negocio de todas maneras será nulo, además de la restitución patrimonial que corresponda, podría solicitarle un resarcimiento por los daños que haya podido padecer. En el caso de la anulabilidad es un tanto distinto, pues la parte afectada o la que desconocía el vicio puede solicitar la declaración de anulabilidad -con la consiguiente restitución

⁸⁹ Más adelante analizaremos por qué el contrato entre el cedente y el cesionario es ineficaz por un defecto en la legitimidad.

prestacional y el resarcimiento respectivo- de ser el caso o, si desea mantener su adquisición, puede confirmar el negocio.

Habiendo aclarado esto, reafirmamos el hecho de que si el cesionario desconocía el pacto de *non cedendo* entonces tiene la condición de tercero, por lo que el cedido no podría oponerle dicho pacto. Y es que contrató con el cedente en base a una situación de apariencia: de que este no se había obligado con el cedido a no transferir su crédito.

Sobre la protección a los terceros en base a la situación de apariencia en la cual confían (buena fe subjetiva), la profesora Cecilia O'Neill -citando a Angelo Falzea- indica lo siguiente:

“La apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse. **La apariencia apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que éstos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, siempre que hayan sido engañados por una situación de hecho que expresa como existente una realidad que no lo es**” (énfasis agregado) (O'Neill De La Fuente, 2017, pág. 98).

En ese sentido, señala que: “(...) con la tutela de la apariencia **se busca proteger la circulación jurídica de los bienes** y no añadirle al sistema cargas innecesarias que ralentizarían la realización de contratos. Además, mediante su protección se salvaguarda el derecho de terceros subadquirientes ajenos a los vicios de falsos titulares aparentes” (énfasis agregado) (O'Neill De La Fuente, 2017, pág. 98).

Finalmente, citando al profesor Martín Mejorada indica que:

“(...) se debe distinguir entre la razón para proteger a los terceros y el requisito que éstos deben cumplir para ser acogidos. Ambos están vinculados porque lo primero sirve para interpretar lo segundo. En este caso, **el requisito es la buena fe del tercero**, mientras que **la razón es la necesidad de proteger el libre mercado de bienes, generando confianza y certeza en los operadores económicos**. Solo así se cumplen los presupuestos del régimen económico” (énfasis agregado) (O'Neill De La Fuente, 2017, pág. 98).

Entonces, la buena fe subjetiva-expresada en la situación de apariencia de que no había un pacto de *non cedendo*- es un requisito para que al cesionario no le sea oponible dicho pacto. Ahora bien -a pesar de que el artículo 1210 no lo exige expresamente- no debemos olvidar que es necesario que la adquisición se haya realizado a **título oneroso**. Y es que un intercambio donde ambas partes ganan genera mayor riqueza. Además, lo que se busca proteger es el sacrificio patrimonial hecho por el adquirente. En ese sentido, se ha señalado que: “(...) en caso de prosperar una protección más articulada a los terceros adquirentes de buena fe, **sería poco realista pretender eliminar el requisito de la onerosidad**” (énfasis agregado) (O’Neill De La Fuente, 2017, pág. 103). Nótese que nuestro ordenamiento no es indiferente a la exigencia de ese requisito.

Esto se evidencia claramente en el supuesto de hecho de todas las disposiciones que hemos analizado (artículos 194, 197, 865, 948, 1270, 1272, 2014, 2034 y 2038), en las que se podrá advertir que se exige expresamente no solo la verificación de la buena fe sino también que **la adquisición del derecho haya sido realizada a título oneroso**⁹⁰. ¿Qué es lo que se busca proteger con la exigencia de ambos requisitos? Pues derechos reales sobre bienes como, por ejemplo, la propiedad o evitar el perjuicio o lesión de **créditos**.

Así, si el tercero adquirente no tiene buena fe o, teniéndolo, adquirió a título gratuito, entonces: **(i)** en el caso del artículo 194, primará el derecho del tercero afectado con el acto jurídico simulado, **(ii)** en el supuesto del artículo 865 se protegerá el derecho de propiedad del heredero preterido sobre los bienes que también le corresponden, **(iii)** en el caso del artículo 948 se tutela al verdadero propietario del bien, **(iv)** en el supuesto del artículo 2014 se protege al titular del derecho que pretendía adquirir el tercero y **(v)** en el caso de los artículos 2034 y 2038 se tutela también al titular del derecho sobre el bien que se había dispuesto. En todos estos casos se encuentra de por medio, por lo general, el derecho de propiedad del sujeto cuyo interés primará sobre el tercero adquirente.

Por el lado de los artículos 197, 1270 y 1272 se busca proteger no tanto un determinado derecho real sobre un bien, sino más bien una situación jurídica especial: **el crédito**. Así, si el tercero adquirente no tiene buena fe o, teniéndolo, adquirió a título gratuito, entonces: **(i)** en el caso del artículo 197 primará el interés del acreedor que interpone la acción pauliana a fin de

⁹⁰ En el caso del artículo 948 si bien esta norma no exige el requisito de la onerosidad, debe entenderse que ella es necesaria a partir de una interpretación sistemática que se debe realizar con los artículos 1270 y 1272 del Código Civil (Barchi, Luciano. (2014). Obligación de Dar Bienes Ciertos. [Material del aula] Universidad de Lima, Perú).

evitar que su crédito sea lesionado y, por tanto, la pretensión de ineficacia alcanzará al tercero adquirente y (ii) en el caso de los artículos 1270 y 1272, si bien dichas disposiciones permiten al deudor que realizó el pago indebido recuperar el bien que pagó por error, con ello, en el fondo, se busca tutelar el crédito de su acreedor dado que habiendo recuperado el bien, podrá entregarlo al él y, con ello, este habrá satisfecho su interés.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que el fundamento para negarle protección a la adquisición del tercero que contrató de buena fe, pero a título gratuito,- lo cual implica que prosperará la demanda de ineficacia- radica, no en una responsabilidad por ilícito en tanto que él actuó de buena fe **-con lo cual no será responsable de los posibles daños ocasionados al acreedor o titular del derecho que se dispuso-**, sino en **aplicación del principio que impide a un sujeto enriquecerse gratuitamente a costa del perjuicio ajeno**, en este caso, en perjuicio del titular del derecho real o del acreedor titular de un crédito. En este último caso, **el interés del acreedor prima sobre el enriquecimiento gratuito del tercero**. Tutelar el crédito es más eficiente que proteger una adquisición gratuita. Es por ello que es necesario la exigencia de la onerosidad.

Entonces, a partir de una interpretación sistemática de todas las disposiciones antes vistas, se puede concluir que **no se puede prescindir del requisito de la onerosidad**, por lo que en el caso del pacto de *non cedendo* es necesario que el cesionario haya realizado un desembolso patrimonial a cambio del crédito que pretende adquirir. **Este sacrificio patrimonial es el que se busca proteger**. Esto, sumado a su buena fe, permitirá que el deudor cedido no pueda oponerle el pacto⁹¹. En caso contrario (actuación de mala fe, o habiendo buena fe, pero si se adquirió el crédito a título gratuito), al igual que el caso de los artículos 197, 1270 y 1272, primará el interés que tiene el acreedor en que su crédito no sea lesionado, en este caso, el interés del cedido en que se cumpla el pacto de *non cedendo*, por lo que podrá oponer su crédito al cesionario⁹².

⁹¹ En estos casos, si bien el tercero mantendrá su adquisición, el acreedor del pacto cuyo crédito ha sido lesionado - en este caso el cedido- podrá dirigirse contra su deudor -en este caso el cedente- a fin de requerirle el pago de un resarcimiento por los daños que -de ser el caso- haya podido padecer como consecuencia de su incumplimiento.

⁹² Esto no implica que el tercero -adquirente de buena fe y a título gratuito- se vea perjudicado del todo, pues, si bien perderá su adquisición- y no será responsable de los posibles daños que haya padecido el acreedor del pacto por el incumplimiento del cedente pues actuó de buena fe- en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar un resarcimiento a su transferente.

Ahora bien, ¿de qué forma puede el cedido oponer al cesionario el crédito que tiene en virtud del pacto de *non cedendo* que celebró con el cedente? Como ya se mencionó, una de las formas es solicitar la ineficacia del negocio celebrado entre el cedente y el cesionario. A continuación, analizaremos cuál es el tipo de ineficacia que corresponde solicitar y en qué consiste el mismo. Veamos:

3.1.2 Sobre la pretensión que debería formularse ¿Cuál es el remedio que debería aplicarse a fin de hacer oponible este pacto?

La ineficacia del acto jurídico es uno de los temas más interesantes del cual se ha ocupado la doctrina. De hecho, existen muchas clasificaciones sobre dicha categoría. Por nuestra parte, nosotros creemos que es factible dividirla en tres clases: **(i)** ineficacia estructural, **(ii)** ineficacia en sentido estricto e **(iii)** ineficacia funcional. Veamos en cuál de estas se encuentra inmerso el negocio jurídico celebrado entre el cedente y el cesionario que contrató conociendo o habiendo podido conocer que existía un pacto de *non cedendo* que obligaba al primero a no ceder su crédito.

3.1.2.1 Ineficacia estructural

Los hitos por los que transita el negocio jurídico para introducirse y producir efectos en la realidad jurídica son tres: **(i)** los elementos que dan lugar a la existencia del acto jurídico, **(ii)** los elementos o requisitos que otorgan o dotan de validez al acto ya existente y **(iii)** la eficacia o despliegue de efectos del negocio.

Los elementos o presupuestos de existencia son aquellos elementos que dan origen o vida a la estructura de un negocio jurídico. Sin ellos, simplemente, no puede existir acto jurídico alguno (otro tema es si esos elementos ya existentes y que dan vida al negocio jurídico tienen algún vicio o no). Dichos elementos de existencia se encuentran constituidos por el sujeto, la voluntad manifestado por él, el objeto del acto y su causa⁹³.

⁹³ Es importante precisar que, al lado de los presupuestos o elementos mencionados sin cuya presencia no habría acto jurídico alguno, se encuentran también -dentro de la teoría general del contrato- otros supuestos de inexistencia negocial. Dichos supuestos se encuentran regulados en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil, los cuales regulan lo que se conoce en doctrina como el régimen del acuerdo total que rige el sistema de formación del contrato. Ello implica que, si las partes no están conformes en todas las estipulaciones contractuales, no habrá (**no existirá**) contrato, aunque la discrepancia sea mínima o si ellas acordaron reservar una estipulación y luego la reserva no queda satisfecha entonces tampoco habrá (**no existirá**) negocio jurídico alguno. Lo mismo ocurre si es que el negocio que pretenden celebrar las partes no cuenta con los elementos tipificantes propios de su naturaleza. Por ejemplo, si se desea celebrar una compraventa y no está el elemento precio entonces no habrá (**no existirá**) compraventa alguna.

Luego de que los presupuestos de existencia se encuentren presentes, lo que se analiza es si los mismos tienen algún vicio o no. Es acá justamente donde entramos al terreno de los llamados requisitos de validez del acto.

Una vez que se haya verificado la “presencia” de la voluntad, se analiza si la misma tiene alguna patología (error, dolo, violencia o intimidación) que pueda dar lugar a la anulación del acto, o si debía revestir alguna formalidad *ad solemnitatem*. Lo mismo ocurre con el agente que declaró su voluntad, con el objeto y con la causa. Una vez verificado que los mismos existen, se analiza si dicho agente tiene capacidad o no, si dicho objeto es física o jurídicamente posible, determinado o determinable y si la causa es lícita o no.

El análisis de la validez del acto supone, entonces, que los presupuestos del mismo ya existen, pues dicho análisis justamente recae sobre cada uno de ellos. Teniendo ello en cuenta, la no presencia de algún presupuesto del acto dará lugar a la inexistencia del mismo, mientras que el vicio o patología en alguno de dichos elementos ya existentes da lugar a su invalidez⁹⁴.

Partiendo de la premisa de que el negocio jurídico de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario cuenta con todos los elementos o presupuestos de existencia, vamos a centrarnos en los requisitos de validez del mismo. Como ya se mencionó, el análisis de la validez del acto jurídico implica analizar si los presupuestos del mismo (ya existentes) cumplen o no con los requisitos que la ley establece. En caso no cumpla con alguno de esos requisitos entonces el negocio jurídico padecerá de un vicio en su estructura. Los requisitos de validez se encuentran regulados en el artículo 140 del Código Civil el cual establece que:

Artículo 140.- *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su **validez** se requiere:*

Del mismo modo, las declaraciones “contractuales” que no tengan vocación jurídica tampoco dan lugar al nacimiento de un negocio jurídico contractual. Habrá una relación intersubjetiva, pero, al no estar dotada de juridicidad, entonces no habrá (**no existirá**) contrato alguno. Es el caso, por ejemplo, del pacto de caballeros.

⁹⁴ El análisis que hemos realizado respecto a los requisitos de existencia y de validez del negocio jurídico ha sido realizado sobre la base del siguiente trabajo: “¿Hasta cuándo puedo solicitar que me liberen de un contrato inexistente? Apuntes sobre el plazo de prescripción de la inexistencia negocial como categoría distinta a la invalidez” Véase: (Ramos Támara, 2017) Recuperado de: <http://agnitio.pe/articulos/hasta-cuando-puedo-solicitar-que-me-liberen-de-un-contrato-inexistente-apuntes-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-inexistencia-negocial-como-categoria-distinta-a-la-invalidez/>

1. *Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.*
2. *Objeto física y jurídicamente posible.*
3. *Fin lícito.*
4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

Estos son los requisitos que la norma establece para la validez del acto. Sin embargo, dicha disposición normativa no puede ser leída de forma aislada, pues debe ser complementada con los artículos 219 y 220 los cuales adicionan otras causales de invalidez del negocio:

Artículo 219.- *“El acto jurídico es nulo:*

- 1.- *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 3.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 4.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 5.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 6.- *Cuando la ley lo declara nulo.*
- 7.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”⁹⁵.*

Artículo 221.- *“El acto jurídico es anulable:*

- 1.- *Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.*
- 2.- *Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
- 3.- *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
- 4.- *Cuando la ley lo declara anulable”.*

Entonces, la falta de cumplimiento de uno de los requisitos antes expuestos dará lugar a la invalidez del negocio (sea por nulidad o anulabilidad). En caso no se cumpla con uno de los

⁹⁵ Si bien el inciso 1 y 2 establecen que el acto es nulo cuando falta la manifestación de la voluntad del agente o cuando el objeto es indeterminable, respectivamente, nosotros creemos que, en realidad, según lo expuesto anteriormente, constituyen supuestos de inexistencia del negocio.

requisitos establecidos por el artículo 219, el acto será nulo. Si el defecto se encuentra en uno de los requisitos del artículo 221, el acto será anulable.

¿Qué implicancias tiene un negocio jurídico inválido? Entre otras, la no producción de efectos, es decir, la ineficacia del acto celebrado. Este tipo de ineficacia es la que se denomina en doctrina como ineficacia estructural -también llamada originaria o por causas intrínsecas-, pues el acto no desplegará efectos debido a un vicio o anomalía que afecta su estructura.

En ese sentido, se ha dicho que la “ineficacia estructural es aquella que **se presenta al momento mismo de la celebración del acto jurídico**, es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia en el momento mismo de su celebración o formación” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Nulidad del Acto Jurídico, 2013, pág. 34).

Nótese que: “la coetaneidad al momento de la formación del acto es pues el primer rasgo característico de la ineficacia estructural. **Sin embargo, no basta que se trate de una causal de ineficacia que se presente al momento de la formación, sino que además de ello es necesario que la causal suponga un defecto en la estructura del acto jurídico.** En otros términos, todos los supuestos de ineficacia estructural, como su propio nombre lo indica claramente, suponen un acto jurídico mal formado, mal estructurado, con un defecto congénito, de modo tal que se trate de un acto jurídico con un defecto intrínseco” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Nulidad del Acto Jurídico, 2013, pág. 35).

La precisión hecha por el profesor Lizardo Taboada es muy importante en el sentido de que la ineficacia estructural no se caracteriza solo porque el vicio o defecto del acto ocurre en el momento de la celebración del negocio, sino que dicha anomalía, además, debe encontrarse en la estructura misma del acto jurídico que ya existe. Esto implica que la patología es una que afecta el aspecto intrínseco del acto y esto ocurre cuando no se cumple con uno de los requisitos de validez que establece la ley para la estructura del negocio.

Es muy importante no perder de vista esto, pues -como se verá más adelante- la ineficacia en sentido estricto también supone que el acto no despliega efectos desde la celebración del negocio por una causal que se presenta en ese momento, pero con la diferencia de que el hecho que determina la ineficacia no se encuentra en la estructura del acto, sino forma parte del aspecto externo del mismo.

Teniendo esto en cuenta, podemos concluir entonces que cuando un acto incurre en una causal de invalidez, no producirá efecto alguno. Esto es correcto, sin embargo, debemos hacer una pequeña precisión. En el caso de la anulabilidad, no necesariamente en todos los casos el acto carecerá de eficacia, pues es posible que- a pesar de existir un vicio- la parte afectada pueda confirmar el negocio. En cambio, en el caso de la nulidad sí es distinto pues, como sabemos, el mismo no puede ser confirmado, ratificado o subsanado de ninguna forma. Es por ello que en cualquier caso siempre carecerá de efectos.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es que si el acto inválido es finalmente declarado nulo o anulable por un juez o árbitro, entonces la sentencia o el laudo que lo declare tiene efectos retroactivos. Y es lógico, pues si el negocio tuvo un vicio o patología en su estructura que se produjo al momento de su celebración, entonces es claro que el acto no debería producir efecto alguno desde ese momento. Esto implica que en caso una de las partes o ambas hayan ejecutado total o parcialmente las prestaciones que les correspondían, entonces deberán restituirse lo que cada uno haya ejecutado.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, es claro entonces que la ineficacia estructural no es sino una derivación o consecuencia de un acto jurídico inválido. Ahora bien, retornando a la hipótesis materia de nuestro estudio nos preguntamos, ¿el hecho de que el cesionario haya celebrado con el cedente un contrato de cesión de crédito **a sabiendas** de que el mismo había celebrado un pacto de *non cedendo* con el cedido por el cual se había obligado a no ceder su crédito, determina que dicho contrato se encuentra inmerso en alguna de las causales de invalidez establecidas por los artículos 219 o 221 del Código Civil?

Nosotros creemos que no (salvo un supuesto específico que estudiaremos más adelante). No es pertinente analizar cada una de las causales establecidas en los dos artículos señalados, sino solo aquellos bajo los cuales se pueda -razonablemente- alegar un supuesto de invalidez. Somos de la idea de que las causales que podrían invocarse **por el hecho de que el cesionario haya contratado con el cedente habiendo conocido el pacto de *non cedendo***, son las siguientes: (i) nulidad por vulnerar una norma imperativa, (ii) nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible, (iii) nulidad por vulnerar el orden público y las buenas costumbres y (iv) nulidad por ilicitud de la causa. Analicemos cada una de dichas causales y su aplicación al negocio de cesión de crédito.

3.1.2.1.1 La supuesta nulidad por la vulneración de una norma imperativa

Como sabemos, el ejercicio de la libertad contractual no es absoluto. En principio y como regla, las partes pueden pactar o acordar de forma deliberada lo que mejor se acomode a sus intereses. Sin embargo, existen algunos límites a tal libertad. En efecto, el reglamento contractual o el contenido del contrato que establezcan las partes no puede contravenir a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Tal limitación se encuentra establecida en el artículo V del Título preliminar del Código Civil y en los artículos 1354 y 1356 del mismo cuerpo normativo. Dichas disposiciones establecen, respectivamente, lo siguiente: “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*”; “*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*” y “*Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*”.

Como se puede observar, nuestro ordenamiento ha establecido expresamente las limitaciones antes anotadas. Ahora bien, antes de analizar si el contrato de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo* es contrario a una norma imperativa que mencionaremos más adelante, es necesario realizar algunas precisiones sobre algunos de los artículos antes mencionados.

Como bien sabemos, la invalidez negocial (nulidad o anulabilidad) se rige por el sistema del *numerus clausus*. Esto quiere decir que las causales por las cuales un acto jurídico es inválido solo se encuentran establecidas por la ley de forma taxativa. Ya hemos visto que, en nuestro caso, los artículos 219 y 221 del Código Civil son los que contienen la lista de las causales de nulidad y de anulabilidad respectivamente. Ahora bien, si revisamos detenidamente las causales de nulidad establecidas por el artículo 219, podremos advertir que en ninguno de sus incisos se establece como una causal de nulidad el hecho de que el acto jurídico sea contrario a normas imperativas. Sí se hace referencia expresa al orden público y a las buenas costumbres (inciso 7), sin embargo, **no se dice absolutamente nada sobre las normas imperativas.**

Esto ha generado una gran preocupación y discusión en aquellos autores que sostienen que no todas las normas imperativas se sustentan necesariamente en principios o reglas de orden

público o de buenas costumbres. Al respecto, el maestro Manuel de la Puente y Lavalle, citando al profesor Orlando Gomes, señala lo siguiente:

“Por este camino se llegó, tomando en consideración que lo que caracteriza a las normas legales imperativas es precisamente su inderogabilidad, a que **las normas que interesan al orden público son siempre normas imperativas**, con la precisión de que **si bien todas las normas de orden público son imperativas no todas las normas imperativas son de orden público**, pues hay normas imperativas que protegen **intereses privados**” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 213).

En ese sentido, el profesor de la Puente -en un pie de página- cita como ejemplo de una norma imperativa que regula intereses privados al artículo 1416 del Código Civil, el cual fija en un año el plazo máximo del compromiso de contratar cuando se desee optar por su renovación. Sobre dicha norma, el maestro de la PUCP indica que: “ella es, sin duda, una norma legal de carácter imperativo, que protege el interés privado de los contratantes de no encontrarse atados por la obligación de contratar sino por un corto lapso” (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 213).

En esa misma línea el reconocido maestro peruano, citando a José Antonio Doral y Miguel Ángel del Arco, sostiene que: “la noción de orden público se aproxima por razón de la materia a la norma imperativa, cuando el interés es público”, **de lo cual se colige que cuando el interés que se desea proteger no es público, sino privado, entonces la norma imperativa no es de orden público**” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 213).

Luego, agrega lo siguiente:

“En ese sentido, hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad que, según Mirabelli, constituyen el orden público, **y normas imperativas por decisión del ordenamiento jurídico, como son las que, no siendo de orden público, se les da carácter imperativo mediante su redacción en forma de mandato o prohibición**” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 214).

Finalmente, concluye señalando que: “**no comparto**, pues, la posición de quienes opinan que las normas imperativas, por el solo hecho de serlo, están investidas del carácter de normas de orden público” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 214).

Por su parte, el profesor Juan Espinoza, citando a Loris Lonardo, indica lo siguiente:

“En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, más **no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público**. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma **no coincide, forzosamente, con la idea de orden público**” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 525).

Como se observa, un sector de la doctrina nacional y extranjera no dudan en señalar que no todas las normas imperativas se sustentan en premisas de orden público -y, por extensión, en las buenas costumbres, pues, como veremos más adelante, ella forma parte de dicha categoría general- sino que pueden encontrarse aquellas que regulen intereses meramente privados.

La preocupación que se genera si se parte de esa premisa, es que fácilmente se llegaría a la conclusión de que cuando un acto jurídico sea contrario a una norma imperativa -que no se sustente en el orden público o en las buenas costumbres, sino que se ocupe de regular un interés privado- entonces el mismo no sería nulo toda vez que el artículo 219 no establece como causal de nulidad la vulneración a ese tipo de normas. Esto implicaría que la contravención a las normas imperativas a las que hacen referencia los artículos 1354 y 1356 del Código Civil, no necesariamente acarrearía una nulidad.

Esta preocupación la expresa el profesor de la Puente, cuando haciendo referencia al artículo 1354, señala lo siguiente:

“Por un lado limita la libertad de configuración interna, en lo que el contenido del contrato sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Por otro, **no sanciona con nulidad o anulabilidad este contenido si existe tal contrariedad, con la consecuencia que, dado el carácter taxativo de las causales de nulidad y de anulación, la sanción de nulidad o anulabilidad no sería aplicable en este caso**. Parecería, pues, que el contrato cuyo contenido sea

contrario a norma legal de carácter imperativo (**que no obedeciera a razones de orden público**) sería, pese a ello, **válido**” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 216).

Respecto a esto último, el profesor de la Puente opta por la siguiente salida: “Podría pensarse que toda estipulación contraría a una norma legal imperativa es ilícita, por lo cual el contrato que tuviera una estipulación de esta clase tendría una **finalidad ilícita** y, como tal, estaría incurso en la nulidad prevista en el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 216)

Sobre este tema, el profesor Rómulo Morales opina lo siguiente: “el artículo 1354 del CC solo hace mención a que el contrato no debe contravenir normas imperativas **sin regular el remedio de la nulidad u otro remedio que la ley establezca taxativamente**. Entonces, en el Perú un contrato contrario a normas imperativas **no es nulo sino válido pero ineficaz** por cuanto no merecerá protección jurídica” (énfasis agregado) (Morales Hervias, La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil, 2014, pág. 29).

Por su parte, el profesor Freddy Escobar ensaya la siguiente solución:

“El artículo 219 del Código Civil establece que, si el objeto del negocio es imposible o indeterminable, la consecuencia es la nulidad de dicho negocio. Ahora bien, la imposibilidad y la indeterminabilidad del objeto del negocio son supuestos de hecho semejantes a la ilicitud de dicho objeto (en tanto que los tres suponen la existencia de una anomalía). En tal sentido, las consecuencias jurídicas previstas para los dos primeros casos pueden ser perfectamente aplicables, por analogía, a este último. Por tanto, cuando el **objeto del negocio** vaya en contra de una **norma imperativa que no sea de orden público**, el mismo será **ilícito** por aplicación analógica de lo dispuesto en el **numeral 3 del artículo 219** del Código Civil” (énfasis agregado) (Escobar Rozas, Causales de nulidad absoluta. Comentario al artículo 219 del Código Civil, 2003, pág. 925).

Luego, agrega lo siguiente:

“Es preciso notar que la construcción analógica que se propone no viola lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, según el cual la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, en tanto que, por un lado, las normas contenidas en el artículo 219 de dicho código son generales; y, por el otro, no existe derecho alguno que

resulte restringido en aplicación de las mismas (ninguna persona tiene el derecho de celebrar negocios imposibles, indeterminados o ilícitos)” (Escobar Rozas, Causales de nulidad absoluta. Comentario al artículo 219 del Código Civil, 2003, pág. 925).

Respecto a lo señalado por el profesor Escobar, el profesor Juan Espinoza sostiene que:

“En mi opinión, se puede llegar al mismo resultado interpretativo, por un camino menos complicado: **la propia naturaleza de las normas imperativas es que estas prevalecen frente a la autonomía privada, justamente, sancionando con nulidad su contravención.** Es más, si tenemos en cuenta la redacción del art. V del t.p.c.c, observamos que el legislador entendió como conceptos sinónimos el de las leyes que interesan al orden público con el de las imperativas: de otra manera no se entiende por qué se sanciona con nulidad la contravención de las primeras” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 523).

Para dar “solución” a este “problema” creemos que es necesario partir primero de lo que significa una norma imperativa ¿cuándo estamos frente a una norma de ese tipo y cuándo no? Una primera y básica aproximación a lo que es una norma imperativa puede encontrarse en la siguiente definición:

“Son normales legales (leyes en **sentido lato**) imperativas aquellas que **se imponen a la voluntad de las partes**, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual **excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto.** La característica, pues, de las leyes imperativas es que **no admiten derogación por parte de los particulares**, de tal manera que, como dice Sacco, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad, y no de mera derivación lógica” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, pág. 210).

La primera característica esencial de una norma imperativa es que ella no admite pacto en contrario o “derogación” por las partes. Otro aspecto fundamental a tener en cuenta es que ese tipo de normas -como se verá en breve- se sustentan o tienen como *ratio* la regulación de un **interés general o social. Es por esa razón que justamente no pueden ser disponibles o “derogadas” por las partes.** Dicha regulación se expresa a través de un **mandato o prohibición.** De ahí que esa clase de normas pueda ser clasificada en mandatorias y prohibitivas.

Ahora bien, un rasgo característico de este tipo de normas es que -no en todos los casos- la consecuencia expresa que ella misma establece a los sujetos que la contravienen es la nulidad del acuerdo. Así, cuando en la estructura de una norma se encuentre como consecuencia un “bajo sanción de nulidad” o “es nulo el acto”, entonces es claro que estamos frente a una norma de tipo imperativa que no puede ser vulnerada por las partes. El propio Código Civil en el inciso 6 del artículo 219 ha regulado este tipo de normas cuando señala que el acto jurídico es nulo cuando “*la ley lo declara nulo*”, es decir, cuando establece expresamente la nulidad como sanción. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 1543 del Código Civil el cual establece que: “*la compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes*”.

Ahora bien, ¿qué sucede con las normas que mandan o prohíben algo pero que no establecen expresamente como sanción a su transgresión la nulidad del acuerdo? Creemos que de igual forma aún estamos frente a una norma de tipo imperativa, pero siempre que dicha norma tenga como *ratio* la protección de **intereses generales**. La imperatividad de una norma puede extraerse pues, no solo a partir de la sanción de nulidad que expresamente ella establezca, sino también por **(i)** el tenor de la misma y, adicionalmente a ello **(ii) los más importante, por su ratio de protección**.

En efecto, respecto al tenor de la norma es claro que cuando ella prohíbe o manda hacer algo no se puede admitir un acuerdo en contrario. Si la propia norma de forma determinante y tajante no permite que las partes adopten un determinado acuerdo u ordena una determinada conducta -**y tutela un interés general**- entonces es una de tipo imperativa. El hecho de que en esos casos el legislador se haya “olvidado” de colocar el “bajo sanción de nulidad” como consecuencia a su vulneración no implica que esas normas no sean imperativas.

Un ejemplo de una norma prohibitiva que no establece expresamente dicha consecuencia (nulidad) lo podemos encontrar en el artículo 925 del Código Civil, el cual establece que: “*las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico*”. En estos casos no hay duda de que dicha norma es una de tipo imperativa, pues la contundencia de la prohibición es clara y determina que no se admita un pacto en contrario.

Por el lado de las normas mandatorias que tampoco establezcan la consecuencia de la nulidad, tenemos el caso del artículo 1549 del Código Civil el cual establece que: “*es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien*”. Cuando la norma hace referencia a la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad, debemos entender -en concordancia con lo establecido en el artículo 1412⁹⁶- que dicha obligación consiste en que el vendedor debe otorgar al comprador -justamente por mandato del artículo 1549- la respectiva escritura pública de venta y, en caso se niegue, este podrá exigirle judicialmente el cumplimiento de dicha acción.

El hecho de que se pueda recurrir incluso al juez para tal efecto es porque si bien dicho instrumento no es constitutivo de la adquisición (pues en el caso de los inmuebles la propiedad se adquiere con el solo consenso y en el caso de los muebles con la tradición), ella es un requisito indispensable para que el comprador pueda inscribir su derecho de propiedad en el registro y, de esa forma, obtener una oponibilidad plena. De ese modo el vendedor logra “perfeccionar” la transferencia de la propiedad.

Teniendo ello en cuenta, no hay duda de que el artículo 1549 del Código Civil es una norma de tipo imperativa, pues la contundencia del mandato es clara y determina que no se admita un pacto en contrario, esto es, que no se admita el pacto por el cual se acuerde que el vendedor no está obligado a otorgar la respectiva escritura pública de venta.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que si la propia norma, además de mandar o prohibir un determinado comportamiento, establece expresamente la posibilidad de que se pacte en contrario, entonces ya no estaremos ante una norma de tipo imperativa sino dispositiva, esto es, una norma frente a la cual las partes pueden perfectamente acordar algo distinto. Por ejemplo, el artículo 1552 del Código Civil establece que: “*el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto*”. Como se observa, en un inicio la norma impone un mandato (se debe entregar

⁹⁶ Artículo 1412.- “*Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.*”

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente”.

el bien luego de celebrado el contrato), sin embargo, luego admite la posibilidad de pactar en contrario, dejando entrever que no se trata de una norma imperativa.

Finalmente, con relación a la *ratio* de la norma, ya hemos adelantado que esta debe dirigirse a la protección de intereses sociales o generales. En esa línea, el profesor Roppo ha señalado que una “norma imperativa es la que **prohíbe** [o **manda**, como ya señalamos anteriormente] determinados comportamientos o resultados, **porque** son considerados -a juicio político del legislador- dañosos o peligrosos para el **interés general**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 377).

Luego agrega que: “la **calificación de imperatividad** puede obtenerse de indicadores textuales: como cuando la misma norma se autodefine como inderogable, o dispone la nulidad del contrato que la viole. Pero puede obtenerse también de datos **extratextuales**, o bien del **juicio de relevancia social de los intereses que la norma protege**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 377).

En ese sentido, el profesor italiano señala lo siguiente:

«Un problema de nulidad se plantea solo cuando la norma es imperativa, es decir, define posiciones o tutela **intereses no disponibles por los particulares**. Pero también en este caso, **la nulidad no es automática e inevitable**: en algunos casos el contrato contrario a esa norma imperativa es nulo; **pero en otros casos no lo es**. Este segundo nivel de juicio se confía a dos criterios, susceptibles de **excluir la nulidad**.

La nulidad puede excluirse en base a un criterio textual: lo alude el mismo artículo 1418 que, enunciada la regla de la nulidad del contrato contrario a la norma imperativa, deja a salvo la hipótesis en “que la ley disponga lo contrario” (...). La nulidad puede excluirse también en base a criterios **extratextuales**, ligados a la **ratio** de la norma imperativa violada, y más precisamente al modo en que el contrato incide sobre los **intereses protegidos** por la norma» (énfasis agregado) (Roppo, 2009, págs. 687-688).

Como se observa, la finalidad -o *ratio*- de una norma imperativa no es sino la protección o tutela de **intereses generales** que trascienden la esfera personal de los sujetos. En ese sentido, el profesor italiano señala correctamente que la calificación de imperatividad puede extraerse no

solo de la redacción de la norma -como cuando señala que la misma es “inderogable”- sino también a partir de un análisis del “**juicio de relevancia social de los intereses que la norma protege**”. Así, si el grado de relevancia de los intereses que la norma busca proteger no tiene una **trascendencia social suficiente**, sino que, en realidad, se trata de **intereses disponibles** por las partes, no estaremos entonces ante una verdadera norma imperativa y, por tanto, su contravención no generará nulidad.

Lo expuesto es coherente con el hecho de que la propia nulidad y las causales que dan lugar a ella **se sustentan siempre en intereses sociales o generales y no meramente privados**. Es por ello que, si se dice que la contravención a las normas imperativas es una causal de nulidad, entonces es claro que ella debe basarse o debe tener como fundamento la protección de intereses no privados sino generales. En ese sentido, el profesor Rodolfo Sacco señala lo siguiente:

«La regulación jurídica de los contratos nulos y viciados se basa en determinar que **la nulidad es un “vicio más grave”** y que la anulabilidad es un “vicio menos grave”. (...) La violación del **interés colectivo** se presentará como desorden inaudito, un **vicio gravísimo**, mientras la lesión del interés individual figurará como vicio más leve, una imperfección.

El **vicio gravísimo** implicará, además de la estimación de oficio, la no convalidabilidad y la imprescriptibilidad del remedio (aquello que es más obvio). Y será merecedor de una respuesta apropiada, o sea la **respuesta más gravosa** entre aquellas que figuran en el repertorio de los instrumentos legales: **la nulidad absoluta**. El vicio leve implicará la sanción ligera: la provisionalidad, la removilidad de los efectos jurídicos del acto» (énfasis agregado) (como se citó en: Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, págs. 523-524).

En esa misma línea, el profesor Giovanni Batista Ferri indica que:

“(...) la **nulidad** como sanción busca salvaguardar los **principios y los valores sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico estatal y la sociedad en que se expresa (...)**. Por el contrario, a través de la sanción de la anulabilidad, vienen evidenciadas (y, consecuentemente, se da la posibilidad de sancionar) los desequilibrios que son determinados entre los intereses de los privados (...)” (énfasis agregado) (como se citó en: Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 533).

Del mismo modo, el profesor Roppo señala que:

“La anulabilidad se desencadena en casos en los cuales el normal desarrollo de la autonomía privada es perturbado por factores internos a la esfera de conciencia y voluntad de la parte protegida: el remedio salvaguarda las condiciones subjetivas para el correcto y razonable ejercicio de la autonomía privada. En cambio, **las nulidades estructurales** salvaguardan las condiciones objetivas de un determinado ejercicio, o bien reaccionan contra factores de perturbación, externos a esa esfera: existe en la base de estas un **excedente de interés general**, o una superior evidencia del **interés general**, a que los efectos del contrato no tengan curso” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, págs. 693-694).

Finalmente, en ese mismo sentido, el profesor Rómulo Morales señala que: “la **nulidad** depende de la violación de una norma que protege un **interés general** y la **anulabilidad** depende de la violación de una norma que protege un **interés individual** de la parte” (énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 539).

Un aspecto a tener en cuenta y que se relaciona con lo citado es que, en el ámbito de la autonomía privada, son las partes las que están en mejor posición de autorregular sus propios intereses. Son ellas las que establecerán qué es lo que mejor les conviene de acuerdo a sus necesidades. Ellos pueden pactar lo que más se les acomode siempre que dichos acuerdos no vayan en contra del orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas.

Entonces, si la regla es la autorregulación privada y la excepción la imperatividad, es claro que esta última solo debe operar y debe imponerse sobre los contenidos contractuales cuando los mismos transgredan intereses que ya no solo interesen a las partes, sino que **van más allá de su esfera privada**. Entonces, la razón de ser de las normas imperativas es justamente la protección de solamente **intereses colectivos o generales, siempre**. Es por ello que su contravención es una causal que genera la nulidad del acto que lo vulnera.

En esa línea, el profesor Roppo indica que: “las normas imperativas a las que se refiere el art. 1343 son aquellas que prohíben directa y específicamente lo que el contrato desea realizar, **en nombre de intereses públicos o generales dominantes**, que el contrato pondría en riesgo”

(énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 376)⁹⁷. Siendo ello así, es posible concluir que las normas imperativas, al tener como *ratio* la regulación de intereses colectivos que subyacen en los principios, reglas y valores básicos sobre los cuales se edifica el ordenamiento, entonces **se deben sustentar -siempre- en el mismo orden público y en las buenas costumbres.**

Y es que, como se verá más adelante, dichas categorías (orden público y buenas costumbres) son justamente el conjunto de principios, reglas y valores fundamentales -de interés general- que están en la base del ordenamiento. Si esto es así, existe una **equivalencia** entonces entre las normas imperativas y dichos pilares del sistema jurídico, pues estas son su *ratio*.

Quizá pueda decirse que es posible que exista una norma imperativa que, si bien tutele intereses colectivos o sociales fundamentales, no sea, a su vez, de orden público o no pertenezca al ámbito de las buenas costumbres. Sin embargo, hasta ahora no hemos podido encontrar o siquiera imaginar un caso en el que una norma imperativa tutele un interés público o esencial pero que no sea de orden público. Es muy difícil encontrar un supuesto normativo de ese tipo.

Y es que, si el orden público justamente se encuentra compuesto por esos intereses generales básicos, no es posible desligarlos y encontrarlos separados en una norma. Sería incongruente concluir pues que una norma imperativa que tutela intereses fundamentales o generales -que es su esencia o *ratio*- no sea de orden público y viceversa: que una norma imperativa que sea de orden público no tutele o proteja reglas o principios básicos⁹⁸.

Otro aspecto a tener en cuenta y que ayuda a reforzar lo hasta aquí expuesto es el siguiente:

⁹⁷ El artículo 1343 del *Codice* establece lo siguiente: “*la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres*”.

⁹⁸ Precisamos que con lo que hemos planteado no pretendemos imponer una definición absoluta de lo que constituye la esencia de una norma imperativa. Enfatizamos que no hemos podido encontrar una norma imperativa que tutele intereses generales que se sustenten en principios o valores básicos y que no sea de orden público. Y es que por lo general -por no decir casi siempre- si hay un interés colectivo de por medio, entonces estará también de por medio el orden público o las buenas costumbres.

En caso se logre encontrar una norma que regule un interés fundamental pero que no encaje en uno de los principios o reglas sobre los que se construye el orden público o las buenas costumbres -hipótesis que, repetimos, es casi imposible-, entonces se podrá concluir que no toda norma imperativa es necesariamente de orden público o pertenece al ámbito de las buenas costumbres. Los invitamos pues a la búsqueda y al análisis de ese tipo de hipótesis normativas en nuestro ordenamiento, el cual requerirá, sin duda, de un prolijo análisis para separar o desligar a un interés colectivo -que se sustente en una regla o principio básico imperante en un momento determinado- del orden público o de las buenas costumbres.

“Las **normas imperativas** tienen la **ventaja de la precisión**: identifican **puntualmente** el comportamiento o el resultado que desean prohibir, y así hacen más fácil y cierta su represión. Sin embargo, tiene el correlativo **defecto de la rigidez**: particularmente porque describen supuestos de hecho precisos, **no están en grado de describir todos los supuestos de hecho que merecen ser afectados por desaprobación social**.

La fantasía, la productividad, la capacidad de previsión y adecuación del legislador son **limitadas**. **Él no está en grado de imaginar todos los comportamientos y resultados que deben ser prohibidos, y producir todas las normas imperativas necesarias**: también porque a las viejas jerarquías de intereses y valores la evolución social gradualmente sustituye jerarquías nuevas; mientras a los tradicionales instrumentos y a las experimentadas ocasiones de violación de los intereses y de los valores protegidos se vinculan instrumentos y ocasiones siempre nuevos e inesperados, en una dinámica que **el legislador no puede seguir en tiempo real**.

Auxilia la categoría del orden público, que permite afectar contratos socialmente dañosos o peligrosos, aunque no correspondientes a algún supuesto de hecho precisamente descrito por normas imperativas. Ninguna norma imperativa prohíbe los contratos que comprometen a casarse o no, o a casarse con una o cierta persona. Ni existe una norma imperativa que prohíba los contratos de seguro contra riesgo de sufrir condenas penales. Pero tales contratos pueden ser declarados ilícitos por contrariedad a un principio de orden público: en el primer caso al principio de libertad de las elecciones matrimoniales; que sería violado por hacerlo materia de compromisos contractuales; en el segundo al principio de efectividad de la disuasión penal, que sería resquebrajado si la condena por un delito diera al condenado el derecho contractual a la indemnización del seguro” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, págs. 377-378).

En esa misma línea, los profesores Laura Di Bona, Cristina de Cicco, Lanfranco Ferroni y Aquila Vilella han señalado que:

“De esta disposición [haciendo referencia al primer párrafo del artículo 1418 del *Codice* el cual señala que: “*el contrato es nulo cuando es contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga diversamente*”] se deduce la categoría conceptual de la denominada nulidad virtual: se le atribuye la **función (de cierre) de sancionar con nulidad las hipótesis en las cuales la norma imperativa no haya previsto expresamente las consecuencias de su violación**”

(énfasis agregado) (como se citó en: Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 522).

Con relación al orden público, esta puede ser definida como una serie de “**principios políticos, sociales, económicos** que están en la base del ordenamiento jurídico **en un determinado momento histórico**. No están necesariamente enunciados de manera **expresa**, y tanto menos explicitan la prohibición de los contratos que los contrastan (**porque en tal caso sería normas imperativas**)” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 378).

Como se observa, las normas imperativas son las que establecen **expresamente** y de forma detallada cuál es la conducta que se debe o no se debe realizar. Tienen la característica de la precisión legislativa. Sin embargo, como bien señala en el profesor Roppo, el legislador no está en posibilidad alguna de poder imaginar todas las hipótesis de pactos o acuerdos que vayan en contra de los intereses generales o sociales para poder sancionarlos con nulidad.

Es por ello que el orden público y las buenas costumbres **auxilian** ese defecto al ser categorías abiertas que **también** protegen esos intereses que se sustentan en valores generales y en base a las cuales se puede afectar contratos **socialmente dañosos**.

Nótese que el hecho de que el orden público y las buenas costumbres sean figuras que auxilian o apoyen a las normas imperativas implica entonces que todas ellas tienen una **misma finalidad o ratio de protección**: tutela de intereses generales o colectivos sustentados en principios o reglas fundamentales. Y es que no es posible que el defecto de no poder regular o cubrir normativamente todas las hipótesis de lesión de intereses generales, sea auxiliada o cubierta por principios o reglas que no tengan la misma *ratio* de protección. Si esto es así, queda confirmando una vez más entonces que las normas imperativas tienen como esencia al orden público y a las buenas costumbres. Esa es su verdadera *ratio*.

Siendo ello así, la preocupación que tenían los autores que sostenían que no toda norma imperativa es necesariamente de orden público y que, por tanto, en tales casos no habría sustento para declarar la nulidad del acto que lo vulnere dado que el artículo 219 no establece como causal de nulidad la contravención a normas imperativas (que no sean de orden público), no tendría mayor sustento.

En efecto, si hemos llegado a la conclusión de que las normas imperativas tienen como esencia a los principios, reglas o valores que conforman el orden público y/o las buenas costumbres, entonces el inciso 7 del artículo 219 -que hace referencia justamente al orden público y a las buenas costumbres- haría que desapareciera la “preocupación” generada en dichos autores pues el mismo sanciona con nulidad los actos contrarios a dichos pilares fundamentales del sistema jurídico, los cuales, en puridad, se asientan en las normas imperativas a las que hacen referencia los artículos 1354 y 1356 del Código Civil⁹⁹.

Lo que dichos autores buscaban encontrar -a como dé lugar- era una fórmula en virtud de la cual se sancione con nulidad los contratos que vulneren las normas “imperativas” que regulen un interés privado y no general. Esa era su preocupación. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que -como hemos mencionado- la contravención de un contrato a una supuesta norma “imperativa” que regula un interés, no colectivo, sino eminentemente privado, no genera la nulidad del mismo, pues dicha norma, en realidad -a pesar de que ordene o mande algo- en el sentido de que no regula o protege un interés social o general.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, debemos precisar entonces que cuando el legislador pretenda expedir una norma imperativa debe tener en cuenta algo que es **inherente** a ella: el supuesto de hecho que se regulará (conducta que se va a prohibir u ordenar) debe estar

⁹⁹ Habiendo llegado a este punto, debemos hacer una precisión. Como ya lo hemos señalado en el pie de página anterior, no pretendemos que nuestra definición de norma imperativa sea absoluta. El tema es que nos cuesta imaginar un supuesto en que se tutele un interés público o social que se sustente en valores o principios generales -que es la *ratio* de las normas imperativas- y que, a pesar de ello, ese supuesto no encaje en uno de los valores o principios que conforman el orden público y las buenas costumbres por no tener el grado suficiente de generalidad o fuerza social necesaria para llegar a ser de orden público.

En caso se logre advertir un supuesto de ese tipo, hemos señalado que entonces se podrá concluir que no toda norma imperativa es necesariamente de orden público. Ahora bien, si se llega a “encontrar” un supuesto así, no queremos dejar de mencionar que, igualmente en ese caso, podría “revivir” la preocupación de que el acto que contraviene a esas normas imperativas -que no sean de orden público y que serían a las que hacen mención los artículos 1354 y 1356 del Código Civil- no pueda ser sancionado con nulidad, dado que el artículo 219 no lo establece como una causal de ese tipo.

Sin embargo, aún en ese supuesto, creemos que el acto que vulnere a esas normas sí puede ser sancionado con nulidad. En efecto, si bien ya no podrá usarse como argumento el inciso 7 del artículo 219 dado que esas normas imperativas no serían de orden público, debe tenerse en cuenta que la norma imperativa que se haya encontrado deberá igualmente tener como *ratio* la protección de un interés público o general.

Si esto es así -y, de hecho, debe ser así, pues sino no se estaría ante una norma imperativa- entonces no debe perderse de vista que justamente **al proteger intereses sociales, se encuentra dentro de las causales de una nulidad**. Ya hemos señalado que **la nulidad absoluta tiene un sustento social mayor por cuanto lo que ella busca proteger son valores, reglas o principios generales**. En base a esto entonces es que se puede argumentar la nulidad de esos actos. Se estaría pues ante una verdadera causal de nulidad.

dirigido a proteger -siempre- un **interés colectivo, esto es, un interés que trascienda la esfera privada de las partes.**

Ahora, si bien ese aspecto debería ser tomado en cuenta siempre en la actividad legislativa, lo cierto es que ello no ocurre en muchos sistemas jurídicos y -lamentablemente- el nuestro no es la excepción. En efecto, existen casos en nuestro ordenamiento en los cuales el legislador omitió lo señalado y ha revestido de “imperatividad” a normas que en realidad no regulan intereses generales sino eminentemente **privados**, estableciendo de forma expresa la sanción de la nulidad en dichos supuestos.

Por ejemplo, el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil prohíbe de forma arbitraria el pacto de preferencia en el marco de un contrato de compraventa. Dicha disposición establece lo siguiente:

Artículo 1582.- *“Puede integrar la compraventa cualquier pacto lícito, con excepción de los siguientes, que son **nulos**:*

(...)

2.- El pacto de preferencia, en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo”.

Como se observa, dicha norma es “imperativa” en tanto que es clara en sancionar con nulidad el pacto de preferencia. Al respecto, nos preguntamos ¿cuál es el supuesto interés general o social que está de por medio para que se prohíba la celebración de dicho pacto? Creemos que ninguno. No existe ninguna justificación para sancionar con nulidad un pacto que es perfectamente razonable y que está dirigido a satisfacer intereses **privados** que no colisionan con valores, reglas o principios generales.

El pacto en realidad es tan eficiente y para nada perjudicial que la propia Ley General de Sociedades sí admite la posibilidad de que se establezca el derecho de adquisición preferente de acciones en algunos tipos de sociedades. Lamentablemente, el legislador civil no lo entendió así y sancionó con nulidad un acuerdo que no tiene el requisito esencial que todas las causales de nulidad ostentan: contravenir intereses generales que se sustenten en valores, reglas o principios básicos. Ahora bien, **el hecho de que existan normas “imperativas” en algunos ordenamientos que protejan intereses privados no implica que se desnaturalice la esencia de esta clase de**

normas. Ellas siempre deberán ser solo aquellas que tutelen intereses generales. Otro tema es que -de lege lata- no necesariamente sea así.

Dicha realidad nos lleva a concluir -forzosamente- lo siguiente: toda norma que se sustente en premisas de orden público es necesariamente imperativa por el hecho mismo de sustentarse en ella, pero no toda norma “imperativa” es necesariamente de orden público, prueba de ello es el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil que ya hemos analizado y que se entromete indebidamente en la libertad contractual de las partes.

Nótese que esta conclusión es extraída no del análisis que hemos desarrollado anteriormente -según la cual toda norma imperativa, siempre, deberá proteger a un interés social- sino a partir de las normas que actualmente conforman nuestro ordenamiento, algunas de las cuales, reiteramos, han sido revestidas de “imperatividad” cuando en realidad no lo merecen pues tutelan intereses privados.

Ahora, si bien en el caso de normas como el inciso 2 del artículo 1582 -que expresamente establece la sanción de la nulidad- parecería que todo está perdido y que las partes tendrían que -por ahora- respetar su contenido¹⁰⁰, existe aún una luz de esperanza para salvaguardar la verdadera esencia de las normas imperativas. Es el caso de las normas que parecería que son imperativas porque mandan o prohíben algo de forma contundente pero que en realidad no protegen intereses públicos o generales y en los cuales no se ha establecido expresamente la sanción de la nulidad. Nos explicamos.

Cuando se hayan dictado normas que mandan o prohíben una determinada conducta pero que no regulan intereses sociales o generales y en los cuales **no se ha establecido como sanción expresa a su contravención la nulidad**, existe la posibilidad de que a partir del análisis de la *ratio* de dichas normas se pueda sustentar que las mismas no son imperativas dado que -justamente- no protegen ningún interés general. Distinto son los casos en los cuales hay sanción de nulidad **expresa** y, por más que no se tutelen intereses generales, no se podrá dejar de lado la

¹⁰⁰ Señalamos que “parecería” que todo está perdido y no que “todo está perdido” por cuanto si bien cuando se desee celebrar una compraventa no podría celebrarse un pacto de preferencia -por ahora-, dicha restricción arbitraria podría quedar sin efecto a través de herramientas legales como sería, por ejemplo, el caso de un eventual control difuso que pueda realizar un juez o árbitro o de una demanda de inconstitucionalidad contra dicha norma por vulnerar arbitrariamente el contenido esencialmente protegido de un derecho fundamental como es la libertad contractual al imponerle una limitación irregular.

norma pues la sanción es **clara** y -mientras no se excluya (control difuso) o expulse (control concentrado) la norma del ordenamiento- no podrá ser omitida por las partes. En los otros casos sí se podría alegar la falta de imperatividad de la norma (de hecho, en estos casos -y esto ya es un tema de estrategia procesal- también se podría recurrir al control difuso y al contrato concentrado como instrumentos constitucionales para desplazar a la norma supuestamente imperativa, sobre la base de que ella -como hemos indicado- no tiene como *ratio* de protección intereses generales).

Sobre este punto es necesario tener en cuenta lo señalado por nuestra Corte Suprema en la sentencia que resolvió el Quinto Pleno Casatorio Civil. En ella se realizó un pequeño análisis sobre el caso de las normas “imperativas” que no se sustentan en premisas de orden público o buenas costumbres y en las cuales no se estableció expresamente la sanción de la nulidad a su contravención. En estos casos de “laguna” en los que no había sanción expresa, surgía la duda de cómo sancionar con nulidad los acuerdos que contravengan a ese tipo de normas.

Al respecto, la Corte señaló en su fundamento 160 lo siguiente:

“160. De esta manera, el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde **no se establecía la nulidad del negocio**, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque **en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalen taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual**”¹⁰¹ (énfasis agregado).

Sobre lo indicado por la Corte debemos precisar lo siguiente. Entendemos que cuando ella señala que será de aplicación a los supuestos en los que no se haya establecido la nulidad de modo expreso la categoría de la nulidad virtual o tácita, entonces está excluyendo de dicha hipótesis a las normas que mandan o prohíben algo y que se sustentan en premisas de orden público o de buenas costumbres. Y es que es obvio que las normas que tengan como sustento dichos pilares del sistema jurídico sí son imperativas y los actos que los vulneren son nulos por sanción **expresa**

¹⁰¹ Casación N° 3189-2012 - Lima Norte.

del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. **No creemos que la Corte haya querido afirmar una tautología.**

Debemos interpretar entonces que la Corte ha querido referirse en ese considerando al supuesto de las normas imperativas que **no son de orden público y en los cuales no se haya establecido la sanción de la nulidad de forma expresa.** En esos casos, el Tribunal supremo ha señalado que no existiría ninguna laguna normativa y que es de aplicación igualmente la sanción de la nulidad, toda vez que ellas formarían parte o estarían dentro del supuesto de la nulidad virtual, esto es, dentro de las categorías del orden público y las buenas costumbres.

Si esto es así, la Corte estaría tratando de dar una salida “práctica” a la duda que se había generado, pero extendiendo conceptos a categorías que no les corresponde. En efecto, si para la Corte toda norma “imperativa” que no establezca expresamente la sanción de la nulidad y que no se sustente en el orden público será considerada dentro de la nulidad virtual (esto es, justamente dentro del orden público o las buenas costumbres) entonces estaría **equiparando** todas las normas imperativas a dichos pilares fundamentales.

Si bien esa es la conclusión a la cual llegamos también nosotros -en el sentido de que toda norma imperativa **debe** sustentarse en el orden público-, la Corte llega a ella no a través del análisis que hemos detallado ya anteriormente, sino que -como hemos señalado- lo hace para dar una salida rápida a la duda que se había generado en torno a cómo sancionar con nulidad -a como dé lugar- a los actos jurídicos que contravengan a las normas que mandan o prohíben algo, pero que no son de orden público y que no sancionan expresamente su contravención con nulidad.

Se estaría extendiendo conceptos a categorías que no corresponden por cuanto -como ya lo hemos advertido- en nuestro ordenamiento existen normas imperativas que no necesariamente son de orden público en tanto que lo que protegen en realidad son intereses meramente privados. Sin embargo, a partir de lo señalado por la Corte se tendría que concluir que en caso esas normas no establezcan expresamente la sanción de la nulidad, entonces estaríamos igualmente dentro de la categoría del orden público, la cual **contendría a todas ellas independientemente si protegen intereses colectivos o no.**

Nosotros no compartimos el razonamiento de la Corte pues ya hemos señalado que solo son normas imperativas aquellas que regulen intereses generales. ¿Cómo aplicar entonces la

interpretación que realiza la Corte? En primer lugar, debemos señalar que la interpretación establecida por el Tribunal supremo **no forma parte de los precedentes vinculantes de su sentencia**. Ella es solo un argumento más que ha sido desarrollado dentro del acápite relacionado a la inexistencia negocial, por lo que, en estricto, dicha interpretación no es vinculante.

A pesar de ello, no podemos dejar de tener en cuenta lo establecido por el máximo tribunal de justicia de nuestra judicatura. Es por ello que es necesario darle sentido y dotar de contenido a lo establecido por ella. Creemos que lo establecido en dicha sentencia debe ser interpretada en el sentido de que las normas que manden o prohíban algo y que no establezcan expresamente la sanción de la nulidad, **solo estarán dentro de la categoría de la nulidad virtual (orden público y buenas costumbres) cuando su *ratio* esté dirigida a proteger intereses sociales que se sustenten en valores, reglas o principios fundamentales. En caso contrario, serán normas que, si bien mandan o prohíben una determinada conducta, no serán imperativas.**

No podemos apoyar una interpretación que sacrifique y extienda conceptos (normas que tutelan intereses privados) a categorías con las que no tienen nada que ver (orden público o buenas costumbres).

Habiendo aclarado ello, y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, veamos cuál es la supuesta norma imperativa que estaría contraviniendo el contrato de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo* (en adelante, el “contrato de cesión de crédito”), lo cual determinaría que dicho negocio sea nulo y, por tanto, sea ineficaz estructuralmente.

La supuesta norma vulnerada era el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677)¹⁰² la cual establecía que: “(...) *La cesión de derechos, ya sean en propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*”. Como se observa, la norma era clara al señalar que si hay un pacto de *non cedendo* entonces la cesión de crédito (sea en “propiedad” o en garantía) no puede efectuarse. En otras palabras, es una norma que prohibía toda cesión de crédito si es que el acreedor se obligó frente a su deudor a no transferir el mismo.

¹⁰² Dicha ley fue promulgada y entró en vigencia en el año 2006. Actualmente ha sido derogada íntegramente por el Decreto Legislativo N° 1400, el cual se ocupa de regular el nuevo régimen de garantía mobiliaria.

Ahora bien, cuando dicha norma entró en vigencia en el año 2006 surgió una polémica en torno a si el negocio de cesión de crédito antes señalado era nulo o si era simplemente ineficaz (pero no estructuralmente). Lo que ocurre es que antes de que dicha norma entre en vigencia, de una interpretación conjunta de los artículos 1210 y 1215 del Código Civil se podía concluir que el contrato de cesión de crédito no era nulo, sino, como se mencionó, solo ineficaz. Veamos qué es lo que establecen dichas disposiciones.

Como sabemos, el artículo 1210 regula la posibilidad de que el deudor y el acreedor acuerden un pacto de *non cedendo* y, además, establece que el cedido solo puede oponer dicho pacto al cesionario si este lo **conocía** al momento de la cesión, caso contrario, la adquisición del cesionario se mantenía, con lo cual el negocio de cesión era entonces **eficaz**. Por su parte, el artículo 1215 señala que: “*la cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que este la **acepta** o le es comunicada fehacientemente*”.

Si se lee atentamente este último artículo puede generarse cierta confusión dado que, como sabemos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1206, la cesión de crédito puede efectuarse incluso sin el asentimiento o en contra de la voluntad del deudor. Siendo ello así, nos preguntamos ¿a qué se refiere el artículo 1215 cuando señala que la cesión producirá efecto contra el deudor cedido cuando este la **acepta**? ¿No que no era necesario su asentimiento o aceptación?

Lo que ocurre es que la “aceptación” al cual hace referencia dicho artículo se aplica a un supuesto muy concreto: justamente al caso del pacto de *non cedendo*. Nos explicamos. Si un deudor y su acreedor celebran dicho pacto y, a pesar de ello este transfiere su crédito a un tercero (cesionario) que **conocía** o **podía conocer** el mismo, entonces en ese caso dicha cesión de crédito solo producirá efecto contra el deudor cedido -o sea que solo será eficaz respecto a él- cuando este lo haya **aceptado**¹⁰³.

En ese sentido, el profesor Luciano Barchi, citando al profesor Doménico Barbero, señala lo siguiente:

“El consentimiento o la aceptación del deudor cedido resultan necesarios, a nuestro juicio (...) en el caso que entre el “sujeto activo originario” y el “sujeto pasivo” exista un **pacto por el**

¹⁰³ Conforme se analizará en los apartados 3.1.2.2.1 y 3.1.2.2.2, dicha aceptación no es otra cosa que un acto jurídico unilateral de ratificación de un negocio ineficaz, en este caso, del contrato de cesión de crédito.

cual se prohíbe o restringe la cesión (pacto de *non cedendo*). Dicho acuerdo no impediría que, sin embargo, el “sujeto activo” ceda su crédito, lo que **no podría ser opuesto al “sujeto pasivo cedido”, salvo que este “acepte” la cesión** (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 231).

En ese mismo sentido, el profesor peruano señala que «cuando el pactum de non cedendo se configura como una prohibición de disponer¹⁰⁴, su **incumplimiento no genera la nulidad del contrato** traslativo sino solo su **ineficacia**, de tal manera que **la eficacia puede ser “recuperada”** si el deudor cedido **consiente o acepta** la cesión (**artículo 1215 del Código**)» (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 243).

Teniendo ello en cuenta, la cesión de crédito realizada a un cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo* no era nulo sino solo ineficaz. Sin embargo -como ya se mencionó- al entrar en vigencia en el año 2006 la Ley de Garantía Mobiliaria y, con él, el artículo 27 antes visto, se generaron algunas dudas respecto a la validez de dicho contrato. Y es que existía -supuestamente- una abierta contradicción entre lo dispuesto por dicho artículo 27 (nulidad) y lo establecido por los artículos 1210 y 1215 (ineficacia), al punto de señalarse que el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria había derogado **tácitamente** -en lo que corresponda- a dichos artículos del Código Civil, en atención a que era una norma posterior que debía primar sobre ellas¹⁰⁵.

Hasta acá el lector podría señalar que la discusión que hemos descrito entre la nulidad y la ineficacia no tendría ahora ningún sentido pues la supuesta norma que había derogado **tácitamente** -en lo que corresponda- a los artículos 1210 y 1215 del Código Civil, esto es, el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria, ya no está vigente, pues ella ha sido derogada en su totalidad por la nueva Ley de Garantía Mobiliaria (Decreto Legislativo N° 1400), con lo

¹⁰⁴ Anteriormente ya hemos señalado la diferencia que existe entre las prohibiciones de disponer y las obligaciones convencionales de no disponer (Ver la página 112 y siguientes del presente trabajo).

¹⁰⁵ Nótese que según lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil “*La derogación se produce por (...) incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior (...)*”. En este caso, incompatibilidad entre el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria y los artículos 1210 y 1215 del Código Civil.

cual, al ya no estar vigente la norma en base a la cual se sustentaba la tesis de la nulidad, entonces habría triunfado ya la tesis de la ineficacia (artículos 1210 y 1215 del Código).

Dicha argumentación, sin embargo, no es correcta. En efecto, creemos que existe otro argumento que -válidamente- podría revivir la discusión de nuevo: el artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece que: “(...) **por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado**”. Parafraseando y complementando dicha norma, se puede señalar que por la derogación de una ley (en este caso, de toda la antigua Ley de Garantía Mobiliaria, lo que incluye su artículo 27) no recobran vigencia las que ella hubiere derogado expresa o tácitamente (como sería el caso de los artículos 1210 y 1215 del Código Civil, en lo que corresponda).

Entonces la discusión no parece haber desaparecido. Regresando a dicho polémico debate, nosotros creemos que es posible ensayar algunos argumentos en base a los cuales se pueda concluir que el señalado artículo 27 no es una norma imperativa que sirva de sustento para sancionar con nulidad al contrato de cesión de crédito y que, muy por el contrario, se puede interpretar dicha norma de forma **conjunta** con los artículos 1210 y 1215 del Código Civil sin ningún problema. Siendo ello así, dicha norma, en realidad, nunca derogó tácitamente a los artículos 1210 y 1215, por lo que -afortunadamente- la tesis de la ineficacia que ellas establecen es la que aún se mantiene. Veamos cuáles son dichos argumentos.

El primero argumento implica partir nuevamente de la definición de una norma imperativa. Ya hemos analizado lo que en realidad constituyen este tipo de normas y concluimos que las mismas tienen como finalidad -o *ratio*- la protección o tutela de **intereses generales** que se sustentan en **valores, reglas o principios básicos** y que, por tanto, trascienden la esfera personal de los sujetos.

Así, si el grado de relevancia de los intereses que la norma busca proteger no tiene una **trascendencia social suficiente**, sino que, en realidad, se trata de **intereses disponibles** por las partes, no estaremos entonces ante una verdadera norma imperativa y, por tanto, su contravención no generará nulidad. En esa línea, el profesor Guillermo Lohmann señala que: “(...) si la norma imperativa está dictada para tutelar un **interés privado, no puede ni debe invocarse para declarar la nulidad (absoluta)**” (énfasis agregado) (Lohmann Luca De Tena, 1994, págs. 543-544).

En ese sentido, resulta ilustrativo también lo señalado por la profesora Zusman quien indica lo siguiente:

“(…) un acto jurídico que contradice una norma imperativa no puede ser otra cosa que nulo. Ahora bien, si bien es cierto que la solución precedente es del todo lógica, no es menos cierto que la circunstancia de que mucha de la producción legal sea actualmente **obra de técnicos no profesionales en Derecho**, obliga a replantear la cuestión. En efecto, estos redactores, al desconocer el tratamiento doctrinario de los efectos de las normas jurídicas según sus distintas cualidades, **suelen abusar de la redacción imperativa para imponer requisitos secundarios que, de haber sido contrastados con la posible nulidad del acto, habrían sido excluidos de tal posibilidad.**

(…)

Es por ello que **es lícito al intérprete, trascender el texto supuestamente imperativo de la norma y situarlo en su real contexto de regla que impone exigencias secundarias que, si bien obligan, su incumplimiento no tiene por qué justificar la nulidad del acto**” (énfasis agregado) (Zusman Tinman, Teoría de la invalidez y la ineficacia, 1993, págs. 164-165).

Es muy cierto lo advertido por la profesora Zusman cuando señala que el legislador dota de imperatividad a normas que en realidad no lo son, imponiendo requisitos secundarios en base a los cuales se obliga o se prohíbe una determinada conducta. Como se ha analizado anteriormente, el requisito fundamental que no puede faltar en una norma imperativa es pues la protección de intereses colectivos. Si la norma tiene esa finalidad, entonces el legislador no habrá cometido un abuso legislativo y habrá expedido una verdadera norma imperativa.

Siendo ello así, lo primero que se debe realizar -como indica la profesora Zusman- es trascender el texto supuestamente imperativo y -como bien señala el profesor Lohmann- analizar cuál es el presunto **interés general** que ella busca tutelar. En nuestro caso, realicemos ese ejercicio analizando el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria (en adelante, simplemente, “el artículo 27 de la ley”). Para ello, veamos qué es lo que establece dicha disposición normativa. Textualmente indica que: “(…) *la cesión de derechos, ya sean propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*”. Nos preguntamos, dicha norma ¿protege intereses de gran magnitud o de una relevancia social que trasciendan el interés individual de las propias partes y que, por tanto, no puedan ser disponibles por ellas? Creemos que no.

En efecto, no encontramos un interés superior que se encuentre ínsito en dicha norma. Tal vez cuando dicha disposición señala que no será legalmente posible la cesión de crédito cuando haya un pacto de *non cedendo* de por medio -lo cual equivale a prohibir que se celebre dicho contrato- podría pensarse que el supuesto interés general que ella busca proteger es el del *pacta sunt servanda*, es decir, que los contratos en tanto que atan, ligan o vinculan a las partes, son obligatorios para ellas, lo cual implica que deben ser debidamente cumplidas de acuerdo a lo que hayan establecido en su reglamento contractual y, en el caso del pacto de *non cedendo*, no sería legalmente posible que se transfiera el crédito porque el acreedor ya se había obligado a no hacerlo. Si lo transfiere estaría incurriendo en un incumplimiento, y ello es justamente lo que el artículo 27 de la ley buscaría evitar.

Si bien el *pacta sunt servanda* es un principio que es sumamente importante en el ámbito de los contratos creemos que ella, en realidad, no forma parte de un interés general o superior que trascienda a la esfera de los sujetos. Para demostrar ello es necesario responder a la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que en el fondo busca tutelar el *pacta sunt servanda* y, por tanto, el artículo 27 de la ley? la respuesta puede ser obtenida a partir de lo señalado por el maestro Manuel de la Puente quien -comentando los alcances del artículo 1361 del Código Civil¹⁰⁶- señala que cuando se habla de contrato obligatorio debe entenderse a este como:

“(...) generador de un **efecto obligatorio (atadura)**. (...) Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el **cumplimiento** de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la **fuerza que obliga a tal cumplimiento** (no se trata propiamente, pues, de la obligatoriedad del contrato, sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él)” (énfasis agregado) (De La Puente y La Valle, 2011, págs. 312-313).

A partir de lo expuesto podemos concluir que, en el fondo, el principal efecto o el fin del *pacta sunt servanda* es la **satisfacción del crédito**. En efecto, cuando se dice que los contratos son obligatorios y generan un vínculo que determina que las obligaciones que hayan pactado las partes deban cumplirse sí o sí y que ninguna de ellas puede rehusarse a su cumplimiento, lo que se busca evitar es -en el fondo- que el crédito del acreedor sea lesionado. Y si lo que se busca

¹⁰⁶ Artículo 1361.- “*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”. Como se observa, la primera parte de dicho artículo regula el aforismo *pacta sunt servanda* (lo pactado -los contratos- son obligatorios o deben cumplirse).

proteger es el crédito del acreedor evitando que el deudor incumpla sus obligaciones entonces a lo que se apunta es a lograr la satisfacción del **interés** del mismo. Y es que cuando el deudor ejecuta la prestación a la cual se obligó, entonces está realizando el interés del acreedor que es lo que finalmente él buscó satisfacer desde un inicio. Por eso es que celebró un contrato y se vinculó a través de él¹⁰⁷.

Ahora bien, quien es portador de dicho interés -en este caso el acreedor- es el **único** quien puede **decidir** en función a él (esto es, a su **interés**) si, luego de celebrado el contrato y ante la verificación de un incumplimiento: **(i)** intima en mora o no a su deudor, **(ii)** si le otorga un plazo de gracia o no, **(iii)** si solicita la ejecución forzada de la obligación, **(iv)** si resuelva la relación jurídica creada por el contrato, **(v)** si solicita un resarcimiento por los daños que se le haya podido ocasionar, **(vi)** si le condona la deuda, etc. **No hay un interés general que se deba proteger ante un incumplimiento, pues, como hemos visto, es el acreedor quien decidirá qué es lo que mejor le convenga de acuerdo a su interés.**

Nótese que con lo señalado no pretendemos rebajar o minimizar la relevancia que tiene el *pacta sunt servanda* pues, como hemos señalado, el cumplimiento de los contratos es fundamental para el desarrollo económico. Tan importante es ello que el Estado -a través de instituciones como el Poder Judicial o la PNP- no puede negarse a otorgar protección al acreedor que **decide** solicitar la ejecución forzada de la obligación (por ejemplo, la entrega de una casa o de un bien mueble), o que **prefiere** solicitar un resarcimiento del deudor que incumplió o que **opte** por cualquiera de las opciones antes enumeradas, pero siempre en base a su propio **interés**. Entonces, nuevamente nos preguntamos ¿hay un interés colectivo o general que se busque proteger frente a un incumplimiento cuando es el propio acreedor quien mejor puede decidir qué hacer o qué no? la respuesta es que no lo hay.

Teniendo ello en cuenta, el contrato de cesión de crédito no sería nulo, pues el artículo 27 de la ley -al cual supuestamente se vulneraría con su celebración- no ostenta la calidad de imperativa, en tanto que tienen como *ratio* de protección un interés que en realidad es eminentemente privado y no general.

¹⁰⁷ Como se recordará, todo derecho subjetivo -como el crédito- no es sino un **instrumento** que se traduce en la **facultad de obrar** que tiene un sujeto sobre un determinado objeto **para satisfacer su interés**. (Véase el apartado 2.1.1 del presente trabajo en el cual desarrollamos la noción del derecho subjetivo y su contenido).

En ese sentido, resulta ilustrativo tener en cuenta lo señalado por el profesor Roppo quien indica lo siguiente:

“En cambio, el contrato es simplemente irregular, y **no nulo**, cuando viola ciertamente la norma, y, sin embargo, **no son propiamente sus efectos los que lesionan el interés protegido** por esta: de allí que la destrucción de los efectos contractuales sería **remedio excedente** respecto a la exigencia de restablecer el **interés lesionado**, a lo que proveen mejor **otros remedios**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 688).

Parafraseando lo señalado por el profesor italiano, podemos decir que, en este caso, el contrato de cesión de crédito vulneraría ciertamente el artículo 27 de la ley, el cual establece que: “*no es legamente posible*” la cesión cuando ella se ha prohibido. Sin embargo, no son sus efectos los que en estricto lesionan definitivamente el interés protegido -en este caso, el interés del acreedor del pacto- pues es él quien ante el incumplimiento **decidirá** qué hacer o qué no hacer en función a su interés. En ese sentido, la destrucción de los efectos contractuales a través de la nulidad sería un remedio excesivo para reestablecer el interés lesionado. Sería mejor la utilización de otros remedios o soluciones.

¿Qué “remedio” es el más adecuado entonces? si como ya hemos mencionado, dependerá del acreedor en función a su interés qué acciones iniciar frente al incumplimiento, entonces hace bien el Código Civil en dejar en potestad de este el elegir entre aceptar la cesión realizada (artículo 1215) o entre oponer el pacto de *non cedendo* (artículo 1210, ineficacia de la cesión) al cesionario que adquirió el crédito sabiendo o pudiendo conocer que había un pacto de *non cedendo* de por medio. Por lo demás, como se verá más adelante, la cesión de crédito así efectuada tiene un defecto en la legitimidad, lo cual acarrea no la nulidad del negocio sino solo su ineficacia en sentido estricto.

Sobre la base de haber aclarado que el artículo 27 de la ley no es una norma imperativa, veamos en qué consiste el segundo argumento. Creemos que es factible interpretar armónicamente los artículos 1210 y 1215 del Código Civil con el artículo 27 de la ley. Y es que, antes de inclinarse por una posición que concluya por derogar algunas normas porque colisiona con otra que es posterior, debe buscarse una interpretación que permita que todas ellas se **complementen**.

Así, cuando el acreedor y el deudor celebran un pacto de *non cedendo* la regla debería ser que el mismo debe ser cumplido y que, en ese sentido, el acreedor no debería ceder su crédito a ningún tercero. En estricto, eso es a lo que apuntan las partes pues por ello acordaron dicho pacto. Justamente esta regla ha sido recogida por el artículo 27 de la ley cuando señala que: “(...) *la cesión de derechos, ya sean propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*”.

Es claro que, en principio, no sería “legalmente” posible que el acreedor transfiera su crédito pues se obligó a no hacerlo. Pero también es claro que -en principio- no sería “legalmente” posible que, en general, **ningún** deudor incumpla su obligación. Lo señalado por el artículo 27 de la ley dispone algo que en realidad es un tanto **obvio en todos los contratos**: no sería “legal” o “lícito” que un deudor incumpla.

Y hacemos la precisión de que: “en principio” no sería legalmente posible ello, dado que, en caso ocurriera un supuesto de incumplimiento, como ya lo hemos señalado anteriormente, el acreedor es quien **decidirá**, de acuerdo a su **interés**, qué acciones realizará. En ese sentido, la “ilicitud” o “ilegalidad” del comportamiento del deudor al incumplir su obligación puede ser desplazada por el acreedor cuando este tolera, dispensa o consiente dicha conducta por muchos motivos, pudiendo incluso condonar al deudor su obligación y, por tanto, este podría, por ejemplo, hacer o seguir haciendo algo que se había obligado antes a no hacer.

Teniendo ello en cuenta, el artículo 27 de la ley puede ser leído como una disposición que contiene la regla de que el acreedor no puede ceder su crédito pues se obligó a no hacerlo (como el hecho de que cualquier deudor debe cumplir su obligación). Sin embargo, el artículo 1215 del Código Civil admite la posibilidad de que, a pesar de que no se cumpla con ello, el propio acreedor del pacto (el cedido) sea quien manifieste su intención de tolerar o **aceptar** la cesión. Por su parte, el artículo 1210 otorga la posibilidad de que el acreedor -si así lo cree conveniente en función a su interés- no acepte la cesión, sino que **oponga** el pacto de *non cedendo* (ineficacia) al cesionario¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Habiendo llegado a este punto, y antes de continuar con el análisis del artículo 27 de la ley, debemos hacer una pequeña precisión. Es claro que cuando el pacto de *non cedendo* se celebró para restringir la transferencia de la titularidad, entonces el hecho de que el acreedor haya finalmente transferido su crédito y el deudor haya aceptado la cesión, implica que el pacto se extinguió, toda vez que si el acreedor transfirió su crédito ya no existe la obligación de que no transfiera algo que finalmente ha cedido. En ese caso la cláusula queda sin efecto alguno.

Otro argumento a partir del cual se puede concluir que el artículo 27 de la ley no tiene ninguna posibilidad de incidir o afectar la validez del contrato de cesión de crédito, lo podemos extraer de modo analógico del análisis realizado por el profesor Martín Mejorada sobre el artículo 315 del Código Civil¹⁰⁹. El profesor peruano examina si la compraventa realizada por un solo cónyuge de un bien que pertenece a la sociedad de gananciales del cual forma parte es nulo o no por contravenir dicho artículo. Al respecto señala lo siguiente:

“El contrato celebrado por una persona que es casada y se presenta como soltera celebrando un acto jurídico de disposición a favor de un adquirente, es en mi opinión un **contrato válido**. El artículo 315 del Código Civil señala -es verdad- que para disponer de los bienes de la sociedad de gananciales es necesario que intervengan ambos cónyuges. Esta norma, que es una norma de orden público, es una norma imperativa, intenta proteger los bienes de la sociedad de gananciales para que ellos no salgan del patrimonio de la sociedad a menos que intervengan ambos cónyuges.

Pero si se aprecia con cuidado esta norma, es una que se refiere **ESTRICTAMENTE AL ACTO DE DISPOSICIÓN Y NO AL CONTRATO A TRAVÉS DEL CUAL SE PRETENDE EL ACTO DE DISPOSICIÓN. HAY QUE DISTINGUIR ENTRE EL CONTRATO Y EL ACTO TRASLATIVO QUE EMANA DE ÉL**. El contrato puede ser perfectamente válido, pero obviamente su **consecuencia**, su ejecución de **producir la**

Sin embargo, el caso es distinto cuando lo que se haya restringido no sea la posibilidad de transferir la titularidad del crédito, sino la de otorgar el mismo en garantía. En efecto, imaginemos que “A” y “B” acuerdan que este último (acreedor) no podrá dar en garantía su crédito. Ocurre que “B” finalmente da en garantía su crédito a “C” y, al amparo del artículo 1215 del Código Civil, “A” decide aceptar ese otorgamiento de garantía.

En este caso, ¿puede señalarse que quedó sin efecto el pacto de restricción por el cual el acreedor se obligó a no otorgar su crédito en garantía como en el caso anterior y, en consecuencia, ahora podría seguir dando en garantía su crédito a otros acreedores más? Creemos que no. La aceptación de “A” fue realizada solo respecto de la constitución en garantía celebrada entre “B” y “C”. Para ese negocio de cesión en concreto. Dicha aceptación no puede ser extendida a contratos de garantía posteriores, pues ello implicaría equiparar la aceptación a un acuerdo de mutuo disenso por el cual se deja sin efecto la cláusula de no otorgamiento de garantía de forma definitiva.

Equiparar esa aceptación para ese caso concreto a un mutuo disenso es a todas luces un error. En ese sentido, si “B” -quien aún sigue siendo titular del crédito- decide otorgar el mismo en garantía a “D” y a “E” y estos conocían o podían conocer la cláusula de restricción, entonces dichos negocios serán ineficaces y “A” podrá -si así lo estima pertinente de acuerdo a su interés- aceptar o consentir dichos contratos de garantía o no.

¹⁰⁹ Artículo 315.- “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales”.

transferencia del derecho a favor de un adquirente, requerirá que se cumpla de algunos **presupuestos** como los que señala en este caso el artículo 315 que es la intervención de ambos cónyuges. Es decir ¿puede un cónyuge casado que se presente como soltero celebrar el acto de compraventa a favor de un comprador y generar a partir de esta celebración un acto **válido**? En mi opinión la respuesta es que **sí**. Sin embargo, la **disposición** del derecho, es decir, la **transferencia efectiva** de la propiedad no se producirá en la medida que no intervengan ambos cónyuges. (...)

En consecuencia, el contrato celebrado por la persona que está casada pero que se presenta como soltera da lugar a un **acto válido pero ineficaz**, no produce la consecuencia traslativa mientras no intervenga el otro cónyuge, pero el acto no está viciado, sino que simplemente no produce efectos. Se diría que esta conclusión es en la práctica igual o equivalente a la nulidad pues lo cierto es que el comprador no adquiere la propiedad. No es así, porque si el acto es ineficaz, pero es válido, **puede sin embargo lograr su propósito** a través de eventos que **convaliden** o que completen la voluntad ausente del cónyuge que no participó. **Podría el cónyuge que no intervino en el acto hacerlo posteriormente y lograr que este efecto se produzca**. O de plano, el vendedor desleal casado que se presentó como soltero lograr de algún modo que la transferencia de propiedad se dé celebrando un nuevo acto en el que los dos intervengan esta vez, o de cualquier otro modo” (énfasis agregado)¹¹⁰.

Realicemos un análisis paralelo y analógico entre lo examinado por el profesor Mejorada sobre el artículo 315 del Código Civil y su incidencia en la validez de los contratos de disposición celebrados por un solo cónyuge sobre un bien social y el artículo 27 de la ley y su incidencia en la validez del contrato de cesión de crédito.

El profesor peruano comienza su explicación afirmando que el artículo 315 es una norma de orden público (imperativa) en tanto que lo que busca es proteger a los bienes sociales de tal manera que estos no salgan del patrimonio social sin el consentimiento de ambos cónyuges. Al respecto, nos preguntamos ¿el artículo 27 de la ley es una norma de orden público y, por tanto, imperativa? la respuesta es que no.

¹¹⁰ El extracto corresponde a una entrevista realizada por la revista Themis al profesor Martin Mejorada acerca del Octavo Pleno Casatorio Civil. Véase: (Mejorada Chauca, VIII Pleno Casatorio Civil y la protección a terceros, 2016) Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=sEKkQE2TQ5s>

Ya hemos desarrollado anteriormente los argumentos que nos llevan a concluir ello. Hasta acá podría decirse que es innecesario seguir analizando lo señalado por el profesor peruano porque si el artículo 27 de la ley no es una norma imperativa es claro entonces que el contrato de cesión de crédito que supuestamente lo vulneraría, no es inválido. Sin embargo, resulta interesante el análisis que realiza el señalado profesor sobre la redacción del artículo 315, análisis que de algún modo puede aplicarse también al artículo 27 de la ley.

El artículo 315 comienza señalando que: “*para **disponer** de los bienes sociales o gravarlos, **se requiere** la intervención del marido y la mujer. Empero cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad, si tiene poder especial del otro. (...)*”. Sobre dicha norma, el profesor Mejorada señala que:

“Si se aprecia con cuidado esta norma, es una que se refiere **estrictamente al acto de disposición y no al contrato a través del cual se pretende el acto de disposición. Hay que distinguir entre el contrato y el acto traslativo que emana de él.** El contrato puede ser perfectamente válido, pero obviamente su **consecuencia**, su ejecución de **producir la transferencia del derecho** a favor de un adquirente, requerirá que se cumpla de algunos **presupuestos** como los que señala en este caso el artículo 315 que es la intervención de ambos cónyuges” (énfasis agregado) (Mejorada Chauca, VIII Pleno Casatorio Civil y la protección a terceros, 2016).

Como se observa, es interesante lo señalado por el profesor peruano en el sentido de que debe distinguirse entre el contrato o título (estructura del negocio) y el acto traslativo que emanaría de él (eficacia de dicho contrato o título). Es decir, una cosa es el acto mismo de disposición -que se identifica o equivale a la eficacia- y otro el contrato por el cual se busca o pretende tal eficacia. Y, como el artículo 315 hace referencia clara a la disposición (eficacia), pues ella señala que: “*para **disponer** de los bienes sociales o gravarlos (...)*”, entonces el profesor Mejorada concluye que dicha norma se refiere no al contrato en sí mismo (aspecto estructural) sino al efecto traslativo de él o, en otras palabras, a la eficacia de dicho negocio.

Es por ello que advierte que solo habría un defecto en la eficacia y que dicha anomalía podría ser “subsana” (recuperación de la eficacia o plenitud del efecto traslativo) con el requisito o supuesto que el propio artículo 315 establece: la intervención de ambos cónyuges. En ese sentido, agrega que el contrato podría lograr su propósito (efecto traslativo), cuando el

cónyuge que no intervino lo hace posteriormente manifestando su asentimiento al negocio celebrado por su cónyuge con el adquirente.

Al respecto, nos preguntamos ¿puede realizarse el mismo análisis y llegar a la misma conclusión antes expuesta en el caso del artículo 27 de la ley? Creemos que sí. Para ello veamos nuevamente qué es lo que establece dicho artículo: “(...) la *cesión de derechos, ya sean propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*”. Nótese que el artículo hace referencia clara también al **acto de cesión**, o, en otras palabras, al **acto de disposición** del crédito. Al igual que en el caso del artículo 315, entonces en este caso también sería posible **distinguir entre el contrato o título (estructura del negocio) y el efecto traslativo que emana de él (eficacia del negocio)**.

En ese sentido -e incluso bajo la negada hipótesis de que el artículo 27 de la ley sea catalogada como una norma imperativa-, lo cierto es que el contrato de cesión de crédito adolecería -en principio- solo de un defecto de eficacia, pero de ningún modo de validez, pues dicha norma, como se señaló, hace referencia o regula solo el **aspecto traslativo (eficacia)**. Ahora bien, hacemos la precisión de que: “en principio” habría una anomalía solo en la eficacia en tanto que, como ya hemos advertido anteriormente, la cesión de crédito **será de todas maneras eficaz** -a pesar de que haya un pacto de *non cedendo* de por medio- cuando el tercero cesionario no haya conocido o no haya podido conocer dicho pacto (**buena fe**) y cuando haya adquirido el crédito a **título oneroso**¹¹¹.

Ahora bien, el profesor Mejorada señala que la eficacia del contrato de disposición del bien social puede ser lograda con el cumplimiento del presupuesto o requisito que el propio artículo 315 establece, esto es, con la intervención de ambos cónyuges. Al respecto, nos preguntamos ¿cuál sería el requisito que se necesitaría para que el contrato de cesión de crédito logre ser finalmente eficaz?

El artículo 27 de la ley señala que no es posible la cesión “*si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*”, con lo cual podría señalarse que el único requisito necesario

¹¹¹ El profesor Mejorada también concluye en la entrevista antes señalada que, en el caso de la venta de un bien social por un solo cónyuge, dicho contrato será eficaz en la medida de que el tercero adquirente haya desconocido o no haya podido conocer la condición de casado de su transferente (buena fe) y cuando haya adquirido el bien a título oneroso.

para que el contrato sea eficaz es que no se haya prohibido la cesión. Sin embargo, es claro que, si no hay restricción en la transferencia, entonces la cesión del crédito será obviamente válida y eficaz sin ningún problema. Ese no es el requisito que se necesita.

Tratándose pues de una patología en el acto traslativo, en el caso de la venta de un bien social por un solo cónyuge, la eficacia podía ser recuperada con la intervención del cónyuge que no participó en ella dando su asentimiento (ratificación) al contrato celebrado por su otro cónyuge. En el caso de la cesión de crédito, la eficacia podría ser recuperada a través del asentimiento de - en este caso- el deudor cedido (que viene a ser el acreedor del pacto de *non cedendo*). Es el quien está en potestad de, si así lo cree conveniente, dar eficacia al negocio. Dicha potestad se encuentra establecida en el artículo 1215 del Código Civil, el cual establece que el deudor cedido podrá **aceptar** (ratificar) la cesión efectuada.

Nótese que el análisis expuesto nos lleva a concluir, nuevamente, que es posible realizar una interpretación complementaria entre el artículo 27 de la ley y el artículo 1215 del Código Civil. En efecto, según la primera norma, la cesión de crédito no es posible si está prohibida (ineficacia del negocio); sin embargo, según la segunda norma, la eficacia puede ser recobrada si el deudor cedido ratifica (acepta) la cesión. **Una frena el efecto traslativo y la otra permite que el cedido pise el acelerador si, en función a su interés, cree que es conveniente avanzar.**

En conclusión, independientemente de que el artículo 27 sea o no una norma imperativa (aunque ya hemos demostrado que no lo es y aun cuando se pretenda darle tal calidad), su contenido no incide en el ámbito estructural del título o contrato de cesión a través del cual se pretende la eficacia, sino que regula solo este último efecto: el traslativo del crédito. No hay, por tanto, ningún vicio de validez¹¹².

¹¹² Somos conscientes de que el argumento esbozado por el profesor Mejorada de separar el contrato o título y el efecto traslativo (eficacia) que se pretende que emane de él a partir del modo en cómo está redactada la norma es interesante, pero también no está exenta de posibles críticas. En efecto, podría señalarse que el hecho de que el artículo 315 comience indicando que: “*para disponer de los bienes sociales (...)*” no implica en lo absoluto que el legislador haya querido referirse solo a la eficacia, sino también al contrato mismo y, por tanto, un “error” de redacción no podría ser aprovechado para ensayar un argumento efectista.

Sin embargo, podría señalarse también que en realidad no se trata de aprovechar un “error” de redacción, sino que lo que se está haciendo es interpretar la norma a partir de sus mismas palabras y el modo en cómo está redactada, lo cual no es otra cosa que una interpretación literal o gramatical y, como bien sabemos, aplicar dicho método hermenéutico es perfectamente válido. En ese sentido, distinta sería la interpretación del artículo 315 si ella en lugar de señalar: “*para disponer de los bienes sociales (...)*”, dijera: “*el contrato por el cual se dispone o grava un bien social requiere la intervención del marido y la mujer*” o, en el caso del artículo 27 de la ley, distinta sería también la interpretación

Por lo demás, creemos que el hecho de que la nueva ley que regula el actual régimen de garantía mobiliaria haya derogado en su integridad a la antigua ley y no haya reproducido en el nuevo texto legislativo una norma igual o similar al derogado artículo 27, revela que es posible que el legislador haya “advertido” que la prohibición que establecía dicha disposición generaba solo confusiones innecesarias, dada la existencia del artículo 1215 del Código Civil que ya permitía -acertadamente- que el cedido pueda aceptar la cesión.

Habiendo concluido entonces que el contrato cesión de crédito no es nulo por la vulneración de una supuesta norma imperativa, analicemos la siguiente causal por la cual, “razonablemente”, se podría invocar la nulidad de dicho negocio.

3.1.2.1.2 La supuesta nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible

Como bien sabemos, el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo “cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable”. Con relación al contrato de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía -o podía conocer- el pacto de *non cedendo*, podría alegarse que el mismo es nulo toda vez que no sería jurídicamente posible que el cedente transfiera su crédito (que vendría a ser el objeto del negocio) cuando el mismo se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, no sería jurídicamente posible también que el cesionario adquiera dicho crédito cuando sabía -o podía saber- que su transferente se había obligado a no cederlo. Esta argumentación, como veremos, no es correcta. Para demostrar ello, es necesario analizar qué es el objeto del acto jurídico y cuándo estamos ante un supuesto de imposibilidad jurídica del mismo.

si ella en lugar de señalar: “la *cesión de derechos (...)* no es legalmente posible (...)” dijera: “el *contrato por el cual se dispone en propiedad o en garantía un crédito no es legalmente posible (...)*”.

Ahora bien, puede alegarse que la interpretación teleológica es la que debe primar sobre la gramatical y, por tanto, podría señalarse nuevamente que la finalidad o *ratio* de la norma no era limitarse a regular la eficacia del contrato sino también al contrato en sí mismo. Como se mencionó, son argumentos que pueden sustentarse válidamente. Tal vez uno con más sustento que otro. En lo que respecta a nosotros, el análisis realizado por el profesor Mejorada sobre artículo 315 de Código Civil nos parece interesante y válido, es por ello que hemos extendido dicho análisis al caso del artículo 27 de la ley.

Por lo demás, la interpretación gramatical realizada por el profesor peruano va en la línea de lo establecido por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la venta de un bien social por un solo cónyuge es ineficaz por haber un defecto en la legitimidad. Esta es la tesis a la cual nos adherimos tanto en el caso de la venta del bien social antes señalado como en el caso del contrato de cesión de crédito, pues, como veremos más adelante, en realidad dicho negocio de cesión no tiene un defecto de validez, sino que lo que se encuentra de por medio es un tema de legitimidad para contratar.

Sobre el objeto del acto jurídico se ha dicho que el mismo “es tanto la **situación jurídica** (posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico), la **relación jurídica** (vinculación entre dos o más situaciones jurídicas) o **el bien** (realidad del mundo exterior, material o inmaterial, sobre la cual recae el poder de los sujetos de derecho) materia de la relación jurídica” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 79).

También se ha señalado lo siguiente:

“A nuestro entender, y en la medida en que la prestación consiste en una conducta que una de las partes se compromete a realizar frente a la otra, no hay ningún obstáculo de orden conceptual para establecer que **el objeto del contrato o del acto jurídico es la prestación debida, pues entendida esta como un comportamiento, deberá concurrir para la validez del supuesto de hecho**, el mismo que una vez debidamente formado con la concurrencia de todos sus elementos, dará lugar al nacimiento de determinadas obligaciones, cuyo objeto serán también las conductas a que quedan obligadas las partes, esto es, el cumplimiento de las prestaciones debidas” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Nulidad del Acto Jurídico, 2013, pág. 146).

Asimismo, se ha dicho sobre el objeto del negocio jurídico que el mismo es “aquello, de **entidad material o no**, que satisface el propósito práctico que, como resultado, fue la razón por la cual se celebró el negocio” (énfasis agregado) (Lohmann Luca De Tena, 1994, pág. 79). En ese mismo sentido, se afirma lo siguiente:

“El objeto del **negocio jurídico y del contrato** es el **bien o utilidad** en el sentido que es cualquier **entidad material o ideal jurídicamente relevante con contenido económico**. Así, la causa será el interés concreto o la necesidad concreta de un bien determinado. Por eso el ordenamiento tutela intereses en relación a **bienes idóneos** que logren satisfacerlos” (énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 387).

Como se observa, la definición del objeto del negocio jurídico no es unívoca. Algunos autores tienen una visión amplia del mismo, pues entienden que dicha categoría puede ser entendida como la relación jurídica, la situación jurídica o el bien materia de dicha relación. Otros tienen una visión un poco más reducida, pues indican que el objeto del acto jurídico es solo la prestación o el bien material o inmaterial que satisface el interés.

Nosotros creemos que al momento de esbozar una definición sobre el objeto del negocio jurídico se debe tener en cuenta un aspecto central: el acto jurídico no se limita solo al contrato. No debe perderse de vista que el acto jurídico puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Si bien el contrato es el acto jurídico patrimonial por excelencia, existen otros actos jurídicos patrimoniales, como sería el caso de la promesa unilateral o el testamento. Del mismo modo, existen actos jurídicos extrapatrimoniales como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo y otros más.

Entonces, al momento de ensayar una definición sobre el objeto del acto o negocio jurídico, se debe tener en cuenta todas dichas figuras y no limitarse solo al contrato y a su contenido. Incluso, si solo se pretende esbozar una definición del objeto del contrato, debe tenerse en cuenta que el mismo no se limita solo a crear obligaciones por lo que no debería reducirse todo a la prestación.

Teniendo ello en cuenta, y antes de postular una definición sobre el objeto del acto jurídico, es pertinente realizar primero una aproximación sobre ella desde el punto de vista gramatical. Así, por el término objeto puede entenderse dos cosas: **(i)** finalidad u objetivo que se desea alcanzar o **(ii)** entidad sobre la cual recae algo. Creemos que el objeto del negocio jurídico puede ser entendido en ambos sentidos, esto es, como una finalidad a la cual apuntan los sujetos de derecho (luego veremos cuál es esa finalidad u objetivo) y/o como una entidad sobre la cual dichos sujetos de derecho pueden ejercer determinados derechos (luego veremos también cuál es esa “entidad”).

A partir de lo expuesto, somos de la idea que es factible sostener que el objeto del negocio jurídico puede ser tanto la **relación jurídica** que surge como consecuencia de las declaraciones de voluntad, la o las **situaciones jurídicas subjetivas** que pueden originarse a partir de una declaración o de una relación jurídica, el **bien** materia de dicha relación jurídica o la **prestación**.

Con relación a la relación jurídica y a las situaciones jurídicas, es claro que cuando uno o más sujetos de derecho manifiestan su voluntad con vocación de vincularse, lo que desean es instaurar entre ellos una relación que esté dotada de juridicidad. Si bien es cierto que ellos mismos no sabrán con exactitud qué tipo de acto jurídico estarán celebrando, lo cierto es que sí tienen la intención de introducirse en la realidad jurídica y despegar del ordinario ámbito de las relaciones meramente sociales.

Por lo menos deben ser conscientes y querer ello, esto es, vincularse jurídicamente, pues si las declaraciones de voluntad se han realizado con un simple ánimo de broma, de cortesía, a modo de ilustraciones o, en otras palabras, sin tener la intención de configurar una relación del tipo jurídica entonces estaremos ante supuestos de actos jurídicos inexistentes.

En este caso, el objeto del acto jurídico es entendido, como se habrá podido advertir, como una **finalidad**: el objetivo de los sujetos de derecho al declarar su voluntad es pues crear -modificar o extinguir- una **relación jurídica**, la cual, como sabemos, puede ser patrimonial o extrapatrimonial y está compuesta por distintas **situaciones jurídicas subjetivas**. A mayor abundamiento, el propio artículo 140 del Código Civil señala que: “*el acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas*”¹¹³.

Respecto a la prestación como objeto del acto jurídico, ella puede ser entendida ahora en el sentido de una **entidad**. Como sabemos, la prestación es el objeto de la obligación, la cual a su vez forma parte de una relación obligatoria. En este caso, el objeto del negocio jurídico que dio lugar a dicha relación podrá ser el bien o derecho que se pretende transferir (dar), el comportamiento que se debe realizar (hacer) o la conducta que no se debe desplegar (no hacer). La prestación es pues el objeto (“entidad”) de la relación obligatoria.

Finalmente, respecto al bien como objeto del acto jurídico, es claro que ella es entendida en el sentido de una **entidad**. Se puede señalar que, si ya se ha tomado como una de las acepciones del objeto del acto jurídico a la prestación, no tendría sentido añadir al bien como otra acepción de ella, en tanto que existe la prestación de dar, la cual implica la transferencia de justamente un bien o derecho.

Si bien esto último es cierto, la razón por la cual adicionamos al bien como otro de los sentidos del objeto del negocio jurídico es porque que existen actos jurídicos patrimoniales en los cuales no se encuentran de por medio una prestación (entendida como una conducta que debe

¹¹³ En sede nacional, además del profesor Juan Espinoza, quienes también admiten que en nuestro Código Civil el objeto del acto jurídico es la relación jurídica son los profesores Fernando Vidal Ramírez y Aníbal Torres Vásquez. Véase: (Vidal Ramírez, 1999, pág. 121) y (Torres Vásquez, 1998, pág. 136).

desplegar el deudor) sino, simplemente, un bien, como sería el caso, por ejemplo, del acto jurídico testamentario o del contrato de cesión de crédito.

Creemos que optar por una definición del objeto del negocio jurídico que incluya a la relación jurídica, a la situación jurídica, al bien y a la prestación¹¹⁴, permite englobar a todas las categorías de los actos o negocios jurídicos antes señalados (patrimoniales y extrapatrimoniales).

En efecto, respecto a actos jurídicos extrapatrimoniales como el matrimonio, el objeto de dicho negocio jurídico será instaurar la relación jurídica matrimonial. Dicha relación, a su vez, da lugar también al nacimiento de situaciones jurídicas subjetivas como son los deberes del lecho, habitación y otros más propios del marido y de la mujer. En este caso podemos observar al objeto del acto jurídico (matrimonio) como una finalidad. En efecto, lo que pretenden tanto el marido y la mujer al declarar cada uno su voluntad es revestir de juridicidad el vínculo que los une. En este caso el objeto del acto jurídico no es entendido entonces como una entidad sobre la cual recae algo.

Con relación a los actos jurídicos patrimoniales, el objeto de los mismos puede ser entendido como una finalidad y también como una entidad. Por ejemplo, en el caso del testamento, el autor del mismo manifiesta su voluntad con la intención -jurídica- de disponer de su patrimonio entre sus herederos y eventualmente a algún legatario. Ello da lugar no a una relación jurídica entre él y sus herederos o legatarios, sino al surgimiento de nuevas situaciones jurídicas subjetivas: la de herederos testamentarios (ya no bajo sucesión intestada) y la del legatario.

Es cierto que puede que el testador no sea consciente de que con su declaración originará las futuras situaciones jurídicas subjetivas denominadas heredero a título testamentario y legatario, pero lo importante es que tenga la intención o la finalidad de revestir de juridicidad a su declaración. Es la situación jurídica que surge de su declaración la que será calificada a efectos de verificar la validez del acto (esto implica, como se verá más adelante, analizar la posibilidad jurídica de que nazca dicha situación jurídica).

El objeto del acto jurídico testamentario también puede ser entendido como una entidad. En este caso, el objeto estará constituido por los bienes que son materia de disposición por el

¹¹⁴ Como se puede advertir, la definición que planteamos sobre el objeto del negocio jurídico es similar a la del profesor Juan Espinoza, con la única diferencia de que añadimos a la prestación.

testador. Ellos son los que finalmente son objeto de disposición por él y los que posteriormente serán de titularidad de los herederos y legatarios. Es sobre dichos bienes que se analizará su posibilidad física, jurídica y su determinabilidad, conforme veremos más adelante.

En el caso de los contratos -que es el acto jurídico que nos interesa- el objeto de dicho negocio jurídico puede ser entendido también como una finalidad y como una entidad. En efecto, respecto a lo primero, cuando un sujeto necesita que otro realice a su nombre algunos contratos como ventas o alquileres sobre sus bienes a cambio de un pago, y otro se ofrece a realizar tal encargo, buscarán entablar una relación que los vincule -jurídicamente- a partir de la cual puedan satisfacer sus intereses. Ese negocio será un mandato. Es muy probable que ni siquiera las propias partes sepan que lo que están celebrando es un contrato denominado mandato, pero lo importante es la finalidad que tienen: a partir de sus -serias- declaraciones buscan crear una relación -jurídica- que los vincule.

El objeto del acto jurídico en el ámbito de los contratos también puede ser entendido como una entidad. Esta posibilidad se da cuando el contrato crea una obligación a partir de la cual el deudor se obliga a ejecutar una determinada prestación a favor del acreedor. El bien o derecho que se debe transferir, la conducta que se debe realizar o la que se debe omitir son las “entidades” que constituyen el objeto del acto jurídico contractual. En el caso del mandato el objeto puede ser entendido también como la prestación que debe realizar el mandatario (vender o alquilar los bienes del mandante que es un hacer) así como la contraprestación que debe realizar este último (el pago por los servicios del mandatario).

Finalmente, un aspecto muy importante a tener en cuenta es que el contrato no se limita a crear obligaciones. En efecto, no todos los contratos necesariamente van a tener como contenido una prestación, entendida esta como una conducta que el deudor debe realizar para poder satisfacer el interés del acreedor. Esto implica que en algunos contratos no se podrá encontrar una conducta (literalmente hablando) que implique un dar, un hacer o un no hacer. Sería el caso, por ejemplo, de un contrato de cesión de crédito, de cesión de posición contractual o de venta inmobiliaria.

En esos casos, la transferencia de las titularidades (crédito en el caso de la cesión de créditos y créditos, débitos y otras situaciones jurídicas en el caso de la cesión de posición contractual y solo la propiedad en el caso de la venta, pues el pago del precio sí implica un dar), operan por la sola celebración del contrato que tiene función traslativa y no por una conducta del

deudor de la titularidad que implique -literalmente- la entrega de cada una de esas titularidades. En estos casos no hay pues una prestación (“entidad”) que pueda ser calificada como el objeto del acto jurídico.

Si bien ello es cierto, como ya se habrá podido advertir, el objeto de dichos contratos de cesión y de venta estaría constituido entonces por la relación jurídica que pretenden constituir las partes, pero también por el bien que es materia de la transferencia, esto es, por el crédito, el débito, las otras situaciones jurídicas subjetivas y por la propiedad sobre el bien inmueble que se transfiere.

Ahora bien, existen contratos en cuales no solo no estarán de por medio prestaciones (conductas) ni tampoco bienes. Es el caso del contrato de opción en sí mismo considerado ¿cuál es la conducta que debe realizar el sujeto pasivo (predisponente) para satisfacer el interés del sujeto activo (optante)? ninguna ¿cuál es el bien que es materia de transferencia en dicho contrato? ninguno (salvo el caso en el cual el optante pague al predisponente una suma de dinero -prima- por el costo de oportunidad que este asume en el sentido de que se encuentra en sujeción y se encuentra a la espera de la decisión del optante).

A pesar de lo expuesto ¿puede dudarse de que la opción sea un contrato? es claro que no. ¿Cuál es el objeto de dicho acto jurídico entonces? en ese caso el objeto deberá ser entendido como una finalidad: la relación jurídica que ambas partes han pretendido crear en función a sus intereses y las situaciones jurídicas que a partir de ella surgen: derecho potestativo (optante) y estado de sujeción (predisponente).

Como se observa, un aspecto común a todos los actos jurídicos es que en cualquiera de ellos (sean patrimoniales o extrapatrimoniales) el objeto estará constituido por la relación jurídica que se desea crear, regular, modificar o extinguir y/o por la situación jurídica que surja como consecuencia de la declaración de voluntad. Este es un aspecto transversal a todos los negocios jurídicos en los cuales el objeto es concebido como una finalidad. En otros actos jurídicos, además, pueden estar presentes también la prestación o el bien. En estos casos el objeto del acto jurídico es concebido como una entidad.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, para que el objeto del acto jurídico sea válido se requiere que el mismo sea física y jurídicamente

posible y que sea determinable. Conjugemos estos requisitos que la norma establece con la definición que hemos establecido sobre el objeto.

Es claro que solo se puede hablar de **posibilidad física** en el caso de la prestación y de los bienes materiales (cosas). Es posible analizar la posibilidad física o aptitud para realizar algo de acuerdo a las leyes de la técnica y la naturaleza en el marco de dar un bien material (entregar), de un hacer (desplegar una conducta) o un no hacer (omitir una conducta). Así, por ejemplo, no es físicamente posible obligarse a entregar un dinosaurio o hacer un edificio de 4 pisos en dos días. El aspecto físico está presente solo entonces en la prestación y en lo bienes materiales. No se puede decir lo mismo, sin embargo, respecto de las otras acepciones del objeto del negocio jurídico. En efecto, es claro que no es factible analizar la posibilidad física de una relación jurídica o de una situación jurídica, pues ambas son categorías eminentemente jurídicas en las que no intervienen las leyes de la naturaleza o de la técnica¹¹⁵.

Respecto a la **posibilidad jurídica**, es claro que esta puede ser analizada tanto en el caso de la relación jurídica como en el de la situación jurídica, pues ambas son construcciones jurídicas que deben cumplir ciertos requisitos mínimos que el sistema jurídico establece para ser tales. ¿Cuándo estamos ante un supuesto de imposibilidad jurídica de una relación o situación que se predicen como “jurídicas”? Siguiendo al profesor Roppo, cuando dicha relación o situación creada por las partes es contraria a las normas imperativas (que establecen determinados requisitos), al orden público o las buenas costumbres (Roppo, 2009, pág. 327)¹¹⁶.

¹¹⁵ Al respecto, el profesor Juan Espinoza señala lo siguiente: “primero se debe interpretar que la relación jurídica o situación jurídica que se pretenda crear (regular, modificar o extinguir) del acto jurídico, sean factibles **de acuerdo a las leyes de la naturaleza**, así como permitidas por el ordenamiento jurídico” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 76). Entendemos que cuando el profesor san marquino hace referencia a las “leyes de la naturaleza” no se refiere en estricto a un análisis de la posibilidad física de la relación o la situación jurídica, sino de los bienes que subyacen en las mismas.

¹¹⁶ Cabe precisar que el profesor italiano llega a dicha conclusión analizando al objeto ilícito y no al jurídicamente imposible. Si bien indica que entre ambas existe una distinción muy sutil de orden teórico, lo cierto es que la consecuencia práctica en ambos casos es la misma: la nulidad. Por nuestra parte nosotros creemos que la diferencia sutil entre lo ilícito y lo jurídicamente imposible puede consistir en lo siguiente: lo ilícito se asocia a normas de carácter prohibitivo. Así, un acto o algo es ilícito cuando **se realiza la conducta que estaba prohibida** (esto determina o supone también la imposibilidad jurídica de ese acto). En cambio, la imposibilidad jurídica se asocia al **incumplimiento de ciertos requisitos necesarios** que finalmente no se llegan a cumplir. En estos casos podrá hablarse de imposibilidad jurídica pero no de ilicitud. Teniendo ello en cuenta, puede concluirse que todo lo ilícito es jurídicamente imposible pero no toda imposibilidad jurídica supone ilicitud. En ambos casos, sin embargo, como ya se mencionó, el acto será nulo.

A partir de lo señalado por el profesor italiano se puede concluir que cuando se esté ante un objeto jurídicamente imposible no solo es posible alegar esta causal para solicitar la nulidad del acto, sino también se podrá invocar la nulidad por contravención al orden público, a las buenas costumbres y/o a las normas imperativas, pues la

Así, por ejemplo, no es jurídicamente posible constituir una hipoteca (relación jurídica de garantía) sobre un bien mueble o disponer vía testamentaria de un bien que se encuentra fuera de la legítima y destinarlo a un perro, lo cual supondría que dicho animal sea titular de una situación jurídica subjetiva: la de legatario. Del mismo modo, no es jurídicamente posible que dos personas pretendan contraer matrimonio (relación jurídica extrapatrimonial) cuando una de ellas ya está casada.

Con relación al bien y a la prestación, creemos que también es posible analizar la posibilidad jurídica en cada una de ellas. En efecto, es factible analizar la juridicidad del derecho o del bien (material o inmaterial) que se debe entregar o transferir (dar), de la conducta que se debe realizar (hacer) o de la conducta que se debe omitir (no hacer). Así, por ejemplo, no es jurídicamente posible obligarse a hurtar o contaminar el ambiente (hacer) o que un policía se obligue a no dar auxilio o seguridad a los que lo necesitan (no hacer)¹¹⁷. Respecto a lo bienes, debe tenerse en cuenta que la noción o definición de dicha categoría en el marco de las relaciones económicas-contractuales es una de naturaleza jurídica y no social. Eso implica que haya supuestos de bienes, como se verá en breve, que no estén dotados de juridicidad, lo cual supone estar ante un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto.

Finalmente, respecto a la **determinabilidad**, creemos que es posible que ella sea analizada solo respecto del bien y de la prestación. En efecto, si se trata de la entrega o transferencia de un bien o derecho (dar), este debe ser determinado o por lo menos se debe indicar los criterios mínimos para que pueda ser identificado, por ejemplo, deberá indicarse el género al cual pertenece, el peso, medida, talla, etc. El mismo análisis puede realizarse respecto a una conducta que se debe realizar (hacer) o de una conducta que se debe omitir (no hacer). Así, por ejemplo, si no se indica el terreno en el cual se construirá una piscina, los perímetros del mismo, la

imposibilidad jurídica del objeto se configura justamente cuando se ha contravenido a una de esas categorías básicas del sistema jurídico.

¹¹⁷ Si bien en estos ejemplos es posible alegar la nulidad de dichos negocios jurídicos por contravenir el orden público o -eventualmente- por causa ilícita, es factible también enfocar la nulidad desde la óptica del objeto en tanto que dichas conductas en sí mismas (prestaciones de hacer y de no hacer) riñen con el sistema jurídico, lo cual implica que no sean jurídicamente posibles. Y es que, como se mencionó anteriormente, la imposibilidad jurídica del objeto implica la contravención de normas imperativas, del orden público y/o de las buenas costumbres.

profundidad que se desea o por lo menos no se señala criterios mínimos para poder descifrarlos, entonces se estará ante un objeto indeterminado¹¹⁸.

Habiendo delimitado el concepto del objeto del negocio jurídico y los requisitos que este debe cumplir según el Código Civil, veamos ahora la hipótesis que nos ocupa: la supuesta imposibilidad jurídica del objeto del negocio de cesión de crédito. Hemos señalado que el hecho de que el cesionario haya adquirido el crédito del cedente a sabiendas de que había un pacto de *non cedendo* no determina que estemos ante un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto de dicha cesión. Para demostrar ello, como es lógico, es necesario saber primero cuál es el objeto de dicho negocio jurídico.

Según lo expuesto anteriormente, **el objeto del contrato de cesión** no es otro que la **relación jurídica creada por el cedente y el cesionario** (objeto como finalidad), **el crédito - bien- que es materia de disposición** (objeto como entidad) y, de ser el caso, **el bien** (objeto también como entidad) que haga las veces de la **contraprestación** pagada por el cesionario al cedente a cambio del crédito que adquiere (dinero, por ejemplo). Analicemos ambas acepciones.

Respecto al objeto del negocio como relación jurídica, podría señalarse que la relación jurídica de cesión crediticia creada por las partes es nula toda vez que no sería jurídicamente posible que el cedente transfiera su crédito cuando el mismo se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, no sería jurídicamente posible también que el cesionario adquiriera dicho crédito cuando sabía o podía saber que su transferente se había obligado a no cederlo. Esto, sin embargo, no es correcto.

Como ya hemos mencionado, la imposibilidad jurídica del objeto del negocio entendido como relación jurídica supone que dicha relación creada por las partes no cumpla con los requisitos básicos que el ordenamiento establece en determinadas normas imperativas, cuando contravenga el orden público o las buenas costumbres.

¹¹⁸ Aprovechamos esta oportunidad para señalar que nosotros creemos que la indeterminabilidad del objeto del negocio no debería ser tratado como una causal de invalidez del mismo, sino como un supuesto de inexistencia. En efecto, si se está ante un objeto indeterminado, entonces es claro que el mismo, sencillamente, no existe.

No sería coherente señalar que el objeto existe pero que el acto es inválido porque dicho objeto -que “existiría”- es indeterminado. La indeterminabilidad de un objeto supone su no existencia. Por ejemplo, si “A” se obliga a vender a “B” papas ¿Cuál es el objeto de esa venta? ¿Qué tipos de papas deberá entregar? ¿Qué cantidad? ¿De qué calidad? En ese contrato no hay objeto o, lo que es lo mismo, el objeto es indeterminado.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que **no existe ninguna norma imperativa** que prohíba al cedente que se obligó a no ceder su crédito a que este finalmente lo transfiera y, en caso de hacerlo, el negocio por el cual cedió el mismo sea nulo. Ya hemos analizado que el artículo 27 de la antigua Ley de Garantía Mobiliaria que supuestamente era la norma imperativa bajo la cual se podía solicitar la nulidad del negocio de cesión en realidad no es una norma imperativa.

Y es que, como bien se advertido antes, el hecho de que finalmente el cedente transfiera su crédito a pesar de que se había obligado a no hacerlo, no implica que el negocio sea nulo, sino que simplemente se está ante un supuesto de incumplimiento bajo el cual será el acreedor -en este caso el cedido- quien sabrá qué acciones iniciar frente a ello. Será él quien **-en función a su interés-** determine si resuelve el negocio, si solicita un resarcimiento, si tolera el incumplimiento, etc. Tanto es así que el Código Civil lo faculta a que, **a su elección**, en caso el cesionario haya adquirido el crédito a sabiendas del pacto de *non cedendo* (mala fe) o a título gratuito, pueda oponer dicho pacto al cesionario o pueda aceptar el negocio de cesión.

En efecto, el artículo 1210 del Código Civil señala que él podrá oponer el pacto al cesionario que contrató conociendo el mismo (oponibilidad) y el artículo 1215 establece que podrá aceptar el contrato (ratificación). Dependerá del acreedor entonces qué hacer frente al incumplimiento.

Respecto a la contravención del contrato de cesión crediticia al orden público y a las buenas costumbres, nos remitimos al apartado siguiente en cual analizaremos la posibilidad de alegar la nulidad del contrato de cesión por una supuesta contravención al orden público y a las buenas costumbres. A modo de adelanto, debemos señalar que el hecho de que el objeto de dicho contrato entendido como finalidad (relación jurídica) sea imposible jurídicamente, dependerá de si la causa de dicho negocio es ilícita o no.

Finalmente, respecto al bien que es materia del negocio de cesión, esto es, el crédito, no existe tampoco ningún supuesto de imposibilidad jurídica que determine que el negocio sea nulo. Como ya hemos mencionado, la noción o definición de bien en el marco de las relaciones contractuales es una de naturaleza jurídica. Eso determina que haya algunos bienes que no estén dotados de juridicidad por no cumplir los requisitos propios de un bien en el sentido jurídico de la palabra. La falta de cumplimiento de dichos requisitos determinaría entonces la nulidad del negocio por estar ante un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto.

Veamos primero entonces qué es un bien y cuáles son sus requisitos desde la óptica jurídica para luego determinar si el crédito -como objeto del negocio de cesión- cumple o no dichas condiciones.

Un bien es aquella entidad material o inmaterial que tiene la aptitud de satisfacer un interés digno de tutela. Ahora bien, un aspecto importante a efectos de catalogar a un bien en el sentido jurídico de la palabra es que esta sea **susceptible de libre transmisión en el comercio por cuanto la ley no lo prohíbe**. Esto implica que el ordenamiento no lo haya excluido del tráfico patrimonial. Esta exclusión ocurre debido a que se pretende **salvaguardar valores, reglas o principios que apuntan a la protección de intereses generales o sociales** (de ahí que, como ya lo mencionamos antes, la imposibilidad jurídica del objeto implica la vulneración de normas imperativas, del orden público y/o de las buenas costumbres).

Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de los objetos que forman parte del patrimonio cultural, de los bienes públicos de dominio público, de animales que se encuentren en veda como sería el caso -en algunas ocasiones- de los camarones o de algunos otros bienes que, por razón de su peligrosidad, se encuentran prohibidos como sería el caso de la cocaína.

Entonces, **si la propia ley deja fuera del comercio a determinados bienes, es claro que ellos no pueden ser, jurídicamente, objetos de ningún negocio jurídico y en caso se pretendiera ello, dicho negocio sería nulo por imposibilidad jurídica del objeto**. Siendo ello así, nos preguntamos ¿el crédito es un bien que ha sido excluido por el ordenamiento del tráfico comercial en razón de salvaguardar algún principio, valor o interés público? es claro que no.

Muy por el contrario, muchas normas como el Código Civil y la Ley de Garantía Mobiliaria permiten que ella sea susceptible de transmisión y de ser otorgada en garantía respectivamente, lo cual demuestra que es un bien en todo el sentido jurídico de la palabra y que, por tanto, puede ser objeto de negocios jurídicos como el de una cesión o de una garantía. Ahora bien, es claro que cuando haya una patología en el bien por no estar dotado de juridicidad, habrá también un vicio en la relación jurídica misma que tiene por objeto dicho bien. Esto determina que el negocio sea nulo por imposibilidad jurídica del objeto, entendida esta como una entidad (bien) y como una finalidad (relación jurídica).

Habiendo concluido entonces que el contrato cesión de crédito no es nulo por imposibilidad jurídica de su objeto, analicemos la siguiente causal por la cual, “razonablemente”, se podría invocar la nulidad de dicho negocio.

3.1.2.1.3 La supuesta nulidad por la vulneración del orden público y las buenas costumbres

Como bien sabemos, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que: “*es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres*”. Con relación al contrato de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo*, podría alegarse que el mismo es nulo por vulnerar a ambas categorías fundamentales en atención a lo siguiente:

Desde la óptica del deudor se podría alegar que no es “ético” o “moralmente correcto” que el cedente haya transferido su crédito cuando se había obligado a no hacerlo. Del mismo modo, por el lado del cesionario se diría que no es “ético” o “moralmente correcto” que este haya contribuido con su conducta negocial a que el cedente haya incurrido en incumplimiento al adquirir su crédito sabiendo que él se había comprometido a no cederlo, con lo cual, se afirmaría, se estaría vulnerando el principio del *neminem laedere* o el deber general de no perjudicar esferas jurídicas ajenas como sería el caso del cedido. Se diría que dicho principio forma parte del orden público por lo que su inobservancia a través de la celebración del contrato de cesión genera la nulidad del mismo.

Esta argumentación, como veremos, no es del todo correcta. Para demostrar ello, es necesario analizar primero qué es el orden público y las buenas costumbres.

Respecto al orden público se ha señalado que el mismo es un “conjunto de **principios fundamentales** y de **interés general** (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos (...)” (énfasis agregado) (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, 1979, pág. 480).

En ese sentido, se ha indicado que el orden público está constituido por una “serie de **principios políticos, sociales, económicos** que están en la **base del ordenamiento jurídico** en

un **determinado momento histórico**. No están necesariamente enunciados de manera expresa, y tanto menos explicitan la prohibición de los contratos que los contrasten (porque en tal caso serían normas imperativas)” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 378).

En esa misma línea, se entiende por orden público al “conjunto en **principios de diversa naturaleza** (económicos, sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el **pilar fundamental** de la estructura y funcionamiento de la sociedad” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 523). Nótese que: “el concepto de orden público se modifica continuamente en la medida que evoluciona la sociedad” (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 527).

Como se observa, el orden público está compuesto por un conjunto de principios sociales, económicos, políticos, éticos y otros más los cuales constituyen los pilares fundamentales y base del sistema jurídico. Un aspecto muy importante a tener en cuenta y que no debe perderse de vista es que dichos **principios y valores fundamentales** que conforman el orden público son de **interés general**, es decir, buscan tutelar o proteger **intereses públicos** (de orden político, social, económico, ético, etc.) que **van más allá de la esfera personal de los sujetos**.

Con relación a las buenas costumbres, ella está conformado por los “**principios éticos** compartidos por **gran parte del cuerpo social** en un **determinado momento histórico**, de modo que un acto contrario a ellas sería percibido por la **mayoría** de los asociados como **inmoral o vergonzoso**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 380). En ese sentido, se ha dicho que: “las buenas costumbres constituyen la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral dentro de un contexto social determinado” (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 530).

Cabe precisar que: “como las costumbres **cambian de una época a otra, y de un lugar a otro**, puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país y no en otro. Por tanto, **el concepto de negocio inmoral es eminentemente relativo**” (énfasis agregado) (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, 1979, pág. 481).

Ahora bien, “la calificación del pacto, para decidir si se conforma o no a las buenas costumbres, corresponde al juez. Pero su apreciación no puede ser la propia, subjetiva, personalísima; pues ello conduciría a soluciones arbitrarias. El juez tiene que hacer una compulsión serena de los **sentimientos o ideas generales dominantes** para inspirarse en el **criterio general de hombre de bien**. No puede primar su opinión propia, que podría pecar por original, extravagante, ora excesivamente intemperante, rigurosa, ora excesivamente tolerante y liberal. La apreciación tiene que hacerse con **carácter social**, de acuerdo al **standard general** de manera de comportarse de las gentes de buena conducta de una colectividad” (énfasis agregado) (León Barandiarán, 1991, págs. 43-44).

Como se puede observar, las buenas costumbres son los principios o reglas de carácter ético compartidos por una generalidad de personas en un momento y lugar determinado y que es relativo en el sentido de que puede variar lo que hoy se entiende por éticamente correcto. Al igual que el orden público, dichas reglas o principios éticos son de **interés general**, pues es el **standard social** o la **colectividad** la que rechaza o reprueba las conductas que las contraviene. Va más allá de la esfera privada de las partes.

Un aspecto que se habrá podido advertir al observar la definición del orden público y las buenas costumbres es que esta última, en realidad, forma parte de ella. En efecto, si el orden público es el conjunto de principios de diversa índole -entre los cuales se encuentra el de carácter ético- y además dichas reglas buscan tutelar intereses generales o sociales y que pueden cambiar de un lugar o a otro o de un tiempo a otro, es claro entonces que las buenas costumbres es solo un componente más del orden público.

En sentido, se ha dicho lo siguiente:

“Si se entiende al orden público como un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, **es forzoso llegar a la conclusión de que la relación entre ambos es de género a especie y no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden público, por cuanto las primeras están subsumidas en el último**” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 532). Así, “(...) bastaría con la fórmula que: “es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público”

(Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 533).

Teniendo en claro qué es el orden público y las buenas costumbres¹¹⁹ veamos ahora si el contrato de cesión de crédito vulnera o no a alguna de dichas categorías fundamentales del sistema

¹¹⁹ Aprovechamos esta oportunidad para precisar un aspecto que nos parece interesante respecto al orden público. Como hemos señalado, el orden público (que incluye a las buenas costumbres) es una categoría relativa en el sentido de que cambia de un lugar a otro y de un tiempo a otro también. En ese sentido, lo que hoy puede ser considerado un hecho que vaya en contra del orden público puede que mañana no lo sea. Si tenemos esto en cuenta -que es cierto- podría llegarse a pensar que todos los principios que conforman el orden público (éticos, sociales, políticos, económicos, etc.) pueden entonces variar. Esto, sin embargo, no es del todo cierto.

En efecto, creemos que existen algunas actuaciones que, **por su naturaleza misma**, no cambiarán nunca con el tiempo y que permanecerán inalterables en el sentido que siempre serán aborrecidas y no toleradas por la sociedad. Por ejemplo, es claro que una “coima” (cohecho en el ámbito penal) es una actuación a todas luces rechazable. Del mismo modo, el hecho de que nadie puede ser juzgado o procesado dos veces por lo mismo, también es intolerable socialmente. Asimismo, actuaciones que tengan por finalidad denigrar la dignidad del ser humano como torturas o actos que impliquen discriminación también son rechazados. No es posible sostener que dichas actuaciones que hoy en día son contrarias al orden público, el día de mañana o después dejen de ser contrarias al mismo y puedan ser aceptadas. Es claro que ello no es posible (aunque en civilizaciones antiguas existían algunas “culturas” que admitían sacrificios o torturas, es evidente que ellas deben ser rechazadas). Muchas de esas actuaciones pertenecen al ámbito ético, humano (en cuanto a la dignidad se refiere) o social. En estos casos nosotros creemos que estamos frente -no a reglas de conducta- sino ante una categoría superior a ellas: **los principios**. Todas esas actuaciones son contrarias no a simples reglas o patrones de conducta, sino que vulneran principios fundamentales de índole ética (coima), humana (interdicción de la arbitrariedad para no ser juzgado dos veces por lo mismo y no ser torturado) y social (no ser discriminado). **Estos principios son pues inderogables, inmutables, imprescriptibles y constantes.**

Distinto es el caso de las reglas, los cuales sí pueden cambiar de una época a otra. En estos casos se admite el cambio porque las conductas contenidas en ellas sí son susceptibles de variación por la **conciencia social general** en tanto que no se relacionan con valores o principios fundamentales transversales como los antes mencionados. Es el caso por ejemplo de la admisión del consumo del alcohol o de la marihuana. Antes su comercialización era repudiada en algunos lugares, sin embargo, algunas sociedades sí las admiten, otras no (por ahora). Mientras no las admitan o toleren seguirán formando parte del orden público. Lo mismo ocurre en el caso del cobro de los intereses. Antes era totalmente inmoral el cobro de un monto adicional al capital prestado por el mutuante, sin embargo, ahora es totalmente normal dicho cobro.

Teniendo todo ello en cuenta, somos de la idea de que el orden público está comprendido no solo por principios sino también por reglas. **El carácter relativo del orden público solo puede ser encontrado en estas últimas, en tanto que los principios no cambian de un lugar a otro o de un tiempo a otro, pues protegen valores supremos que no son disponibles por la generalidad de las personas.** Siempre deberán mantenerse y tenerse en cuenta en la vida de relación social y, como es obvio, también en el ámbito de la contratación.

Debemos admitir que existen actuaciones en las cuales surge la duda de si estamos o no ante verdaderos principios, reglas, o ninguna de ellas, como sería el caso de la venta o sacrificio violento de los animales (corrida de toros, peleas de gallos), pues incluso existe alguna posición doctrinal que las considera ya no como objetos de derecho sino como seres vivos con sentimientos susceptibles de protección. La determinación de si estamos ante una regla o principio dependerá de un análisis complejo que incluya un examen social, ético, cultural y otros aspectos más. Puede que en realidad se esté ante un principio que recién haya sido descubierto o sino simplemente ante una regla. El tiempo lo dirá.

Finalmente es importante precisar también que existe un error en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Como bien sabemos dicha norma señala que: “*es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres*”. Una interpretación literal de dicho artículo nos llevaría a concluir que para que un acto sea nulo por contravenir el orden público o las buenas costumbres, es necesario que los principios o reglas

jurídico. Analicemos primero la supuesta vulneración a las buenas costumbres (**reglas o principios de carácter ético**) desde la óptica del cedente y del cesionario.

Hemos señalado que respecto al deudor del pacto de *non cedendo* se podría alegar que no es “**ético**” o “**moralmente correcto**” que él -o sea el cedente- haya transferido su crédito cuando se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, por el lado del cesionario se diría que no es “**ético**” o “**moralmente correcto**” que este haya contribuido con su conducta negocial a que el cedente haya incurrido en un incumplimiento al adquirir su crédito sabiendo que él se había comprometido a no cederlo. Esto, que *a priori* parecería razonable o correcto y por tanto daría lugar a la nulidad del negocio, en realidad no lo es.

En primer lugar, no debe perderse de vista un aspecto fundamental para comprender por qué la alegación anterior no es correcta. **Cuando se dice que un negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres -o al orden público- es porque hay un aspecto estructural del negocio en sí mismo considerado que riñe o colisiona con ella. Debe analizarse esto con cuidado, pues el vicio debe encontrarse al interior de la estructura del negocio jurídico y no afuera del mismo. No debe ser externo a aquel.**

Esto implica entonces que en uno de los elementos de la estructura del negocio nace el vicio. Habiendo precisado ello, nos preguntamos ¿cuáles son los elementos estructurales del acto jurídico en los cuales “nace”, se produce u origina -de manera **inmediata**- el hecho que contraviene a las buenas costumbres -o al orden público- y que da lugar a la nulidad del mismo? **Pues son dos: el objeto y la causa. Cuando se dice entonces que un negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres -o al orden público- es porque su objeto es jurídicamente imposible o porque su causa es ilícita.**

que conforman dichos pilares fundamentales del sistema jurídico se encuentren, necesariamente, recogidos en una norma expresa.

Esto no es correcto, pues como sabemos no todos los principios o reglas del orden público se encuentran positivizados. Algunos de ellos sí lo están -con lo cual tendrán la calidad de normas imperativas- pero otros no, por cuanto se encuentran en la conciencia general de una sociedad determinada y porque -como ya anotamos con anterioridad- el legislador no se encuentra en posibilidad de imaginar con precisión todos los actos o hechos que contravengan al orden público. Debe leerse con cuidado dicha norma entonces.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos preguntarnos lo siguiente: **¿el objeto del negocio jurídico de cesión de crédito, en sí mismo considerado, contraviene a las buenas costumbres?** Creemos que no. Para demostrar ello, veamos cuál es el objeto de dicho contrato¹²⁰:

Conforme se desarrolló en el apartado anterior, **el objeto del contrato de cesión** no es otro que la **relación jurídica creada por el cedente y el cesionario** (objeto como finalidad), **el crédito -bien- que es materia de disposición** (objeto como entidad) y, de ser el caso, **el bien** (objeto también como entidad) que haga las veces de la **contraprestación** pagada por el cesionario al cedente a cambio del crédito que adquiere (dinero, por ejemplo). Analicemos ambas acepciones (objeto como entidad y como finalidad). Veamos primero al objeto como entidad, esto es, al objeto que es materia de disposición: el crédito y -de ser el caso- la contraprestación que se paga por él.

Antes de ello, queremos destacar un aspecto importante. Tratándose de actos jurídicos patrimoniales como el contrato de cesión crediticia, la vulneración a las buenas costumbres se evidencia claramente cuando las prestaciones o el bien como objeto del mismo son los que, en sí mismos, vulneran las reglas o principios éticos que los componen. Y es que la vulneración a las buenas costumbres se analiza a partir de aspectos fácticos como son el bien o las prestaciones (conductas) a la que se obligaron las partes.

Por ejemplo, el profesor Roppo señala algunos negocios contrarios a las buenas costumbres en los que los mismos son nulos porque son las prestaciones del contrato -en sí mismos- los que vulneran a los principios éticos que ella contempla. Así, nos dice lo siguiente:

“Pertenece a las buenas costumbres el respeto a la dignidad y de la sensibilidad de la persona humana. Son, por tanto, ilícitos los contratos que implican su degradación: contratos para **prestaciones humillantes**, contratos para espectáculos atroces (por ejemplo, para la producción de audiovisuales con **torturas** sobre seres humanos o animales).

Pertenecen a las buenas costumbres los principios de la moral sexual, que llevan a considerar reprobable la comercialización del sexo: de aquí la ilicitud de los contratos relativos a **la prostitución y a la pornografía**.

¹²⁰ En el siguiente apartado analizaremos la invocación de la nulidad por la causal de fin ilícito. Por ahora centrémonos en el objeto del contrato de cesión.

(...)

Pertenece a las buenas costumbres la **ética profesional**, cuanto menos en sus bases mínimas representadas por un deber de fidelidad. Son, por tanto, ilícitos los contratos con los que: un deportista se compromete a **no jugar o a jugar mal**, para contribuir a la derrota de su equipo; un editor o un periodista se presta a una artera e infundada **campana de prensa**, para favorecer intereses particulares; el administrador o el empleado de una empresa se compromete con un competidor a **realizar acciones ventajosas** para él, y dañosas para su empresa; un funcionario público comercializa actos relacionados con su cargo, o **se compromete a realizar actos contrarios a esos deberes**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 381).

Como se observa, en todos los casos anteriores los negocios jurídicos son nulos por ser contrarios a las buenas costumbres. La peculiaridad es que **lo que se analiza en ellos para determinar su invalidez son las prestaciones como objeto de los mismos**. En todos ellos es la conducta que se debe realizar, omitir o el bien que se debe dar los que -en sí mismos- no son tolerables por la conciencia moral general. Regresando al análisis del negocio de cesión crediticia, veamos entonces si el bien que se transfiere o la contraprestación que da el cesionario a cambio de su adquisición, en sí mismos, como en los casos anteriores, vulneran o no las buenas costumbres.

Es claro que transferir un crédito no contraviene ningún precepto moral o ético fundamental (salvo que ese crédito consista en la exigencia de un comportamiento ilícito). Del mismo modo, la adquisición del mismo por parte del cesionario y la contraprestación que este realice por él (dinero, un bien inmueble, etc.) tampoco es, en sí mismo, contrario a dichos preceptos (salvo que dicha contraprestación -que puede ser de la más variada- sí vulnere una regla ética social básica, como sería el caso de un funcionario público que recibe un crédito a cambio de realizar una alteración irregular en el trámite del otorgamiento de una licencia). En consecuencia, el objeto del negocio de cesión (entendido como una entidad: crédito y contraprestación) no colisiona con las buenas costumbres.

Se podría objetar a lo anterior el hecho de que, si bien la cesión del crédito y la contraprestación en sí mismas no son hechos que contravengan a las buenas costumbres, sí lo es el contexto en el cual se realizó la operación, esto es, habiendo un pacto de *non cedendo* de por medio que obligaba al deudor de dicho pacto a no transferir su crédito, lo cual viciaría el negocio.

Esto, sin embargo, es un **aspecto que incide en el ámbito externo** de la estructura del negocio jurídico de cesión. **En efecto, el hecho de que haya habido un pacto de no hacer -no contratar- que haya sido incumplido, no implica la nulidad del contrato con el cual se incumple la obligación. Ese hecho no tiene nada que ver con el objeto de ese negocio jurídico; tiene que ver más bien -como se verá más adelante- con la legitimidad para contratar del cedente (requisito externo a la estructura del negocio) y la lesión de crédito del cedido.** La estructura del negocio de cesión crediticia -en cuanto al objeto se refiere- no está viciada entonces.

Respecto al negocio como finalidad, esto es, como una relación jurídica de intercambio que las partes han querido crear, también se podría alegar que la relación jurídica nacida del contrato de cesión de crédito celebrado bajo el contexto anteriormente descrito vulneraría las buenas costumbres, pues sería contrario a la ética o a la moral que se pretenda crear una relación jurídica de ese tipo cuando había un pacto de *non cedendo* de por medio. Esta argumentación, al igual que la anterior, no toma en cuenta que el hecho de que se haya celebrado dicho pacto con anterioridad a la cesión y que obligaba a no transferir el crédito es un **aspecto que se encuentra fuera de la estructura del acto jurídico y que, por tanto, no lo hace inválido.**

Nótese que con lo expuesto no pretendemos “tapar el sol con un solo dedo”, pues sí es claro que el hecho de que un deudor incumpla su obligación de forma deliberada (cedente que transfiere su crédito) y que un tercero contribuya a que se produzca el incumplimiento también de forma deliberada (cesionario que adquiere el crédito a sabiendas del pacto de *non cedendo*) no es algo que vaya en la línea de lo ético, la moral o de la buena fe.

Sin embargo, esos aspectos -como ya mencionamos- no forman parte o no inciden en la estructura -en cuanto al objeto se refiere- del contrato, al punto de invalidarlo. **Y es que no todas las conductas que sean inmorales o antiéticas en el marco de la celebración de un contrato determinan necesariamente la nulidad del mismo. Solo se justificaría ello cuando dicha conducta: (i) afecte un elemento estructural y (ii) cuando vaya más allá de la esfera privada de las partes y tenga un alcance social o de interés general.**

Es el caso, por ejemplo, de los negocios anulables por algunos de los vicios en la voluntad. Es claro que en el marco de la celebración de un contrato en el cual ambas partes se hayan inducido a error (dolo) o en el que ambas hayan omitido revelar información relevante (dolo omisivo o reticencia), no hay en lo más mínimo una conducta acorde a la moral o a la ética.

En efecto, es reprochable el hecho de que ambas partes se hayan aprovechado la una a la otra al mentir (inducir a error) y callar información (omisión) que haría que el negocio no se celebre o sí se concluya, pero, en otros términos. Del mismo modo, no es para nada moral o ético el hecho de que una persona ejerza violencia o intimidación en la otra para forzarla a que declare una voluntad que no desea y de ese modo celebre un negocio jurídico bajo los términos que él desee.

En todos esos casos no hay duda de que esas conductas no son nada éticas o morales pues resquebrajan valores fundamentales como la libertad y la voluntad. Si bien ello es cierto, esos negocios, sin embargo, **no son nulos**. ¿Cuál es la razón por la cual a pesar de que dichas conductas son antiéticas y a pesar de haberse presentado al momento de la celebración del contrato, no invalidan el mismo con nulidad? Lo que ocurre es que, si bien esas conductas inciden en un elemento estructural del negocio, como es la voluntad, son hechos que tienen una mayor relevancia en la **esfera privada** de las partes contratantes y no agitan o alteran un interés general.

Esto no quiere decir que esas conductas pasen desapercibidas y no sean tomadas en cuenta. Ello no es así. Lo que ocurre es que se trata de afectaciones a esferas meramente internas de las partes y, si bien la libertad y la voluntad son aspectos fundamentales de las personas, son ellas mismas las que -en el marco del derecho privado- son libres también de decidir qué decisiones tomar cuando ellas son afectadas. En ese sentido es que el ordenamiento ha sancionado a dichos negocios no con nulidad absoluta sino con nulidad relativa (anulabilidad) dejando en **potestad** al sujeto afectado a que solicite la anulabilidad del negocio o a que confirme el mismo si así lo cree conveniente **de acuerdo a su interés**.

Lo mismo ocurre en el caso del contrato cesión de crediticia. Las conductas inmorales o antiéticas del cedente y del cesionario, como ya hemos mencionado -a diferencia de los negocios anulables por vicio en la voluntad- **no afectan la estructura interna del negocio**, esto es, no inciden en alguno de los elementos estructurales del mismo (agente, voluntad, objeto y causa). Del mismo modo, dichas conductas **no tienen un grado de relevancia social tal que estremezcan el interés general o público**. Se trata solo de afectaciones a la esfera privada del cedido y no a un interés colectivo.

En efecto, si se analiza con cuidado las conductas “inmorales” del cedente y del cesionario se puede advertir que lo que ellas configuran es una situación de **lesión del crédito** del acreedor

(cedido). Así, el pacto de *non cedendo* es incumplido, curiosamente, no con una omisión (cuando no se realiza algo) sino con una conducta (hacer) que tiene una peculiaridad: ese hacer implica la celebración de un negocio jurídico. Esto quiere decir que la celebración del negocio, constituye, en sí mismo, el hecho que determina el incumplimiento. Si ello es así, nos encontramos entonces en el marco de un supuesto de lesión de crédito.

Y, como bien sabemos, la lesión de un crédito -en este caso por incumplimiento, pues un crédito puede ser lesionado también porque la obligación se torna en imposible- es un aspecto que solo le incumbe al acreedor lesionado. Los incumplimientos obligacionales -salvo que se trate de contratos para la construcción de una obra pública o para la prestación de un servicio público- no son de interés público o general. Ello porque será el acreedor quien **decida** qué es lo que mejor le conviene de acuerdo a su **interés (meramente privado)** en ese momento.

En ese sentido, será él quien determine si intima en mora o si otorga un plazo de gracia, si solicita la ejecución forzada de la obligación (si es que aún es posible), si requiere un resarcimiento por los daños que haya podido padecer, si tolera la situación de incumplimiento al punto de condonar la deuda pendiente, etc. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos **¿un incumplimiento es intolerable socialmente? es claro que no. La tolerancia dependerá solo del acreedor y no es una situación que afecte un interés general o colectivo, todo queda a merced de su interés.**

¿Eso quiere decir entonces que esos hechos (incumplimiento deliberado del cedente y adquisición del cesionario sabiendo que había un pacto de *non cedendo*) son irrelevantes y no generan ningún tipo de consecuencia? claro que no. En el marco del negocio de cesión sí son muy relevantes, pero, como hemos mencionado, no acarrearán la nulidad absoluta de dicho contrato. Como ya desarrollaremos posteriormente, el negocio de cesión así celebrado es solo ineficaz por existir una restricción a la legitimidad del cedente. Justamente esos hechos cobran relevancia en ese análisis, pues el hecho de que el contrato se haya celebrado en esas circunstancias- como se verá oportunamente- faculta al cedido a que, a su elección, de acuerdo a su **interés**, ratifique la cesión o pretenda su ineficacia¹²¹.

¹²¹ En el ámbito de la nulidad, esos hechos también cobran relevancia, pero solo respecto a un supuesto muy concreto relacionado con la causa o el fin del acto jurídico. De ello nos ocuparemos en el apartado siguiente cuando analicemos la supuesta nulidad del negocio de cesión por fin ilícito.

Nótese que los mismos aspectos analizados anteriormente se pueden examinar también en los negocios de venta de un bien social por un solo cónyuge o de venta de todo el bien por un solo copropietario. En efecto, el hecho de que el adquirente haya contratado con el cónyuge o copropietario **sabiendo** que el bien no era de ellos sino de la sociedad de gananciales o de todos los copropietarios, respectivamente, también implica conductas que no son nada éticas o morales, pues por un lado el cónyuge se presenta como soltero o irrogándose un poder que no tiene, lo cual implica mentir, y por el otro el adquirente, sabiendo ello, decide contratar. Lo mismo ocurre en el caso del copropietario. Nótese que esas conductas reprochables se dan también en el marco de la celebración del contrato.

Sin embargo, a pesar de ello, no conocemos ninguna doctrina o jurisprudencia -que han estudiado muchísimo el tema- que hayan postulado la tesis de que el negocio así celebrado sea nulo por contravenir a las buenas costumbres en atención a las conductas “inmorales” antes descritas. Y es que dicho aspecto es uno que es externo al negocio y es de mayor incumbencia solo para el cónyuge o copropietarios que no participaron en la venta. El debate gira en torno más bien a la nulidad (pero por vulneración del artículo 315 del Código Civil que supuestamente sería una norma imperativa y otras causales más que no tienen nada que ver con las buenas costumbres) y la ineficacia por falta de legitimidad del transferente, que es el remedio que creemos corresponde aplicar también al negocio de cesión.

En atención a lo expuesto queda claro entonces que el contrato de cesión crediticia no es nulo por la supuesta vulneración a las buenas costumbres, pues las conductas “antiéticas” o “inmorales” del cedente y del cesionario **no inciden en un elemento estructural de dicho negocio y porque las consecuencias de dichas conductas corresponden al interés privado del cedido. No tienen un grado de relevancia social o general desde el punto de vista moral.** Veamos ahora la supuesta nulidad del negocio de cesión por la vulneración al orden público.

Conforme hemos señalado anteriormente, el orden público es el conjunto de principios económicos, sociales, políticos, éticos, y otros más, sobre los cuales se edifica o construye un determinado sistema jurídico. Ya hemos analizado el aspecto o la vertiente ética del orden público (las buenas costumbres) y su incidencia en el negocio de cesión crediticia. Ahora vamos a centrarnos en un aspecto concreto de dicho contrato que tiene relación directa con el cesionario.

Como hemos desarrollado extensamente a lo largo de apartado 2.1.2, **los terceros ajenos a la una determinada relación jurídica tienen el deber de no interferir en la satisfacción de las situaciones jurídicas que subyacen en dicha relación; es decir, no deben lesionar otras esferas jurídicas. Esto se conoce en doctrina como el *neminem laedere* o *alterum non laedere*.** En ese sentido, todos debemos cuidar de no lesionar el patrimonio de los demás (entiéndase las situaciones jurídicas subjetivas de las cuales los demás sean titulares como la propiedad o como un crédito). Siendo ello así, el principio del *neminem laedere* formaría parte del orden público social y su vulneración afectaría también el aspecto ético del mismo, el cual debe ser acatado por todos.

Teniendo ello en cuenta, podría alegarse que el hecho de que el cesionario haya adquirido el crédito del cedente sabiendo que este se había obligado a no transferirlo implicaría una vulneración al principio del *neminem laedere*, pues con dicha conducta negocial el mismo estaría dando lugar a una situación de perjuicio: la lesión del crédito del cedido (acreedor del pacto). Estaría pues afectando una esfera jurídica ajena al alterar el estado normal del crédito del cedido con la celebración del contrato, el cual ocasiona o da lugar a su lesión. Siendo ello así y admitiendo que el *alterum non laedere* forma parte del orden público social y ético, el contrato de cesión crediticia sería nulo.

Para dar respuesta a dicha alegación es necesario precisar primero un aspecto clave que ya lo habíamos adelantado antes y que se relaciona con la nulidad de los actos jurídicos por contravención al orden público: **cuando se dice que un negocio jurídico es contrario al orden público es porque hay un aspecto estructural del negocio en sí mismo considerado que riñe o colisiona con ella. Debe analizarse esto con cuidado, pues el vicio debe encontrarse al interior de la estructura del negocio jurídico y no afuera del mismo.**

No debe ser externo a aquel. Esto implica entonces que en uno de los elementos de la estructura del negocio nace el vicio. Siendo esto así, nos preguntamos ¿cuáles son los elementos estructurales del negocio en los cuales “nace”, se produce u origina -de manera **inmediata**- el hecho que contraviene al orden público? **Son dos: el objeto y la causa. Cuando se dice entonces que un negocio jurídico es contrario al orden público es porque su objeto es jurídicamente imposible o porque su causa es ilícita.**

Teniendo en cuenta lo expuesto, nos preguntamos ¿la causa y el objeto del negocio jurídico de cesión de crédito, en sí mismo considerado, contravienen al orden público por ser ilícita e imposible jurídicamente, de forma respectiva? la respuesta es que **depende**. Antes de sustentar ello, es necesario primero aclarar un aspecto fundamental: ¿el *neminem laedere* forma parte del orden público? creemos que sí.

En efecto, hemos señalado que el *alterum non laedere* implica que todas las personas tienen el deber general de no lesionar o perjudicar las situaciones jurídicas subjetivas ajenas o, lo que es lo mismo, no interferir en la satisfacción de cada una de ellas. Este principio es de vital importancia pues está dirigida a la consecución, de nada más y nada menos, que uno de los fines del derecho mismo: la pacífica convivencia social. El *neminem laedere* contribuye entonces a una coexistencia social deseada por todos. La observancia estricta de este principio da lugar a una sociedad más ordenada en donde la satisfacción de las necesidades se logra sin que triunfe la “ley del más fuerte”.

Siendo ello así, es inevitable concluir que el principio del *alterum non laedere* forma parte del orden público social y, eventualmente, dependiendo del caso concreto, del orden público ético también. Hasta acá podría llegarse a la conclusión de que el contrato de cesión crediticia celebrado por el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo* sí sería nulo, pues si con dicho negocio se vulnera el *neminem laedere* entonces está contraviniendo el orden público social, con lo cual sería clara la nulidad del mismo.

Sin embargo, ello no necesariamente es así, pues como ya lo adelantamos antes, la respuesta es que depende según se esté en dos supuestos distintos. Veamos cuáles son:

(i) Una primera hipótesis es que el cedente y el cesionario -o solo este último- hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de *non cedendo* conocido por el cesionario- con el **ánimo o la intención** concreta y clara de dañar o perjudicar al cedido. Esto implica que ambos -o solo el cesionario- se hayan **coludido** a través de la celebración del contrato con la **finalidad** de lesionar, menoscabar o afectar la esfera jurídica del mismo. En este caso, somos de la idea de que el negocio jurídico así celebrado sí es nulo por tener un fin lícito y, por ello mismo, la relación jurídica que se haya entablado adolecerá de un supuesto de imposibilidad jurídica (objeto como finalidad). Como se verá más adelante, en este supuesto sí es perfectamente posible sostener que existe una contravención al orden público social y ético por contravenir *el neminem laedere*.

(ii) La segunda hipótesis es que el cedente y el cesionario hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de *non cedendo* conocido por este último- pero **no** con el ánimo concreto de dañar o perjudicar al cedido. Es decir, en este caso ambas partes no se han coludido al celebrar el negocio con el ánimo deliberado de afectarlo, con lo cual el negocio no adolece de ningún vicio en su estructura que ocasione su nulidad. Ahora bien, a esto se podría objetar que el solo hecho de que exista un pacto de *non cedendo* de por medio conocido por ambos y aun así hayan contratado ya implica que en ellos existe el ánimo de perjudicar. Esto, sin embargo, no es correcto.

Ambas hipótesis serán analizadas a continuación de manera más exhaustiva como parte central del estudio de la causal de nulidad del negocio de cesión crediticia por la existencia de un supuesto fin ilícito.

Antes de ello queremos precisar que en la primera de las hipótesis además de existir una anomalía en la causa, existe también una patología en el objeto -entendido como finalidad- en tanto que, si existe en ambas partes -o solo en el cesionario- un ánimo concreto y deseado de lesionar o perjudicar el crédito del cedido, entonces la relación “jurídica” que se ha entablado para tal fin sí adolecerá de un supuesto de imposibilidad, pues ella **contraviene el orden público**.

Y es que es claro que la relación que se haya configurado en esas circunstancias no es posible que esté dotada de juridicidad en el sentido de merecer protección y de que pueda subsistir. En cuanto al objeto como entidad: el desplazamiento patrimonial que se realice para lograr tal fin, esto es, la transferencia del crédito y la contraprestación que se pague por él, en sí mismos considerados, no adolecen de ningún vicio. La anomalía está en la causa o fin y, por consiguiente, en la relación “jurídica” entablada para lograr el objetivo de perjudicar al acreedor.

En la segunda de las hipótesis es claro que no solo la causa sino también el objeto del negocio como finalidad (relación jurídica) y como entidad (transferencia del crédito y pago por él) no adolecerán de ningún vicio. Como se verá en el apartado siguiente, si bien existe un pacto de *non cedendo* de por medio que es conocido por el cesionario, pero no existe una intención concreta de dañar, entonces dicho aspecto (existencia y conocimiento del pacto) no se asienta o afecta a ningún elemento estructural del negocio: no incide en el sujeto, en la voluntad, en el objeto o en la causa. Conforme se adelantó antes, ese aspecto incide más bien en la legitimidad del cedente - requisito externo del acto- y en la potestad que por ello se concede al cedido para que -de acuerdo a su **interés**- ratifique o pretenda la ineficacia del negocio.

Habiendo aclarado esto analicemos la pretendida nulidad del negocio de cesión de crédito por fin ilícito y los dos supuestos antes descritos. Veamos:

3.1.2.1.4 La supuesta nulidad por fin ilícito

Como bien sabemos, el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil establece que: “*el acto jurídico es nulo: (...) 3. Cuando su fin sea ilícito*”. Con relación al contrato de cesión de crédito celebrado entre el cedente y el cesionario podría alegarse que el mismo es nulo por tener un fin ilícito en atención a que el cedente transfirió su crédito cuando se había obligado a no hacerlo y a que el cesionario adquirió dicho crédito a sabiendas de que el cedente había celebrado un pacto de *non cedendo* con el cedido. Esto, se diría, demuestra que ambas partes tienen por finalidad lesionar la situación jurídica subjetiva crediticia del cedido por lo que el negocio sería nulo.

La respuesta a dicha alegación no es unívoca, sino que dependerá, como ya se mencionó, de ante cuál de las hipótesis o supuestos antes descritos estemos. Para demostrar ello, es necesario analizar primero qué es la causa del negocio jurídico y cuándo estamos ante un supuesto de ilicitud del mismo.

En primer lugar, es necesario aclarar que el término “causa” es equivalente al término “fin” que es el que emplea el Código Civil en los artículos 140 y 219. En efecto, en la misma exposición de motivos y comentarios del Código Civil se señala lo siguiente:

“Precisado el objeto y desvinculado de la **finalidad**, que es el requisito de validez al que el artículo 140 enumera como **fin ilícito**, el Código acoge la causa. Sabida es la posición anticausalista de Olaechea y de la inspiración que pretendió darle al Código Civil de 1936. Y sabida es también la posición de León Barandiarán para quien **la causa viene a ser una noción irrecusable a la que el legislador no puede negar su existencia (...)**” (énfasis agregado) (Revoredo De Debakey, 1985, págs. 276-277).

Durante muchos años, la doctrina nacional y comparada se han esforzado denodadamente en tratar de definir a la causa del acto jurídico. Al respecto se han esbozado muchas teorías, siendo las más relevantes y significativas la teoría objetiva y la subjetiva a la cual nos adherimos nosotros, pero con ciertos matices que a continuación pasamos a precisar:

Para nosotros, la **causa en sentido objetivo** no es otra cosa que la **función jurídica** que el contrato está llamado a desarrollar en sí mismo; mientras que la **causa subjetiva** está constituida por la **función económica-social** que el contrato está llamado a realizar. Nos explicamos.

Decimos que la causa en sentido objetivo se relaciona con la función jurídica de cada contrato en particular en tanto que cada contrato, en sí mismo, desde el punto de vista netamente jurídico, desempeña un rol sobre la realidad de acuerdo con su propia estructura. Por ejemplo, en el caso de la compraventa, la causa de dicho contrato no es otra cosa que el intercambio de una cosa a cambio de un precio.

Esa es la función o el rol jurídico que dicho contrato está en aptitud de generar. Ese es el efecto o la finalidad de toda compraventa de acuerdo con su estructura típica. Del mismo modo, en el caso de un arrendamiento, la función jurídica del mismo no es otra cosa que la cesión en uso de un bien a cambio de una renta. En el caso de un mandato oneroso, la función -o el fin jurídico de dicho negocio- está constituido por el pago de una retribución a cambio de que la otra parte celebre determinados actos jurídicos por encargo de él.

Como se habrá podido advertir, la función jurídica de cada contrato (o la finalidad jurídica de cada uno) puede inferirse a partir de su propia estructura típica. ¿Qué ocurre entonces con los contratos atípicos? en estos casos no hablaremos de un tipo legal sino de un tipo social. En la medida que dichos contratos no contravengan el orden público, entonces la función o finalidad jurídica de cada contrato se podrá inferir a partir del propio contenido del mismo y de los usos y costumbres que correspondan aplicar.

Respecto a la causa en sentido subjetivo, los Mazeaud señalan que la causa es entendida como “**la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato**” (énfasis agregado) (Mazeaud, Mazeaud, & Mazeaud, 1978, pág. 292). En efecto, ella está constituida por lo que las partes pretenden alcanzar o la finalidad que ellas buscan en concreto, pero esta vez ya no en el sentido jurídico (cosa a cambio de precio, uso a cambio de renta), sino en el sentido económico-social.

Esto implica preguntarse ¿por qué las partes decidieron contratar? ¿qué fue lo que los motivó -desde la óptica económica-social- a que contraten? ¿cuál fue el motivo o la razón determinante para que se vinculen? «Se trata de analizar entonces el **resultado práctico que se**

han propuesto las partes (...) La causa responde entonces a la pregunta del “para qué” del **negocio**» (énfasis agregado) (Zusman Tinman, La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos, s.f., págs. 109-110)¹²². Esas razones, motivos o móviles que, reiteramos, no son de índole jurídica, sino económica-social, son las que constituyen la causa subjetiva del contrato.

¿Cuáles es esa razón fundamental y concreta -desde una perspectiva económica-social- que justifica que las partes hayan contratado? pues no es otra cosa que la satisfacción de sus **intereses subjetivos**. Y es que no debe perderse de vista que el contrato es, en sí mismo, una categoría jurídica que sirve de **instrumento** o de medio **para** alcanzar una finalidad económica-social concreta: la satisfacción de intereses. El contrato es el medio o el vehículo por el cual se logra dicho objetivo.

Ante una determinada necesidad, surge en los sujetos el interés en satisfacerlos. La satisfacción de esa necesidad- que puede ser de naturaleza patrimonial o no, pero siempre digno de tutela- es el que justifica que los sujetos contraten. Esa es la *ratio* o el “para qué” de todo contrato: a través del intercambio, realizar o satisfacer los intereses -léase las **necesidades**- de los sujetos.

En ese sentido, se ha señalado que: “para nosotros la causa del contrato es el **interés concreto que el contrato está dirigido a realizar**” (énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 268). “De este modo, la causa es el **interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer (o la síntesis de los intereses)** y es el **fundamento objetivo de los efectos jurídicos** (justificación de la constitución de situaciones jurídicas subjetivas y de relaciones jurídicas)” (énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 294).

Teniendo ello en cuenta, «las denominaciones “finalidad práctica”, “razón concreta”, “razón práctica”, “función práctica”, “función económica individual”, “interés concretamente perseguido”, “interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer” o “síntesis de los intereses”, aluden a un mismo significado, el cual es que **la causa es la finalidad concreta programada o el interés que el contrato está dirigido a satisfacer concretamente (...)**»

¹²² Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/266726999/La-Causa-Del-Contrato>

(énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 303).

Ahora bien, un aspecto a tener en cuenta es que el interés como elemento central de la función económica-social que el contrato está llamado a satisfacer se identifica con lo que en doctrina se conoce como el “motivo” o “motivos” por los cuales los sujetos contratan. **Dichos motivos son los que justamente conforman el aspecto subjetivo de la causa.** En ese sentido se ha manifestado el profesor Lizardo Taboada quien señala lo siguiente:

“Por ello, determinados autores causalistas han optado por una **visión dual de la causa del acto jurídico**, entendiendo que la causa es objetiva cuando se trata de determinar el valor de determinado acto de voluntad como acto jurídico, y que **la causa es subjetiva cuando se trata de conocer el concepto de causa ilícita**, de forma tal que para este tercer grupo de autores habrían dos conceptos de causa, **uno objetivo netamente separado de los motivos**, y otro **subjetivo que identifica el concepto de causa y el motivo.** (...) un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetivas italianas, y un aspecto netamente **subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa**, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

A nuestro entender, esta cuarta posición teórica es la más adecuada para comprender a cabalidad el rol de la causa como elemento de los actos jurídicos” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Nulidad del Acto Jurídico, 2013, pág. 154).

En esa misma línea, el profesor Mario Castillo Freyre indica lo siguiente:

“La **causa ilícita** se configura cuando la causa en su **aspecto subjetivo ha incorporado motivos ilícitos**, que determinan la nulidad del acto jurídico. Es así que en todo acto jurídico deberíamos encontrar un **fin o un motivo** que sea el que haya **impulsado** a las partes a celebrarlo, de tal manera que **ese fin de carácter subjetivo, representa una valoración interna del sujeto antes de expresar su voluntad**” (énfasis agregado) (Castillo Freyre & Sabroso Minaya, 2008, pág. 13)¹²³.

¹²³ Véase: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/128_La_Teoria_de_los_Actos_Propios.pdf

Nótese que en la misma exposición de motivos y comentarios del Código Civil se admite la dualidad de la causa en objetiva y subjetiva y se indica que esta última es el motivo impulsivo y determinante del contrato:

“La causa, pues, no ha retornado, sino que continúa en nuestra codificación civil, pero **en su acepción moderna, como causa subjetiva, esto es, como motivo impulsivo y determinante de la celebración del acto jurídico**. la finalidad o fin lícito consiste, pues, en la orientación que se da a la manifestación de voluntad, esto es que esta se dirija directamente y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. De este modo, **la finalidad del acto jurídico se identifica con el concepto específico de cada acto, o sea, con los efectos buscados mediante la manifestación de voluntad**, los cuales deben ser lícitos y, por tanto, amparados por el derecho” (énfasis agregado) (Revoredo De Debaquey, 1985, págs. 276-277).

A partir de lo expuesto, podemos concluir que el interés subjetivo (o los motivos) son los que conforman la causa subjetiva del acto jurídico. Es ella la razón determinante de los sujetos para que contraten. Siendo ello así, **la causa subjetiva respondería a la pregunta del “para qué”, mientras que la causa objetiva a la del “qué”**.

En efecto, imaginemos que “A” pretende adquirir 100 litros de lejía de forma mensual por tres años y “B” -productor de lejía- necesita obtener con cierta urgencia la suma S/ 20.000 por lo que está dispuesto negociar la entrega progresiva de su producto con ciertas facilidades de pago de forma inmediata. Ambos logran contactarse y manifiestan la intención que cada uno tiene. Se ponen de acuerdo y celebran el respectivo contrato por el cual “A” recibirá de forma mensual 100 litros de lejía durante tres años de parte de “B” y esta recibe como adelanto la suma que requería con urgencia. El saldo pendiente le será pagado mensualmente a contraentrega de los litros de lejía.

Hasta acá nos preguntamos **¿qué** contrato permite a partir de la función jurídica de su estructura intercambiar un bien mueble de forma periódica en el tiempo a cambio de una retribución? pues un suministro. La función jurídica de ese contrato es justamente lo que las partes pretendían antes (intercambio constante de un bien a cambio de un pago). Entonces, ellas tendrán como finalidad (causa objetiva) celebrar un suministro para obtener ese resultado.

Otro ejemplo, imaginemos que “C” pretende adquirir la suma de S/ 500.000 a través de cinco entregas mensuales de S/ 100.000. Por su parte, “D” tiene en sus fondos S/ 700.000 pero desea obtener un dinero extra a partir del cobro de los intereses que podría realizar a la persona a la cual se los preste. Ambos logran contactarse y manifiestan la intención que cada uno tiene. Se ponen de acuerdo y celebran el respectivo contrato por el cual “D” se obliga a darle mensualmente a “C” la suma S/ 100.00 durante cinco meses y este a devolveré el capital prestado más los intereses respectivos.

Hasta acá nos preguntamos ¿qué contrato permite a partir de la función jurídica de su estructura el entregar dinero a cambio de que sea devuelto con intereses adicionales? Un mutuo dinerario. La función jurídica de ese contrato es justamente lo que las partes pretendían antes. Siendo ello así, ellas tendrán como finalidad (causa objetiva) celebrar un mutuo para obtener ese resultado.

Entonces, una vez que las partes manifiesten su voluntad **de acuerdo a lo que desean obtener**, se ubicará en el ordenamiento (tipicidad legal) o en los usos y costumbres (tipicidad social) el contrato idóneo que, de acuerdo a su función jurídica, permite realizar el intercambio que ambas partes pretenden (nótese que si bien existen contratos con prestación única en la cual no existe intercambio alguno como sería el caso de la donación, debe tenerse en cuenta que en estos casos igualmente existirá una causa objetiva y subjetiva).

Llegado a este punto, cabe hacer una pequeña pero importante precisión. Como ya adelantamos en la sección 3.1.2.1.2 en la cual estudiamos el objeto del acto jurídico entendido como una finalidad, esto es, como relación jurídica, es muy probable que las propias partes no sepan cuál es el contrato que en estricto están celebrando. Por ejemplo, en este último ejemplo del otorgamiento del dinero, coloquialmente los sujetos sabrán que lo que han celebrado es un “préstamo”, aunque jurídicamente es un “mutuo” con un conjunto de reglas que el Código Civil prevé y que se aplicarán supletoriamente a su contrato, como por ejemplo el hecho de que, al no haberse pactado en contra del pago de intereses compensatorios, entonces “C” deberá abonar los mismos también.

Si bien ello es cierto, lo importante es que ambas partes tengan el deseo o la intención “jurídica” de vincularse y que sus voluntades estén dirigidas a despegar del ámbito meramente social e ingresar al ámbito jurídico. Si ello es así, entonces se podrá decir que **su intención, el**

objetivo o finalidad por la cual declararon esa voluntad es para entablar entre ellas una relación del tipo jurídica y, de acuerdo a lo que las partes desean obtener, se ubicará en el ordenamiento o en los usos y costumbres el contrato pertinente que permite dicho intercambio.

Si se observa con cuidado lo mencionado hasta acá, se podrá advertir que el objeto del negocio jurídico entendido como una finalidad, o sea, como una relación jurídica, es similar a la causa objetiva del negocio jurídico, pues **una vez que las partes saben lo que desean obtener (cosa por dinero, uso del bien a cambio de una renta) ambas manifestarán su voluntad con la intención de vincularse jurídicamente (objeto como finalidad) a partir de la celebración del contrato que el ordenamiento (tipicidad legal) o los usos y costumbres (tipicidad social) les ofrezca.**

En ese sentido, si “E” busca obtener un auto para usarlo por 3 meses y “F” necesita dinero y se encuentra dispuesto a ceder el uso de su auto por un corto tiempo a cambio de la suma que necesita, ¿**qué** contrato permite lograr lo que ambas partes necesitan? un arrendamiento. Entonces se le les dirá que lo pertinente es que celebren un contrato de ese tipo. Teniendo ello en cuenta, ambas partes manifestarán su voluntad -con vocación de juridicidad- con la intención de crear una relación jurídica entre ellas (objeto como finalidad) la cual se tratará de un negocio de arrendamiento en virtud del cual “E” pagará a “F” un monto determinado a cambio del auto que usará por tres meses (causa objetiva). En otras palabras, declararán su voluntad con la **finalidad** de dar vida a un negocio denominado arrendamiento el cual resulta **idóneo** de acuerdo a su estructura típica (legal) para cumplir la función jurídica que ambas partes necesitan.

Un aspecto que se puede advertir de la reflexión anterior es que la casusa (objetiva) es de **utilidad** para tipificar (legal o socialmente) el negocio jurídico celebrado por las partes. En efecto, solo encontrando lo que las partes persiguen (uso de un auto a cambio de dinero, terreno a cambio de un auto) el sistema jurídico (leyes, usos y costumbres) calificará y tipificará la relación que hayan entablado las partes para lograr el intercambio o la transacción que buscan. En el caso del auto a cambio de dinero el negocio se calificará -a partir de lo que las partes necesitan y buscan- como el de un arrendamiento; en el caso del terreno a cambio de un auto el negocio se calificará -a partir de lo que las partes necesitan y buscan- como una permuta.

En ese sentido, la profesora Zusman señala lo siguiente:

“Pero más allá de cuál sea la teoría más valiosa, lo que no puede desconocerse es que la **calificación o tipificación** [legal o social] **del contrato innominado pasa por el análisis del resultado buscado por las partes -es decir, de la causa o fin-** pues solo entendiendo lo que persiguen las partes permitirá determinar de qué convenio se trata (arrendamiento, compraventa, donación) si es unitario o plural y, si es plural, si son negocios interdependientes, conexos o subordinados.

En conclusión, la aplicación de la norma jurídica [o de los usos y costumbres] -o, mejor dicho, “la tipificación del acto jurídico”- **dependerá del análisis de los resultados que pretendan alcanzar las partes** (i.e. adquirir la propiedad a cambio de algo o a cambio de nada, o arrendar o dar hospedaje), para lo cual es preciso recurrir a los propósitos de las partes, es decir, a la causa o fin” (énfasis agregado) (Zusman Tinman, La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos, s.f., pág. 117).

Queda claro entonces que la causa objetiva responde a la pregunta del “**qué**”. Veamos ahora la causa subjetiva expresada en la pregunta del “**para qué**”. Regresando al ejemplo de “A” y “B”, lo que ellas pretendían era, el primero adquirir 100 litros de lejía de forma mensual por tres años, y el segundo adquirir como adelanto de forma inmediata la suma de S/ 20.000. ¿**Qué** contrato es el que resulta idóneo para tal fin y el que por tanto será al que las partes apunten al declarar sus respectivas voluntades? un suministro.

Hasta acá viene el análisis de la causa objetiva. Sin embargo, se debe realizar otra pregunta adicional que implica ingresar al análisis de la causa subjetiva: ¿**para qué** “A” quería los 100 litros de lejía cada mes? ¿**para qué** “B” quería el dinero con urgencia? la respuesta a dichas interrogantes constituye la justificación o la causa subjetiva que motivó a que ambos contraten. Es por esa razón que decidieron contratar, y, si se observa con cuidado, ese “para qué” no es otra cosa que el interés -léase las necesidades- que ambos buscan satisfacer.

En el caso de “A” imaginemos que haya pretendido adquirir los 100 litros de lejía mensuales con la finalidad de abastecer la lavandería del cual es dueño y así poder lavar las prendas de sus clientes. En el caso de “B” imaginemos que haya pretendido el dinero para pagar los gastos universitarios de su hija en el extranjero. La obtención de la lejía que sirve de insumo para desarrollar el objeto del negocio y el pago de los gastos de educación superior constituyen el interés que ambas partes buscaban satisfacer o el resultado práctico deseado. Eso son los motivos

que justifican que ambos hayan celebrado el suministro. Esa es la función económico-social que el contrato está llamado a satisfacer.

Igualmente ocurre en el caso del préstamo entre “C” y “D”. Lo que ellas pretendían era, el primero obtener un capital dinerario por cinco meses y el segundo obtener dinero extra a partir del cobro de intereses. ¿Qué contrato es el que resulta idóneo para tal fin y el que por tanto será al que las partes apunten al declarar sus respectivas voluntades? un mutuo dinerario. Pero cabe preguntarse también ¿para qué “C” quería la suma dineraria? ¿para qué “D” quería obtener un dinero extra a través del cobro de los intereses? la respuesta a dichas interrogantes constituye, nuevamente, la justificación o la causa subjetiva que motivó a que ambos contraten.

En el caso de “C” imaginemos que haya adquirido el dinero con la finalidad de comprar una avioneta o tal vez para constituir una E.I.R.L. En el caso de “D” imaginemos que el dinero adicional lo necesita para comprar una máquina de coser que hace falta en su fábrica de zapatos. Esos son los intereses que ambas partes buscan satisfacer o el resultado práctico deseado. Esos son pues los motivos suficientes que justifican que ambos hayan celebrado el mutuo. Esa es la función económico-social que el contrato está llamado a satisfacer.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el contrato de suministro en el ejemplo antes expuesto tiene como función jurídica (causa objetiva) satisfacer una necesidad: la del suministrado de adquirir los litros de lejía y la del suministrante de adquirir el pago por la entrega del producto. Sin embargo, al ir un poco más allá, se advertirá que la función económica-social del contrato (causa subjetiva) implica satisfacer una necesidad subjetiva de las partes, esto es, el interés o motivo que está detrás de la adquisición del bien y de la obtención de la retribución.

Es por ello que las partes al declarar su voluntad -jurídica- de celebrar un suministro (objeto del acto como relación jurídica) tienen como **finalidad inmediata** o primigenia adquirir los litros de lejía y el pago por ese insumo (causa objetiva) y como **finalidad mediata** satisfacer sus intereses o motivos (causa subjetiva). El mismo análisis se puede verificar en el ejemplo del mutuo entre “C” y “D”.

Adicionalmente a lo expuesto, otro aspecto a tener en cuenta es que, si el motivo o la razón determinante de una de las partes pierde su razón de ser, o se frustra -**desaparece**- por cualquier razón, entonces ese evento no generará que el contrato sea ineficaz y concluya. Por ejemplo, en

los casos anteriores, el hecho de que la hija de “B” ya no vaya a estudiar al extranjero porque perdió la beca de estudio o, en el caso de “D”, el hecho de que la máquina que necesitaba ya no fuera necesaria porque la misma le fue obsequiada por su novia -esos hechos, en sí mismos- no determinan que los contratos que hayan celebrado devengan en ineficaces.

Se podrá objetar a ello que, ¿si la razón determinante por la cual se contrató ya no sigue en pie, entonces para qué seguir obligado a algo que ya no me va a servir? lo que ocurre es que pretender dejar sin efecto el contrato porque el interés de una de las partes quedó frustrado -léase porque desapareció- implicaría perjudicar a la otra parte que también contrató **con miras a que sea satisfecho su propio interés**. Se perjudicaría por completo la esfera jurídica de ella.

Para evitar ello, creemos que existen algunas salidas contractuales por las cuales se pueda dejar sin efecto el contrato cuando la razón determinante o el motivo (interés) haya decaído. Lo que podrá hacerse es pactar una condición resolutoria que tenga como hecho futuro e incierto el que el motivo o la razón justificativa del negocio decaiga por hechos ajenos a las partes. La verificación de ese hecho determinará que el contrato quede sin efecto.

Del mismo modo, podría pactarse una cláusula de receso motivado en el cual el hecho sobre la base del cual pueda ejercerse dicho derecho potestativo será el que el motivo o la causa subjetiva haya quedado frustrado por hechos ajenos a las partes. En ambos casos, de ser el caso, podría pactarse la retroactividad respectiva.

Esos serían los medios por los cuales se puede dejar sin efecto el contrato. Pero no puede asumirse de manera automática que el mismo quede sin efecto si el motivo o interés de una de las partes decae. Asumir ello sería como aceptar implícitamente que existe una condición resolutoria o una cláusula de receso y, como bien sabemos, las condiciones (suspensiva y resolutoria) y los recesos deben pactarse y no se debe presumirse que existen.

Cabe precisar que para los casos en los cuales la finalidad -o la razón justificativa- por la cual se contrató esté relacionado directamente con la ocurrencia de un determinado hecho, entonces sería eficiente un pacto en el sentido de que el contrato solo surtirá efectos en la medida que ese hecho no se torne en inejecutable. De ese modo, si ese hecho se tornara en irrealizable por razones ajenas a las partes -con lo cual la finalidad por la cual se contrató desaparece- el contrato no surtirá efectos.

Ahora bien, qué ocurre si se frustra no solo el interés o el motivo de una de las partes sino el de ambos, que son distintos. En ese caso, en tanto que la razón que motivó a que ambos contraten ha decaído, entonces ellos mismos podrán acordar sin problema alguno dejar sin efecto el contrato a través de un mutuo disenso, pues no tendrán la intención de seguir vinculados a un negocio que ya no les es útil.

Un supuesto peculiar ocurre cuando ambas partes tienen como motivo o razón determinante para contratar una **finalidad única o compartida**. En estos casos creemos que, al tener un **interés común**, entonces si el mismo decae, el contrato -por ese solo hecho- se tornará en ineficaz. Por ejemplo, imaginemos que en un pequeño distrito de Áncash hay varios cachorritos recién nacidos en las calles, los mismos que han sido abandonados. “A” -quien vive en dicho distrito- tiene interés en cuidar a todos ellos para que no sufran ni padezcan en la intemperie, por lo que decide buscar un pequeño lugar que pueda alquilar cerca a su casa para que los cachorros vivan ahí y pueda cuidarlos (no puede tenerlos en su casa porque es demasiado pequeña). Por su parte, “B” -quien vive en Arequipa- se enteró de este episodio pues su mejor amigo que reside en ese pequeño distrito de Áncash le comentó lo sucedido.

“B” se encuentra sumamente mortificado y también tiene interés en ayudar. Desea aportar una cantidad de dinero para la mantención de los cachorros, pero lamentablemente no tiene fondos para hacerlo. “B” recuerda que es dueño de un pequeño predio -el mismo que afortunadamente se encuentra a 10 metros de la casa de “A”-. Toma la decisión de alquilar ese pequeño predio para que, con el dinero recaudado de la renta, pueda aportar para la mantención de los cachorros.

“A” y “B” logran contactarse y celebran un contrato de arrendamiento por cinco años en virtud del cual “B” cedió el uso de su pequeño terreno a “A” para que en él este pueda cuidar a los cachorros, a cambio del pago de una renta determinada que “B” emplearía para la compra de comida y medicinas para cada uno de ellos.

En este caso, “A” y “B” tienen una finalidad o interés único y común al haber celebrado el contrato de arrendamiento: proteger y criar a todos los cachorros que fueron abandonados. En este caso, nos preguntamos, qué ocurre si en el segundo año de arrendamiento, todos los cachorros mueren de manera repentina por una grave enfermedad hereditaria. ¿“A” y “B” aún tendrán interés en continuar con la ejecución del contrato? es claro que no.

La razón común por la cual ambos celebraron el contrato de arrendamiento se vio frustrada de forma definitiva. En casos como este, creemos que no sería necesario pactar una cláusula resolutoria o un receso motivado. El hecho de que el motivo o razón contractual sea **única y exclusiva a ambas partes**, determina que el contrato sea ineficaz si dicho motivo o finalidad decae. Desaparecido el interés común de “A” y “B”, el instrumento que servía para poder satisfacerlo (contrato) pierde su razón de ser. Solo en estos casos el contrato debería tornarse en ineficaz de manera automática por la frustración de la causa compartida o común de ambas partes, salvo que hayan pactado lo contrario.

Nótese que el anteproyecto de reforma del Código Civil incorpora un artículo en el que regula la frustración de la causa cuando se trata de un propósito **común** de las partes. En efecto, en el artículo 1372 - A se indica lo siguiente:

“1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida por causa no imputable a aquellas, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario.

2. Si la frustración es temporal, el contrato se resolverá de pleno derecho, solo si dicha temporalidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación de carácter esencial”.

Habiendo aclarado en qué consiste la causa objetiva y subjetiva, y los aspectos relacionados a su frustración (la misma que se evalúa analizando su aspecto subjetivo), veamos ahora cuándo ella es ilícita¹²⁴.

¹²⁴ Antes de analizar este tema y habiendo llegado a este punto debemos hacer una precisión sobre la causa objetiva. Anteriormente hemos mencionado que la causa en sentido objetivo es similar -no igual- al objeto del acto jurídico entendido como una finalidad, esto es, como una relación jurídica. Cuando analizamos la supuesta nulidad del contrato de cesión crediticia mencionamos que la imposibilidad jurídica del objeto del negocio entendido como una relación jurídica o como finalidad implica que la relación entablada por las partes no cumpla con los requisitos que algunas normas imperativas exijan o que dicha relación, en sí misma, vaya en contra del orden público.

Por ejemplo, si “A” y “B” celebran un contrato de hipoteca sobre un auto es claro que la relación “jurídica” que hayan creado estará inmerso en un supuesto de imposibilidad jurídica en tanto que el artículo 1097 del Código Civil -norma imperativa- indica que la hipoteca solo afecta a bienes inmuebles. Del mismo modo, si “A” pretende celebrar con “B” un arrendamiento gratuito es claro que dicha relación estará inmersa en supuesto de imposibilidad jurídica (será en todo caso un comodato, pero como relación de arrendamiento es imposible).

En estos casos el objeto como finalidad es imposible desde el punto de vista jurídico. Ahora bien, desde la óptica de la causa objetiva se dirá que la relación jurídica que pretenden celebrar las partes no es idónea con lo que ellas quieren. En efecto, la hipoteca y el arrendamiento así celebrados no cumplen la función jurídica que ellas necesitan o quieren: constitución de una garantía sobre un auto y entrega gratuita del uso de un bien. Lo que corresponde entonces es que celebren una garantía mobiliaria y un comodato, respectivamente. Nótese nuevamente cómo la causa objetiva es útil para efectos de tipificar el negocio que las partes celebraron.

Como ya se adelantó en las citas transcritas anteriormente, la licitud o ilicitud de la causa debe ser analizada teniendo en cuenta su aspecto subjetivo. Ello implica que lo que se debe analizar son los motivos o las razones determinantes (intereses) de las partes a efectos de someterlos a un filtro de licitud. Ahora bien, nuestro ordenamiento no ha señalado cuál es ese filtro. No se ha dicho cuándo una causa es ilícita. Por nuestra parte, estimamos que **la causa es ilícita cuando las razones subjetivas que llevaron a las partes a contratar contravienen o colisionan con el orden público (o con las buenas costumbres que forma parte de su contenido)**¹²⁵.

En ese sentido, el profesor Lizardo Taboada ha señalado que: “En conclusión, la causal de **nulidad por fin ilícito**, contemplada en el artículo 219, deberá entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, **en su aspecto subjetivo**, sea ilícita, por **contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres**” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Nulidad del Acto Jurídico, 2013, págs. 155-156).

Asimismo, el profesor Roppo indica lo siguiente:

“El contrato tiene causa ilícita cuando su “**razón**”, el “sentido” de la operación que con este las partes persiguen, son reprobados por el ordenamiento jurídico porque **contrastan con intereses, objetivos, valores esenciales** para el ordenamiento mismo. Puede tratarse de intereses y objetivos lato sensu políticos, como los subyacentes a **normas imperativas y a los principios de orden público**; o de valores morales, reconducibles a la noción de **buenas costumbres (...)**” (énfasis agregado) (Roppo, 2009, pág. 374)

En esa misma línea el profesor Juan Espinoza sostiene que el fin debe ser lícito y “(...) con ello se pretende poner en evidencia que la función individual práctica del acto solo será amparada por el ordenamiento jurídico **si es que no contraviene sus estándares de imperatividad, orden público y buenas costumbres**” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 78).

¹²⁵ En ese mismo sentido, el artículo 1343 del *Codice* establece que: “*la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres*”.

En el apartado anterior hemos estudiado en qué consiste el orden público. Toda razón, motivo o interés que colisione con los principios políticos, éticos, sociales, económicos y demás que conforman el orden público configurará un supuesto de ilicitud de la causa. Por ejemplo, en los casos que hemos enunciado anteriormente, si “A” pretende adquirir los 100 litros de lejía de forma mensual por tres años no para destinarlos a su lavandería y así poder lavar las prendas de los clientes sino para usarlo por tres años como un insumo más para la preparación de clorhidrato de cocaína y si “B” necesita el dinero no para pagar los estudios de su hija en el extranjero sino para financiar e inyectar “capital” a una organización de tráfico de droga que él lidera, entonces es claro que la causa subjetiva es ilícita por contravenir al orden público.

Del mismo modo, si “C” pretende adquirir el dinero no para comprar una avioneta o constituir una E.I.R.L sino para comprar armas en el mercado negro para potenciar a una banda de extorsionadores y si “D” necesita obtener más dinero a través del cobro de los intereses no para comprar una máquina de coser para su fábrica de zapatos sino para adquirir insumos y maquinarias con los cuales adultere varios tipos de medicinas, entonces es claro que la causa subjetiva es ilícita por contravenir también al orden público.

En todos esos casos el motivo o la razón determinante contravienen estándares superiores (principios) o reglas de orden público que no deben ser vulneradas. Por ello es relevante el estudio de la causa subjetiva. No solo para efectos de **evaluar si el fin del contrato se ha frustrado o no**, sino también para **analizar si el mismo es lícito o no**. La causa subjetiva tiene esa **utilidad**; mientras que la objetiva -como hemos advertido antes- es **útil** para efectos de **tipificar** -legal o socialmente- el negocio que se pretende celebrar o el que se ha celebrado¹²⁶.

¹²⁶ Adicionalmente a las utilidades o bondades que tiene la causa -a juicio de la profesora Zusman- la misma cumple una función discriminadora en el sentido de que a partir de su análisis se puede diferenciar entre lo que es o no es un acto jurídico.

En efecto, la profesora peruana ha señalado que: “solo determinando, entonces, si los emisores de la declaración de voluntad tuvieron en mente, aún de manera no del todo consciente, que las obligaciones asumidas podían ser objeto de reclamación ante los tribunales, la declaración de voluntad tendrá la categoría de negocio jurídico. En cambio, si al emitir la declaración de voluntad, el propósito era hacer o pedir un favor, colaborar generosamente o celebrar un acuerdo de caballeros, dicha declaración no tendrá categoría de negocio jurídico y, por tanto, no podrá ser reclamada judicialmente. **La causa, pues, es decir, el análisis de los propósitos prácticos perseguidos por las partes, incluye la apreciación de la “intención de producir efectos jurídicos” y permite distinguir entre aquello que tiene y no tiene categoría de jurídico**” (énfasis agregado) (Zusman Tinman, La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos, s.f., págs. 112-113).

Al respecto, somos de la idea de que la intención de un sujeto de vincularse jurídicamente a través de su declaración es un aspecto distinto al análisis de la causa. En efecto, el hecho de que un sujeto emita una declaración no con una seria intención de crear una relación jurídica -sino en ánimo de broma o de favor- difiere del análisis de las razones -intereses o motivos- que se encontraban detrás de esa declaración, los mismos que pueden ser lícitos o ilícitos. Si la

Ahora bien, respecto a este tema de la licitud de la causa, es claro que cuando ambas partes tienen intereses o motivos, si bien distintos, pero ambos ilícitos (“A” pretende la lejía para elaborar cocaína y “B” el dinero para financiar a una organización criminal) o cuando ambos tengan o compartan un único fin también ilícito (“A” y “B” contratan con el único fin -compartido por ambos- de dañar a un tercero), entonces el contrato es nulo por causa ilícita.

Del mismo modo, es claro también que cuando una sola de las partes tenga un interés o motivo ilícito y la otra no, pero que sí conozca del interés ilícito de su contraparte y aun así contrate con ella (“A” arrienda un inmueble supuestamente para que viva en él, pero en realidad es para usarlo como un centro de explotación de menores y el propietario, si bien necesita la renta para cubrir los gastos de construcción de su oficina -lo cual es lícito- conoce de la verdadera intención de “A” y aun así contrata con él), entonces el contrato es nulo por causa ilícita.

Sin embargo, surge la “polémica” en torno a qué ocurre cuando solo una de las partes es la que tiene como motivo o razón determinante una que contravenga al orden público pero la otra desconoce tal hecho y su razón o interés no es ilícito (“A” requiere la lejía para usarlo como insumo para preparar cocaína y “B” necesita el dinero para pagar los estudios de su hija en el extranjero, pero desconoce el interés ilícito de “A”). En casos como este, ¿el contrato es nulo? la respuesta es que sí.

Ya en el apartado 3.1.1 hemos desarrollado cuándo un sujeto adquiere la condición de tercero que merezca protección. Se ha señalado que tercero es aquel que es ajeno al vicio o anomalía del que padece un contrato en el sentido que desconoce dicha patología. No importa si dicho sujeto es parte o no del contrato en el que se encuentra la anomalía, puede que sí o puede que no, pero lo importante es que no haya conocido o no haya podido conocer dicho vicio y, además, que haya adquirido el bien o derecho a título oneroso. El desconocimiento de la patología -que implica buena fe- más la onerosidad en la adquisición determinan que el tercero tenga protección.

declaración de voluntad tenía o no vocación de juridicidad es distinto entonces al análisis de las razones o motivos que justificaron que se emita esa declaración.

Si bien esto es correcto, también hicimos una salvedad sobre ello: si bien quien ostenta dicha condición es aquel que desconoce el vicio, **la protección no es aplicable cuando se encuentra de por medio un vicio de invalidez del negocio** (nulidad o anulabilidad). En efecto, al tratarse de **causales que son de interés general y que se sustentan en premisas de orden público** (al menos las de la nulidad), no puede una de las partes del negocio nulo alegar que desconocía de la causal que dio lugar al vicio por lo que actuaba de buena fe y además al adquirir un bien o derecho a título oneroso, entonces pretenda mantener la eficacia del contrato¹²⁷.

Quien sí podría alegar que no conocía o no pudo conocer la anomalía -lo cual implica tener buena fe- a efectos de proteger su adquisición sería un sujeto que no forma parte del negocio inválido y que adquirió un bien o derecho de una de las partes de ese negocio viciado a título oneroso. En este supuesto lo que se busca proteger es el libre tráfico patrimonial. Una vez que una de las partes del negocio nulo dispone los bienes o derechos adquiridos en virtud de dicho contrato se inicia una cadena de transacciones que da vida al tráfico comercial y, como sabemos, **uno de los pilares fundamentales o aspectos clave del desarrollo del sistema económico es la libre y segura circulación de la riqueza.**

Siendo ello así, la invalidez debe alcanzar solo a las partes del contrato que padece la anomalía pues **mientras no hayan dispuesto los bienes o derechos adquiridos aún no se habrá dado inicio al tráfico comercial que es lo que se busca proteger.** Como se habrá podido advertir, en este contexto en el cual ya empieza o se origina una sucesión o una serie de transacciones, la nulidad -que, como hemos señalado, se sustenta en valores o principios básicos de interés general- cede o queda desplazada por otro valor -de tipo económico- que igualmente es de **interés general** por el impacto que tienen en el **crecimiento** de un país: la circulación fluida y segura de las operaciones económicas (riqueza). Por ello, pretender que la nulidad alcance hasta la última transacción de la cadena perjudicaría no solo la buena fe (**confianza**) y la onerosidad con la que adquirieron lo sujetos -creando serios **desincentivos** para que no contraten- sino también a dicho valor económico fundamental.

Habiendo hecho esta precisión, regresemos al ejemplo anterior. Si bien “B” sería perfectamente un tercero pues desconocía el motivo ilícito que “A” tenía -lo cual viciaba el

¹²⁷ En el caso de la anulabilidad es un tanto distinto, pues la parte afectada o quien desconocía el vicio puede solicitar la declaración de anulabilidad o, si desea mantener su adquisición, puede confirmar el negocio.

negocio celebrado- y a pesar de haber contratado con él a título oneroso (se trata de un suministro que no es gratuito), debe tenerse en cuenta que dicha patología no se trata de cualquier vicio. Es la más **grave** de las anomalías negociales que no admite ningún tipo de “subsanción” o de tolerancia: una nulidad. Es por ello que la confianza o la buena fe de “B” -desconocimiento del vicio- cede o queda desplazada y se impone la aplicación de la nulidad, la cual busca proteger la primacía y la plena realización de valores o principios fundamentales que integran el orden público. Si esta es vulnerada a través de un contrato, entonces dicho negocio no merecerá protección.

Así, en el ejemplo anterior, teniendo en cuenta la evidente ilicitud del motivo o del interés de “A, nos preguntamos ¿el sistema debe tolerar ese contrato de suministro y permitir que siga siendo eficaz en aras de proteger la confianza (y la onerosidad) con la que actuó “B”? ¿“B” debería seguir obligado a suministrar los litros de lejía a un sujeto que destina su uso a la elaboración de cocaína? es claro que no. El sistema no debe permitir que dicho contrato siga siendo eficaz. Es por ello que la nulidad se impone y da lugar a la ineficacia del contrato.

Ahora bien, lo expuesto no implica que “B” quede desprotegido, pues en realidad él desconocía el vicio, por lo que actuaba de buena fe y además contrató a título oneroso. Era la otra parte la que dio lugar a que aparezca o surja el vicio con su actuar ilícito. Siendo esto así, si bien el negocio será nulo de todas maneras, “B” tiene dos herramientas de protección: **(i)** como consecuencia de la nulidad, solicitará que se le restituya las prestaciones que hubiera ejecutado, en este caso, que se le devuelva los litros de lejía que entregó. Nótese que, si fuera imposible para “A” restituirlos por cualquier otra razón, incluso cuando la imposibilidad fuera por causa no imputable a él, deberá entonces entregar una suma equivalente a su valor¹²⁸, **(ii)** podrá reclamar un resarcimiento por los daños que haya podido padecer al tornarse en ineficaz el contrato, por ejemplo, la utilidad que dejará de ganar por la frustración del mismo.

Sobre la restitución prestacional resulta interesante hacer una precisión. Si bien la consecuencia de todo contrato nulo -como regla- es que ambas partes se restituyan las prestaciones

¹²⁸ Estimamos que la parte que incurrió en la ilicitud deberá entregar una suma equivalente al valor de los bienes que fueran de imposible restitución incluso cuando dicha circunstancia haya ocurrido por causa no imputable a ella en tanto que justamente dicha parte fue la que con su actuar ilícito dio lugar a que el contrato sea nulo y, con ello, a que la otra parte sufra las consecuencias negativas de esa ineficacia. Es una suerte de sanción que recae sobre el sujeto que actuó de esa forma. Nuestro Código Civil -en su artículo 1269- contempla esta línea de sanción.

que hubieran ejecutado, existen algunas excepciones a dicha regla. Una de ellas es cuando una de las partes haya adquirido el bien que debería restituir a través de la prescripción adquisitiva de dominio, la otra es cuando haya prescrito la posibilidad de pedir la restitución¹²⁹, lo mismo ocurre cuando el bien objeto del contrato nulo ha sido transferido a un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso y, finalmente, cuando la causal por la cual se declaró nulo el contrato haya sido por tener un fin ilícito o inmoral (contravención a las buenas costumbres).

Este último caso se encuentra regulado en el artículo 1275 del Código Civil el cual establece lo siguiente: “***no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito. Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar***”.

En esa misma línea, el artículo 2035 del *Codice* establece que quien ha realizado una prestación “***para un fin que, también de su parte, constituya una ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado***”. En sede nacional, un sector de nuestra doctrina también se encuentra de acuerdo con tal posibilidad. En efecto, el profesor Luciano Barchi señala que si ambas partes de un contrato actuaron vulnerando las buenas costumbres entonces ninguna de ellas podrá repetir lo que pagó. Pero si solo una de ellas es la que incurrió en una conducta inmoral, entonces solo dicha parte es la que no podrá solicitar que se le restituya lo que pagó, la otra parte sí podría hacerlo.

Siendo un contrato que contraviene a las buenas costumbres, el sistema no puede ocuparse de proteger a la parte o a las partes que incurrieron en una conducta de ese tipo (Barchi Velaochaga, ¿Qué son las buenas costumbres?, 2015)¹³⁰. Concordamos con el profesor Barchi -y, en ese sentido, con lo establecido por nuestro Código Civil-, pues sería un despropósito que el sistema jurisdiccional otorgue tutela a una parte que contrató para obtener un fin ilícito o inmoral y que se active al aparato de justicia para que pueda recuperar lo que pagó sobre la base de un contrato que **él mismo -o ambas partes- viciaron**.

¹²⁹ No debe perderse de vista que la pretensión de nulidad prescribe a los diez años.

¹³⁰ Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=_KJpJqJC1EI&t=907s

Si bien el contrato será nulo, el sistema no debería tutelar a la parte o a las partes que actuaron de esa forma y que pretendan la restitución de lo que ejecutaron. De hecho, desde una óptica procesal, la pretensión que eventualmente interponga la parte que tuvo una finalidad ilícita o inmoral es improcedente por falta de interés para obrar al tratarse de un caso no justiciable. Esto ocurre cuando un sujeto acude al órgano jurisdiccional a solicitar tutela o protección para un **interés que colisiona directamente con el orden público o que tiene como base u origen un hecho contrario a dicho pilar fundamental de nuestro sistema jurídico** (hecho ilícito).

Sería el caso, por ejemplo, del autor de un robo el cual solicita a un juez que le ordene a su cómplice que le pague una suma de dinero porque este no hizo bien su trabajo. En casos como estos, el Estado les cierra legítimamente sus puertas a esos sujetos. No es posible activar el sistema de justicia para que se atienda esos reclamos que tienen por fuente a un hecho a todas luces ilegal (robo, contratos ilícitos, etc.).

Ahora bien, ¿dónde queda la prestación ejecutada? ¿la otra parte se queda con ella? de acuerdo a lo establecido por el referido artículo 1275 del Código Civil, lo ejecutado sobre la base del contrato nulo es destinado a la institución encargada del bienestar familiar (INABIF), con lo cual se evita que no se produzca algunos supuestos de enriquecimientos sin causa.

Habiendo hecho esta precisión sobre la restitución prestacional, veamos ahora otro aspecto importante a tener en cuenta. A partir de lo expuesto hasta ahora podría cuestionarse que los motivos o las razones subjetivas (intereses) que justifican que las partes contraten no pueden ser en todos los casos fáciles de descubrir o de conocer, con lo cual el examen de la licitud de los mismos se torna difícil, por no decir imposible. Y es que en la mayoría de los contratos que se celebran no se especifica necesariamente cuáles son los intereses (motivos o razones) que las partes buscan satisfacer. Ellos no siempre están expresados en alguna cláusula. ¿Qué ocurre en esos casos?

Estimamos que en esos casos es posible inferir cuál es la razón determinante, el motivo o el interés que las partes buscan satisfacer a partir de ciertos criterios razonables como por ejemplo analizando el bien que es materia de la relación jurídica o si el negocio celebrado es conexo con otros por su misma naturaleza.

En efecto, es razonable inferir que si “A” compra un perfume para él es porque tiene el interés de estar presentable y de oler bien. Ese es el motivo o la razón subjetiva que justificaría que contrate. Asimismo, si “B” compra líquidos de freno para su auto es porque -razonablemente- tiene la necesidad de ajustar el sistema de defensa de su vehículo.

Del mismo modo, si “C” es un ingeniero al cual se le ha encargado la construcción de una casa y para ello celebra con el comitente además de un contrato de obra un mandato por el cual comprará los materiales, entonces la razón que justifica que el mandante haya celebrado el mandato es que el mandatario (ingeniero) pueda elegir bien los ladrillos, cementos, fierros y otros materiales de acuerdo a sus conocimientos técnicos y, de ese modo, pueda recibir una obra en perfectas condiciones.

Ahora bien, más allá de los criterios antes expuestos ¿qué ocurre entonces cuando la causa subjetiva o la razón determinante no está expresada en una cláusula o ella no puede inferirse a partir del bien o de una posible conexidad con otros contratos? en otras palabras, ¿qué ocurre en los casos en los que no se pueda determinar con exactitud cuál es el motivo? esto, como ya hemos adelantado, es posible que ocurra en tanto que la causa subjetiva entendida como un motivo o razón personal no siempre es expresada por las partes, sino que queda en el fuero interno de los mismos.

Sin embargo, ¿el hecho de que no se exprese o no se pueda inferir con claridad cuál es el motivo implica que la causa subjetiva deje de tener utilidad? o, lo que es peor ¿este defecto implica que deje de existir una causa subjetiva o una razón determinante para contratar? es claro que no. Siempre habrá una razón determinante para contratar -otra cosa es que ese motivo no sea siempre susceptible de ser conocido-. No debe perderse de vista que esos motivos o intereses son útiles ya que el análisis de los mismos nos permitirá saber si la causa del negocio es lícita o no y, eventualmente, si la misma se ha frustrado o no.

El hecho de que no se pueda saber o determinar la razón justificativa o el interés para contratar es un tema que ya no incide en el ámbito material o sustancial del análisis de la causa, sino que es un tema netamente de **carácter probatorio** que escapa o está **fuera de la naturaleza de lo que es la causa subjetiva en sí misma**. Por haber un “defecto” externo a ella, no implica que la misma se vea alterada en su contenido.

Teniendo ello en cuenta, sería del todo válido que se pretenda la nulidad de un negocio jurídico por causa ilícita no solo cuando el motivo o la razón determinante que lo justifica -que debe ser contraria al orden público- se encuentra expresada en el contrato como tal, sino que, aun cuando no haya estado expuesta en el mismo, se haya podido descubrir fehacientemente por cualquier otro medio que la causa era ilícita. Nuevamente, será un tema que tiene que ver con la prueba de la finalidad ilícita.

Así, en algunos casos se podrá encontrar medios probatorios contundentes que demuestren la ilicitud de la causa (correos electrónicos, cartas, chats, grabaciones, videos, etc.) y en otros se podrá demostrar la ilicitud del mismo con algún medio probatorio al cual se le sumen indicios a partir de los cuales se pueda inferir razonablemente que la razón determinante para contratar era contraria al orden público.

En base a todo lo expuesto hasta ahora, veamos si el contrato de cesión crediticia celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo* es nulo o no por fin ilícito. En la parte final del apartado anterior hemos precisado que ello solo ocurrirá en un supuesto muy específico, pero en el otro no. Veamos cuáles son dichas hipótesis y analicemos cada una de ellas:

El primer supuesto implica que el cedente y el cesionario -o solo este último- hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de *non cedendo* conocido por el cesionario- con el **ánimo o la intención** concreta y clara de dañar o perjudicar al cedido. Esto implica que ambos -o solo el cesionario- se hayan **coludido** a través de la celebración del contrato con la **finalidad** de lesionar, menoscabar o afectar la esfera jurídica de él (entiéndase su crédito, y otros aspectos más relacionados a este). En este caso, somos de la idea de que el negocio jurídico así celebrado sí es nulo por tener un fin ilícito y, por ello mismo, la relación jurídica que se haya entablado en esas condiciones adolecerá de un supuesto de imposibilidad jurídica (objeto como finalidad).

En efecto, cuando el **motivo o la razón determinante** del cedente y del cesionario consista en generar de forma deliberada un perjuicio o daño al cedido, entonces es claro que el contrato celebrado por ellos tiene un fin que es del todo ilícito. Se encuentran dentro del mismo supuesto, por ejemplo, los casos de boicots o sabotaje empresarial. En estos casos los contratantes se coluden a través de la celebración de un contrato para satisfacer un interés o motivo también ilícito: perjudicar arbitrariamente a algún competidor.

Del mismo modo, los acuerdos de concertación de precios tienen como objetivo o finalidad el perjuicio a otros competidores, pero también resultan afectados los propios consumidores. En estos supuestos **el ánimo de perjuicio al tercero constituye la ratio o la razón justificante del contrato celebrado por las partes**. En otras palabras, **para eso** ellas contrataron. A este tipo de contratos se les ha denominado contratos en daño de terceros.

Sobre dicha figura, el profesor Diez-Picazo ha señalado lo siguiente:

“Se alude con ella a aquellas hipótesis en que, al celebrar un contrato, y precisamente a causa de la celebración del contrato, los contratantes ocasionan un daño a una **tercera persona**, y ello tanto si el contrato **se realiza precisamente con este específico propósito**, es decir, si existe coincidencia de ambos contratantes con tal finalidad, **como si es solo uno de ellos quien desea la producción del daño**” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato, 1996, pág. 446).

Respecto a la consecuencia o la sanción que corresponde aplicar a dicho tipos de contratos, el profesor español ha indicado que:

“Tampoco es pacífica la doctrina en orden a las consecuencias que el tipo de contrato descrito (contrato en daño a tercero) puede producir. Partiendo de la regla de la eficacia relativa del contrato, se ha llegado a la conclusión de que el contrato es irrelevante para el tercero. El contrato regula simplemente las relaciones entre las partes contratantes. Al tercero, el contrato, en cuenta tal contrato, ni siquiera le afecta. Podrá, únicamente, coexistir con el contrato un acto ilícito que es la causa del daño. Pero este ilícito estará sometido a la disciplina general de la responsabilidad aquiliana.

El anterior punto de vista escinde arbitrariamente dos elementos- contrato e ilícito dañoso- que en realidad se presentan unidos indisolublemente. Por ello, parece más adecuado entender que **el designio o propósito de las partes, que existe en el contrato en daño de tercero, debe de algún modo repercutir en el tratamiento del contrato**. ¿De qué manera?

Cabe, en primer lugar, pensar que **en todos aquellos casos en que ambos contratantes se concierten para ocasionar un daño al tercero, el contrato tiene causa ilícita y que, por consiguiente, esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo**. La nulidad puede ser solicitada

por el tercero perjudicado, quien de esta manera puede poner fin a la lesión que mediante el contrato se le produce” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato, 1996, pág. 447).

Como se observa, la nulidad es la sanción adecuada para ese tipo de contratos. En la hipótesis que nos ocupa, una parte pretende disponer su crédito y la otra adquirirlo (que puede ser a cambio de algo o no). ¿Qué contrato en virtud de su propia estructura jurídica resulta idóneo para ello? La cesión de crédito. Ahora, ¿para qué las partes celebraron dicho contrato? Si la finalidad era perjudicar al cedido entonces estaremos frente a lo que se conoce como un contrato en daño de tercero el cual resulta nulo por fin ilícito.

Ahora bien, ¿cómo determinar o saber si el cedente y el cesionario tenían como motivo o razón compartida obtener dicha finalidad? Como advertimos anteriormente, muchas veces el interés o motivo no se expresa en el contrato, y muchos menos será expuesto si lo que pretenden las partes es ocasionar un perjuicio a un tercero. Esto ya es un tema eminentemente probatorio. Sin embargo, no por ello los supuestos de contratos en daño de terceros desaparecerán del todo, y en caso de celebrarse, deberían ser cuestionados con medios probatorios o indicios a partir de los cuales se puede evidenciar la ilicitud de su causa.

Por ejemplo, piénsese en el siguiente caso -que constituye el supuesto específico en el que hemos señalado que el contrato sí es nulo por fin ilícito - cuya ocurrencia es perfectamente posible:

“A” y “B” celebran un pacto por el cual este se obliga a no ceder su crédito. A pesar de ello, “B” transfiere su crédito a “C” quien conocía dicho pacto. Ocurre que luego de cedido el crédito “A” logra encontrar unos correos electrónicos de fecha anterior a dicha cesión en los cuales “B” y “C”, de forma clara y expresa, manifestaban su intención de celebrar dicho contrato con el objetivo premeditado de perjudicarlo.

En dichos correos “C” señalaba que cuando adquiriera la condición de acreedor por efecto de la cesión a celebrarse no se avocaría tanto en solicitar el pago de la deuda, sino que, aprovechando su posición acreedora, no realizaría los actos de colaboración necesarios para que el deudor no pueda pagar y en consecuencia no se pueda liberar de su obligación. Con ello buscaría que inicie un largo y tedioso procedimiento de consignación en la vía judicial al cual se opondría

las veces que sea necesario para dilatar el procedimiento y así el deudor no se libere aún por un buen tiempo.

Aprovechando que no quedaría liberado de su obligación, indica “C” que acudiría a las centrales de riesgo de créditos como INFOCORP para que logre registrarlo allí y con ello pierda la posibilidad de solicitar futuros préstamos a algunas entidades bancarias. Incluso indica que interpondría una pretensión resarcitoria contra “A” por los supuestos daños que haya podido padecer a causa de su incumplimiento. A todo esto “B” se suma y le indica que tiene todo su apoyo y que incluso se compromete a apersonarse al juzgado y a ir a INFOCORP a declarar -de forma falsa- que cuando él era el acreedor, “A” nunca tenía la intención de pagar y, por el contrario, siempre se negó a ello y es por eso que decidió cederle el crédito a “C” para que este se encargue de hacer lo posible para hacer “justicia”.

El contenido de los correos electrónicos descubiertos por “A” demuestran claramente la verdadera finalidad o el verdadero motivo por el cual “B” y “C” contrataron: perjudicar de todas las formas posibles a “A”. **Para** eso celebraron el contrato de cesión de crédito. El cobro de la deuda era lo último en lo que pensaba “C”. Este buscaba adquirir la condición de acreedor con la complicidad de “B” quien le cedería su crédito para, conjuntamente con él, dañar a “A”.

En estos casos, el sistema no tolera esos motivos o intenciones y sanciona con nulidad el contrato que los viabiliza por ser manifiestamente ilícitos. En el supuesto que hemos planteando, el contrato de cesión de crédito entre “B” y “C” sería nulo entonces por tener un fin ilícito. Ahora bien, anteriormente hemos señalado que la causa es ilícita cuando ella contravenga al orden público. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿qué aspecto o significado del orden público se ha vulnerado? creemos que el relacionado al orden público social y ético.

En efecto, cuando “B” y “C” se coluden para celebrar el contrato y así este pueda obtener la condición de acreedor para perjudicar a “A” con el apoyo de “B”, lo que buscan es dañar o perjudicar la esfera jurídica de “A”. Esta intención o finalidad dolosa de perjuicio y menoscabo, qué duda cabe, colisiona o contraviene abiertamente con el principio del *neminem laedere* o el deber general de no causar daño a nadie el cual, como ya se desarrolló anteriormente (ver la página 210), forma parte del orden público social y, eventualmente, dependiendo del caso concreto, del orden público ético también.

Y es que es claro que una finalidad o motivo de ese tipo -en este caso compartido por ambas partes- contraviene uno de los más básicos principios sociales y éticos que toda sociedad ansía mantener: el respeto mutuo por la plena realización de los demás, lo cual implica que nadie debería pretender dañar o perjudicar los intereses ajenos. La observancia de dicho principio da lugar a una pacífica convivencia social en la cual los sujetos puedan satisfacer sus intereses sin que los demás interfieran en ellos. Siendo ello así, qué peor forma de ir en contra de dicho principio si las partes del contrato ilícito -premeditadamente- acuerdan, paso a paso, cada uno de los actos por los cuales afectarán la esfera jurídica de “A”.

Teniendo ello en cuenta, el contrato celebrado entre “B” y “C” sería nulo por cuanto esos motivos o intereses ilícitos compartidos por ambos: (i) inciden o se asientan directamente en un **elemento estructural del contrato**: la causa y (ii) contravienen -objetivamente- **un valor o principio fundamental** que es de **interés general**: la observancia del principio del *alterum non laedere*.

Al ser nulo el contrato, lo que correspondería -en principio- es que ambas partes se restituyan las prestaciones que hubieran ejecutado. En este caso, si “C” hubiera abonado una contraprestación por el crédito (dinero o algún otro bien), entonces “B” debería devolverle lo que hubiere pagado, y, a su vez, este debería recuperar el crédito que le cedió.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, cuando se realiza un pago para obtener un **fin ilícito o inmorale** -como ocurre en el caso bajo comentario-, se produce una excepción a la regla de la restitución prestacional que debería operar como consecuencia de la declaración de nulidad del negocio. Si ambas partes tenían un propósito ilícito o inmorale, entonces ninguna de ellas podrá solicitar la repetición de lo que pagó.

En este caso, es claro que tanto “B” como “C” tenían como motivo o razón común dañar a “A”, lo cual determina que tengan una **finalidad ilícita e inmorale**. Siendo ello así, la restitución prestacional no debería operar, por lo que -si bien el contrato es nulo- “C” no podría accionar para recuperar lo que pagó por el crédito y, del mismo modo, “B” tampoco podría accionar para recuperar su crédito. Como hemos señalado anteriormente, el Estado no debería activar su aparato jurisdiccional para atender las pretensiones de dos sujetos que actuaron de esa forma. En estos casos, lo que corresponde es destinar las prestaciones ejecutadas a la institución encargada del

bienestar familiar. Siendo ello así, para efectos de “A”, su nuevo acreedor sería ahora la referida institución¹³¹.

Ahora bien, es perfectamente posible que ocurra que solo “C” sea quien desea perjudicar o dañar a “A”. Sería el caso en el cual este, a través de correos o chats, logra probar que la intención o finalidad de “C” al contratar con “B” era adquirir la condición de acreedor para perjudicarlo de todas las formas posibles. Por ejemplo, piénsese que en los chats entre “C” y otra persona este indica que -intencionalmente- no realizaría los actos de colaboración necesarios para que “A” se libere de su obligación, provocando que inicie un procedimiento de consignación. Asimismo, que interpondría varias demandas sin fundamento contra él y buscaría registrarlo en INFOCORP y otras centrales de riesgo para que pierda la posibilidad de solicitar créditos a entidades financieras.

Por el lado de “B” imaginemos que la razón o el motivo que tiene para contratar sí es lícito, por ejemplo, porque pretende ceder su crédito para que con el dinero que obtenga a cambio de ello pueda cumplir con aportar la suma que le corresponde a una sociedad que va a constituir con otras personas. Si bien podía obtener dicha suma con lo que podía cobrar a “A”, ocurre que aún no le podía exigir el pago porque no había vencido el plazo, por lo que necesitaba con urgencia el dinero y por ello transfirió el crédito a “C”.

En este caso, qué ocurre si “B” -quien no actúa de forma ilícita- conocía el motivo o interés ilícito de “C” y aun sí contrató con él. ¿El contrato sigue siendo nulo? para hacer un poco más “trágico” o “polémico” el caso ¿qué ocurre si “B” no conocía el motivo o la razón ilícita de “C” y celebró el contrato creyendo que todo estaba bien? ¿el contrato es nulo también? en ambos casos la respuesta es afirmativa.

En efecto, en el primer caso es claro que, si bien “B” no tenía un interés o motivo ilícito para contratar, sí conocía del interés o la razón ilícita de “C” y, a sabiendas de ello, contrató con él con lo cual permitió o contribuyó a que este pueda satisfacer o ver realizado su interés negativo: dañar o perjudicar a “A”. En el segundo caso a pesar de que “B” desconoce el motivo ilícito de

¹³¹ Como hemos mencionado, por el lado de “C”, no sería posible que este solicite jurisdiccionalmente que se le restituya lo que le hubiera pagado a “B” por la obtención del crédito, pues **él también actuó de forma ilícita al coludirse con “B” para perjudicar a “A”**. No sería posible que solicite a un juez a que ordene a “B” la restitución de lo que él recibió sobre la base de un contrato ilícito que **ambos celebraron de forma intencional**. Lo mismo ocurre con “B”. No debería proceder la restitución del crédito de “C” hacia “B”.

“C” -con lo cual contrata confiando en que no existe ningún vicio-, conforme hemos señalado anteriormente, la sanción de la nulidad se debe imponer sobre dicha confianza y, por tanto, el contrato celebrado en esas condiciones debe ser dejado sin efecto.

Nótese que, en ese sentido, el actual artículo 1162 del Código Civil francés -modificado en el año 2016- señala que: “*el contrato no puede derogar el orden público, ya sea por sus estipulaciones o por su propósito, ya sea que este último haya sido conocido o no por todas las partes*” (énfasis agregado). Como se observa, el *Code* es claro en señalar que a pesar de que una de las partes no haya conocido que la otra tenía una finalidad o propósito contrario al orden público, entonces el contrato celebrado no puede permanecer o sostenerse como tal. En ese sentido, no es posible que el sistema tolere la razón o el motivo ilícito de “C” y permita que el contrato celebrado por él siga surtiendo efectos y, con ello, que pueda finalmente lograr su cometido: perjudicar a “A”.

Siendo ello así, como consecuencia de la declaración de nulidad, “B” recuperaría el crédito que transfirió y además podría solicitar un resarcimiento a “C” por los daños que, de ser el caso, haya podido padecer a causa de la ineficacia del contrato de cesión, la cual se dio por culpa exclusiva de “C”. Respecto a lo pagado por este último por el crédito que en su momento adquirió, según lo expuesto anteriormente, en lugar de que “B” le restituya dicho monto, deberá entregarlo a la institución encargada del bienestar familiar en tanto que “C” le pagó ese monto con miras a perpetrar su finalidad ilícita e inmoral: adquirir el crédito para “usarlo” en contra de “A”. Teniendo ello en cuenta, “A” seguirá teniendo como acreedor a “B” y, por tanto, es a él a quien debería pagar.

Cabe precisar que en todos estos supuestos no es que “A” esté oponiendo el pacto de *non cedendo* que tiene con “B” a “C”, si no que el contrato en sí mismo celebrado entre ellos, al tener un fin ilícito, adolece de nulidad absoluta, lo cual determina que sea ineficaz. Si bien en el fondo el efecto práctico o la consecuencia de oponer el pacto de *non cedendo* (ineficacia en sentido estricto solicitado por el cedido) es igual al de solicitar la nulidad del negocio de cesión crediticia, esto es, que “B” seguirá siendo el titular del crédito (salvo que no proceda la restitución del mismo porque su nuevo titular será la institución encargada del bienestar familiar), no queríamos dejar de precisar ello.

Ahora bien, qué ocurre si solo “B” es quien tiene por finalidad perjudicar o dañar a “A”, pero “C” no. ¿Es posible ello? en teoría sí, pero no podrá materializar su intención. En efecto, lo

único que puede hacer “B” para buscar el perjuicio de “A” es incumplir el pacto de *non cedendo* y contratar con “C”. Sin embargo, como sabemos, no todo incumplimiento da lugar a un daño efectivo por más que el deudor desee generar dicho efecto con su incumplimiento. “B” no podría hacer nada más para que logre el daño que anhela puesto que al transferir su crédito quien adquiere la condición de acreedor es “C” y, por tanto, sería solo él quien podría, ejerciendo dicha titularidad, perjudicar a “A”.

Entonces, así “B” transfiera su crédito con el único fin de lesionar a “A”, quien en realidad está en posibilidad de hacerlo no es él, sino “C”. Es él quien luego de adquirido el crédito -como nuevo acreedor- decidirá si se niega a realizar los actos de colaboración que sean necesarios, a interponer demandas contra “B”, a pretender registrarlo ante INFOCORP y otras cosas más, pero ya será una decisión suya y él asumirá las consecuencias de los daños que haya podido ocasionar a “A”.

Teniendo ello en cuenta, para sancionar con nulidad un negocio jurídico por fin ilícito de solo una de las partes, no basta con tener un interés o motivo ilícito, sino que también se debe estar en posibilidad de hacer efectivo dicho fin utilizando al contrato como un instrumento que permita colocar a la parte que actúa ilícitamente en una condición o posición a partir de la cual pueda perjudicar al tercero. En este caso, como ya se mencionó, es claro que “B”, por más que quiera, no podrá hacer nada más para que “A” sufra un perjuicio efectivo, por lo que su fin u objetivo no podrá prosperar y, en consecuencia, el contrato no será nulo.

En conclusión, la única hipótesis en la cual el contrato de cesión crediticia es nulo por fin ilícito es cuando -entre otros casos- ambas partes o solo el cesionario tienen por motivo o interés el ocasionar un perjuicio o daño al cedido. **Para eso** contrataron. Esa es la justificación o *ratio* del

negocio que celebraron y que determina que el contrato sea nulo.^{132 133} Veamos ahora el otro supuesto en el cual el dicho contrato, supuestamente, también sería nulo por ilicitud de su causa.

¹³² Cabe precisar que cuando hemos señalado que ambas partes -o solo el cesionario- tienen por fin o motivo contratar para dañar o perjudicar al cedido, se está configurando un claro supuesto de abuso de derecho. Sobre esta figura, el profesor Juan Espinoza -citando al profesor Guillermo Borda- señala que se debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos de juicio que permiten advertir que nos encontramos ante un supuesto de este tipo: **(i) intención de dañar, (ii)** si la conducta es contraria a las buenas costumbres, **(iii)** si se ha actuado de manera **no razonable**, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca. Del mismo modo, citando a los profesores José León Barandiarán y Carlos Fernández Sessarego, indica que se debe tener en cuenta también: **(i)** que se haya transgredido un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad), **(ii)** que se verifique el ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular y **(iii)** que no es necesario que se verifique un daño (Espinoza Espinoza, Los principios contenidos en el título preliminar de Código civil peruano del 1984 : análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2011, págs. 56-58).

Teniendo ello en cuenta y habiendo demostrado en la hipótesis que analizamos que ambas partes del contrato cumplen con los requisitos antes anotados (intención de dañar, ir en contra de la buena fe, etc.), es claro entonces que se incurre en un supuesto de abuso de derecho. ¿Y cuál es el derecho subjetivo del cual se está abusando? Pues la libertad de contrato. **Si bien en virtud de este derecho todos los sujetos tienen la libertad para decidir si se vinculan contractualmente o no, no pueden “escudarse” en él para que contraten con el objetivo de dañar o perjudicar al cedido. Dicha libertad debe ser ejercida con la finalidad de satisfacer intereses dignos de tutela y sin pretender ocasionar a través de su ejercicio un perjuicio a los demás.** (En el apartado correspondiente a la antijuridicidad analizaremos un poco más a este derecho fundamental y su incidencia en la hipótesis que estamos analizando).

El profesor San Marquino, citando a Antonio Gambaro, también ha señalado lo siguiente:

“Se ha observado que el abuso de derecho ha desempeñado un rol doble. En un primer momento, este principio ha sido utilizado para declarar ilícitos comportamientos que formalmente se presentaban como ejercicios de derechos absolutos. Dentro de esta categoría, encontramos a los casos que se han presentado en la jurisprudencia francesa. De tal manera que estas hipótesis de abuso de derecho son fácilmente reabsorbibles en la teoría del ilícito civil una vez reconocido que el ejercicio del derecho no ofrece una inmunidad absoluta a su titular. Desde la segunda óptica, **la teoría del abuso de derecho también ha sido utilizada para declarar ineficaces actos jurídicos que, de otra manera, hubieran obtenido el resultado jurídico querido por el agente**” (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Los principios contenidos en el título preliminar de Código civil peruano del 1984 : análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2011, pág. 60).

En ese sentido, el profesor Gambaro indica que: “en esta segunda aceptación, los principios y las reglas limítrofes al criterio del abuso serán aquellos de **la buena fe, del orden público, el criterio del interés a accionar**, la prohibición de ir contra factum proprium, la regla in pari causa turpidunis, etc. Se comprende que el muy vago criterio del abuso esté destinado a sufrir la concurrencia de estas reglas y principios que en comparación parece ofrecer al intérprete un apoyo más sólido y preciso” (énfasis agregado) (como se citó en: Espinoza Espinoza, Los principios contenidos en el título preliminar de Código civil peruano del 1984 : análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2011, pág. 60) (Ver su nota de página N° 85).

¹³³ Debemos precisar que los supuestos que hemos analizado (nulidad del contrato de cesión por fin ilícito en el cual ambas partes o solo el cesionario buscan perjudicar al cedido) no son los únicos que determinan una hipótesis de nulidad de dicho contrato a través del cual se incumple un pacto de *non cedendo*. En efecto, existen otros casos en los cuales un contrato de cesión por el cual se contraviene dicho pacto especial puede ser nulo por fin ilícito.

Sería el caso en el cual ambas partes de dicho contrato o solo uno de ellos, tiene un fin o motivo ilícito que no necesariamente implica perjudicar al cedido. Las hipótesis de nulidad del contrato de cesión con el cual se contraviene un pacto de *non cedendo* puede darse entonces cuando se tenga la intención de dañar al cedido o cuando no se tenga esa intención sino otro motivo, pero igualmente ilícito. Finalmente, debemos precisar que, como se habrá podido advertir, es claro que no es necesario que exista un pacto de *non cedendo* de por medio para que un contrato de cesión de crédito, en sí mismo, pueda ser nulo por fin ilícito.

La segunda hipótesis es que el cedente y el cesionario hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de *non cedendo* conocido por este último- pero no con el ánimo concreto de dañar o perjudicar al cedido. Es decir, en este caso ambas partes no se han coludido al celebrar el negocio con la intención deliberada de afectarlo a él, con lo cual el mismo no adolece de ningún vicio en su estructura que ocasione su nulidad. Esto implica entonces que ambos celebraron el contrato de cesión crediticia **para** satisfacer intereses dignos de protección que no son ilícitos.

Por ejemplo, en el caso que hemos desarrollado anteriormente, piénsese que “B” haya transferido su crédito a “C” a cambio de cierto monto dinerario que necesitaba para cancelar con urgencia una deuda que tenía con el banco, pues, de lo contrario, este ejecutaría a la brevedad la hipoteca que tenía a su favor sobre su casa. Por el lado del “C”, imaginemos que este haya adquirido el crédito -cuyo monto aumentará a causa de los intereses que se sumarán al capital- para que el mismo sea aportado a una sociedad que va a constituir con sus amigos.

En estos casos, si bien existe de por medio un pacto de *non cedendo* conocido por “C”, **es claro que el motivo, los intereses o razones por los cuales ambas partes contrataron son del todo lícitos**. Y es que lo que se debe analizar en estricto para determinar si un contrato es nulo o no por ilicitud de la causa son los intereses o la *ratio* que motivaron a las partes a contratar. Solo se debe examinar ello. Ahora bien, a esto se podría objetar que el hecho de que exista un pacto de *non cedendo* de por medio **conocido** por ambos y que aun así hayan contratado ya implica que en ellos existe el ánimo de perjudicar al cedido, con lo cual el negocio sería nulo por ilicitud de su casusa. Esto, sin embargo, no es correcto por dos razones:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el hecho de que exista un pacto de *non cedendo* conocido por el cesionario y que haya sido incumplido por el cedente con la participación de él no implica que en ambas partes haya un ánimo o una intención deliberada de dañar al cedido. El solo conocimiento del pacto y el incumplimiento del mismo no determina que ambos hayan contratado -sin discusión alguna- con la finalidad de perjudicarlo. Si bien es cierto que con la celebración del contrato de cesión se incumple el pacto, dicho incumplimiento, en sí mismo considerado, no genera o acarrea la nulidad del negocio. A partir de ese solo hecho no puede concluirse de forma automática que existe el ánimo de lesionar o perjudicar.

Nótese que no negamos que la intención de dañar pueda probarse no solamente a través de medios probatorios, sino que también es posible que dicha intención logre ser acreditada a

partir de determinados hechos que, en su conjunto, razonablemente permitan inferir que existe ese deseo de perjudicar. Sin embargo, cuando no exista ningún medio probatorio que logre probar ello, sino que solo se cuente con dichos hechos -que no son otra cosa que indicios-, es necesario que estos sean muy categóricos y contundentes, pues, de lo contrario, no podría concluirse que existe dolo en el sentido de tener un ánimo o deseo directo de ocasionar un perjuicio.

Siendo ello así, en el caso que hemos descrito ¿existe algún medio probatorio -como sí lo había en el supuesto en el que “A” encontró correos y chats- que acredite que “B” y “C” contrataron con la intención de dañar al cedido? la respuesta es que no. El único hecho o “indicio” que existe es el pacto de *non cedendo*. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿puede inferirse razonablemente a partir de ese **único hecho** que ambas partes tuvieron la **finalidad** de perjudicar a “C” cuando contrataron? es claro que no.

La intención, el deseo, o la finalidad de perjudicar debe probarse y no inferirse de forma instantánea a partir de un solo hecho como es un simple incumplimiento. Solo si se logra probar que el motivo por el cual contrataron las partes era perjudicar al cedido entonces la estructura del negocio padecería de una anomalía. Su causa será ilícita debido a que se determinó (probó) que ese era el objetivo final, al igual que en el caso de los boicots, sabotajes o concertación de precios.

Sostener entonces que el hecho de que se haya contratado a sabiendas de la existencia del pacto de *non cedendo* determina que ya exista un ánimo de dañar al cedido resulta un verdadero despropósito. Ello implicaría asumir -de manera absoluta- que existe la intención o el deseo de dañar y ello, como es claro, no es correcto, menos aun cuando resulta claro cuáles son los intereses que motivaron a que “B” y “C” contraten.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que el pacto de *non cedendo* es un acuerdo que es **ajeno o externo a la estructura del contrato de cesión** (agente, voluntad, causa y objeto) **en el sentido de que no se asienta o incide en ninguno de dichos elementos por lo que al ser un elemento exterior que no tropieza con ninguno de ellos no deben ser tomado en cuenta para efectos de analizar la validez del contrato.**

Teniendo en cuenta esto último y que las razones o intereses que motivaron a las partes a celebrar el contrato de cesión son lícitos, entonces dicho negocio es perfectamente válido. Sin

embargo, si bien queda descartada la posibilidad de la sanción de la nulidad y la anulabilidad (en el entendido de que no haya ningún vicio en la voluntad, un supuesto de simulación relativa o algún defecto en la capacidad), es claro que dicho contrato “algo raro” debe padecer -que no es una patología de invalidez- por cuanto ha sido celebrado por alguien (cedente) que se había obligado a través de un pacto de *non cedendo* a no transferir su crédito.

¿Cuál es esa patología o anomalía que tiene el contrato celebrado en esas circunstancias? como se verá a continuación, lo que ocurre con ese negocio es que existe en él una restricción o limitación en la **legitimidad que se tiene para contratar**, el cual es un requisito **externo** a la estructura del acto que, por tanto, no afecta su validez, sino solo la eficacia del mismo. Veamos¹³⁴:

3.1.2.2 Ineficacia en sentido estricto

Conforme hemos mencionado en ocasiones anteriores, somos de la idea de que el contrato de cesión de crédito celebrado entre el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo* y el cedente que transfirió su crédito es ineficaz y no nulo. Esa es la posición que adopta nuestro Código Civil. En efecto, como ya hemos mencionado antes, el artículo 1215 otorga la posibilidad al cedido de que **accepte** la cesión celebrada en esas circunstancias. Como se verá en este apartado, dicha aceptación no es otra cosa que un acto jurídico unilateral de ratificación mediante el cual se dota de efectos al contrato de cesión, el cual era simplemente ineficaz.

Siendo ello así, es claro que el Código se inclina por la aplicación de la ineficacia y no la nulidad, pues, como sabemos, un acto nulo no es susceptible de ratificación (“aceptación”) o

¹³⁴ Hasta acá hemos analizado las causales que, razonablemente, se podrían alegar para pretender la nulidad del contrato de cesión de crédito. Con ocasión de ello hemos esbozado una definición de algunas categorías jurídicas relacionadas a la teoría general del acto jurídico, como son las normas imperativas, el objeto del acto jurídico, el orden público, las buenas costumbres y la causa, todas ellas aplicadas al negocio de cesión crediticia celebrado bajo un especial contexto: habiendo un pacto de *non cedendo* de por medio. Luego de un estudio de dichas figuras -que, claro está, no se encuentra exento de posibles errores que puedan ser advertidos por el lector- podemos concluir que existe una relación inevitable y estrechísima entre cada una de ellas.

A modo de síntesis de lo que ya hemos estudiado antes, nos permitimos concluir lo siguiente: **(i)** toda norma imperativa debería tener como contenido o *ratio* de protección un principio, regla o valor que sea de orden público, **(ii)** si se va a alegar que el objeto de un acto jurídico (entendido como finalidad y como entidad) es imposible jurídicamente o que su causa es ilícita es porque dicho objeto o causa colisiona con el orden público (el cual contiene a las buenas costumbres). Esos principios o reglas que componen el orden público puede estar positivizados (normas imperativas) o no, **(iii)** si la causa de un acto es ilícita entonces el objeto del mismo (como finalidad) está incurso en un supuesto de imposibilidad jurídica y, eventualmente, el objeto como entidad también, **(iv)** la imposibilidad jurídica del objeto de un acto (como finalidad y como entidad) no necesariamente acarrea la ilicitud de la causa del mismo y **(v)** la imposibilidad jurídica del objeto de un acto entendido como una entidad determina que el mismo sea imposible también como una finalidad.

confirmación. En ese mismo sentido se pronuncia el profesor Barchi quien señala que: “cuando el *pactum de non cedendo* se configura como una prohibición de disponer¹³⁵, su **incumplimiento no genera la nulidad del contrato** traslativo sino solo su **ineficacia**, de tal manera que **la eficacia puede ser “recuperada”** si el deudor cedido **consiente o acepta** la cesión (**artículo 1215 del Código**)” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 243).

Nótese que el *Codice* sigue la misma línea en el sentido de que la cesión efectuada habiendo un pacto de *non cedendo* no es nulo sino ineficaz, pues en su artículo 1264 -al igual que el artículo 1215 de nuestro Código Civil- establece que: “*la cesión tiene efecto sobre el deudor cedido cuando lo **aceptó** o cuando le fue notificado*”. Nuevamente, al ser posible la aceptación de parte del cedido se confirma que no se trata de una cesión nula.

Ahora bien, ¿cuál es el tipo de ineficacia que padece dicho contrato? en el apartado anterior ya hemos analizado las causales que “razonablemente” podría invocarse para solicitar la nulidad del contrato de cesión y hemos demostrado que ninguna de ellas -salvo un supuesto relacionado a la causa subjetiva- se configura en este caso. Siendo ello así, queda descartada la ineficacia de tipo estructural (por invalidez del negocio). Somos de la idea de que el tipo de ineficacia que se encuentra de por medio es una ineficacia en sentido estricto y, dentro de ella, específicamente, la relacionada a la legitimidad que se tiene para contratar. Veamos:

Este tipo de ineficacia determina que el negocio jurídico celebrado no surta ningún tipo de efecto desde un inicio. Es decir, el acto jurídico ya existe, tiene una estructura formada, pero, a pesar de ello, no es eficaz. La peculiaridad está en que las razones por las cuales el acto no despliega ningún tipo de efecto no se relacionan con los elementos estructurales del mismo (agente, voluntad, objeto y causa) sino que se debe u obedece a **causas externas a dicha estructura**. Esto es lo que la diferencia de la ineficacia estructural.

Entonces, si bien las causales o razones que determinan que un acto jurídico sea ineficaz en sentido estricto son **coetáneas** a la celebración del mismo, o sea, que se presentan al momento

¹³⁵ Anteriormente ya hemos señalado la diferencia que existe entre las prohibiciones de disposición y las obligaciones convencionales de no disponer (Ver la página 112 y siguientes del presente trabajo).

de su conclusión, no afectan la estructura del negocio. Siendo ello así, una ineficacia en sentido estricto supone un acto perfectamente válido, pero ineficaz. Los supuestos o hipótesis que dan lugar a este tipo de ineficacia son las siguientes: la condición suspensiva, el plazo suspensivo o inicial, la rescisión y la falta o la restricción de la legitimidad para contratar.

Como sabemos, en los casos de la condición y el plazo suspensivo, el acto jurídico celebrado no surtirá ningún efecto hasta que, en el caso de la condición, se verifique el acontecimiento futuro e incierto que las partes acordaron y, en el caso del plazo, hasta que llegue la fecha convenida por ellos. Esa condición y ese plazo, los cuales se acordaron al momento de la celebración del negocio, determinan entonces que dicho acto -válidamente celebrado- no despliegue efectos desde un inicio.

En el caso de la rescisión, esta figura opera en casos de situaciones de injusticia o de abuso y se presentan también al momento de la celebración del contrato, pero no tienen relación o incidencia alguna con la validez del mismo. Los supuestos de rescisión se encuentran establecidos taxativamente en el Código Civil. Ellos son: **(i)** la lesión contractual (artículo 1447)¹³⁶, **(ii)** la venta de bien ajeno (artículo 1539) y **(iii)** la venta por extensión o cabida (artículo 1575). En todos esos casos, la ley faculta a la parte perjudicada a solicitar judicial o arbitralmente la rescisión de los respectivos contratos celebrados¹³⁷. Veamos ahora el supuesto que nos interesa: la legitimidad para contratar.

3.1.2.2.1 La legitimidad para contratar: legitimidad originaria o directa, derivada o indirecta y restringida o limitada

Sobre esta categoría negocial se ha señalado lo siguiente:

¹³⁶ En el caso de la lesión, al existir un aprovechamiento indebido de la necesidad apremiante de una de las partes, no se ha dudado en, por lo menos discutir, si dicho hecho determinaría que en realidad se esté ante un vicio en la voluntad del sujeto perjudicado, con lo cual sería conveniente la sanción de la anulabilidad y no de la rescisión. Es un tema que resulta interesante analizar pero que por motivos de espacio y pertinencia no podemos desarrollar aquí. Lo mencionamos para que nazca la curiosidad o inquietud en el lector sobre ese tema.

¹³⁷ Reiteramos que esta ineficacia no es de tipo estructural. Incluso, el Código Civil cuando se ocupa de regular la rescisión no hace referencia a ningún vicio de nulidad o de anulabilidad. En efecto, el artículo 1370 establece que: “la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”.

“La legitimación es la **competencia que tiene la parte de disponer o de transferir las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas**. Se requiere la presencia del instituto de la legitimación como requisito de las partes contratantes a fin de que el contrato pueda surtir efectos jurídicos. **La consecuencia jurídica en el caso de que falte la legitimación será la ineficacia y no la invalidez**” (énfasis agregado) (Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 500).

En esa línea, el profesor Massimo Bianca ha indicado que:

“La legitimación como requisito de eficacia, es el poder de disposición que tienen el sujeto en relación a una **determinada situación jurídica**. La legitimación contractual es, más precisamente, el poder de la parte de **disponer** del objeto del contrato. Puede decirse, así, que **la parte tiene la legitimación contractual si tiene el poder de determinar los efectos jurídicos previstos por el contrato**” (énfasis agregado) (como se citó en: Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 498).

Como se observa, la legitimidad contractual ha sido concebida como la **aptitud o competencia** que se tiene para poder transferir, disponer -o, incluso, adquirir o comprometer- determinadas situaciones jurídicas. Ahora bien, ¿quiénes son los que están en aptitud o tienen la competencia necesaria para poder disponer, adquirir o comprometer determinadas situaciones jurídicas subjetivas? en primer lugar, como es obvio, el **titular** de la situación jurídica subjetiva que se pretende transferir o comprometer. Quien es titular o “dueño” de un determinado derecho es quien está en aptitud de poder disponer o comprometer de él justamente porque forma parte de su esfera jurídica.

En segundo lugar, quien también tiene la competencia necesaria para poder disponer o comprometer determinadas situaciones jurídicas es aquella persona que está **autorizada** por la ley o por el titular de dicha situación jurídica a que sea transferida o comprometida. Esa misma autorización puede presentarse también para determinados actos de adquisición. Esto implica que dicho sujeto tenga las facultades necesarias -poder de representación- para que pueda realizar dicho acto de disposición (o de adquisición).

Por último, creemos que también tiene la aptitud o competencia para transferir, disponer o comprometer una determinada situación jurídica quien siendo titular de la misma **no tiene**

ninguna restricción o limitación que venga impuesta por la ley o por la autonomía privada para poder disponer o comprometer a ella. Del mismo modo, también tiene la aptitud para adquirir determinadas situaciones jurídicas quien no tenga ninguna restricción legal o convencional para tal efecto.

En base a ello la legitimidad necesaria que se debe tener para celebrar contratos puede ser clasificada de la siguiente manera: **(i)** legitimidad directa u originaria, **(ii)** legitimidad indirecta o derivada y **(iii)** legitimidad restringida o limitada.

Cuando el sujeto que pretende disponer de una determinada situación jurídica es el **titular** de la misma, entonces estamos en el ámbito de la legitimidad **originaria o directa**. En efecto, el titular o “dueño” de un determinado derecho tiene la aptitud o competencia originaria o directa para poder transferir dicho derecho por el hecho mismo de que es titular de ella. **En estos casos, la legitimidad se identifica con la titularidad**. Quien es titular de un derecho está, obviamente, legitimado de forma directa para disponer de él.

En ese sentido, se ha señalado que: “la legitimidad del sujeto proviene de ser **titular** de situaciones jurídicas subjetivas. Es el caso de la **legitimidad originaria o directa**. Por ejemplo, un sujeto que es titular de un derecho de propiedad está legitimado para transferir dicho derecho a un adquirente (...)” (énfasis agregado) (Morales Hervias, La falta de legitimidad del contrato: inoponibilidad o ratificación, 2016, pág. 310). Teniendo ello en cuenta, cuando un sujeto pretende disponer un derecho del cual no es titular -pero se presenta como si fuera su dueño-, entonces carecerá de legitimidad originaria o directa para poder transferir el mismo.

El caso más emblemático de falta de legitimidad originaria o directa es la compraventa de bien ajeno, el cual, como se ha se indicado, es susceptible de rescisión. Justamente el VIII Pleno Casatorio Civil busca resolver una controversia de esa naturaleza: la venta de un bien social por uno solo de los cónyuges como si fuese solo suyo. También son casos de falta de legitimidad directa los de arrendamiento, hipoteca o usufructo de bien ajeno y otros más en los cuales el transferente no sea el titular del derecho que dispone.

Ahora bien, cuando el sujeto que pretende disponer una determinada situación jurídica se encuentra **autorizado** por la ley o por el titular de dicha situación jurídica para que ella sea transferida, nos encontramos en el ámbito de la legitimidad **derivada o indirecta**. Esto implica

que dicho sujeto tenga las **facultades necesarias** para poder contratar en nombre del titular del derecho y que, por tanto, los efectos jurídicos recaigan en la esfera jurídica de él. Como se habrá podido advertir, ello ocurre cuando el sujeto que dispone del derecho es **apoderado** del titular del mismo sea porque él le concedió tales facultades (representación voluntaria) o porque la ley se lo permite (representación legal).

Siendo ello así, dicho sujeto tiene la aptitud o competencia para disponer de la situación jurídica ajena en tanto que tiene las facultades para hacerlo. En estos casos la legitimidad no se identifica con la titularidad, pues quien contrata -quien realiza la declaración de voluntad (parte formal)- no es titular del derecho (parte material); sin embargo, **sí tiene legitimidad para contratar en tanto que ella ha sido derivada o autorizada por el mismo titular o por la ley.**

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

“También la legitimidad es **derivada o indirecta**. Así, un **representante** está legitimado para celebrar contratos en nombre de su representado, por cuenta de su representado y **dentro de los límites del apoderamiento** por cuanto ha sido **autorizado** por su representado. Lo mismo sucede con un copropietario **autorizado** por los demás copropietarios para arrendar el bien en copropiedad” (énfasis agregado) (Morales Hervias, La falta de legitimidad del contrato: inoponibilidad o ratificación, 2016, pág. 310).

En esa línea, se ha dicho que:

“La legitimidad **derivada** implica que una persona, a pesar de **no ser titular de los intereses a regular**, celebra negocios jurídicos que tendrían **eficacia directa en la esfera jurídica del verdadero titular de los intereses**; siempre que aquella haya sido **autorizada** para ello por la **ley** o por el **propio titular** de los intereses a regular. Este tipo de legitimación derivada es lo que se conoce como representación directa o, a fin de ser más precisos en los conceptos, simplemente como **representación**” (énfasis agregado) (Priori Posada, La representación negocial. Del derecho romano a la codificación latinoamericana, 2000, pág. 347).

Teniendo ello en cuenta, cuando un sujeto celebra un negocio jurídico invocando una supuesta representación que en realidad no tiene, entonces carecerá de legitimidad derivada o

indirecta para contratar. Es el caso del *falsus procurator* -supuesto representante- quien a pesar de carecer de facultades de representación celebra contratos para vincular a su supuesto representado.

Estos dos tipos de legitimidad son los que más se han estudiado en doctrina. Sin embargo, creemos que es posible hablar de un tercer significado de la legitimidad, el cual justamente es el que se presenta en el supuesto del contrato de cesión crediticia: la legitimidad restringida o limitada. Este tercer significado implica que el sujeto que pretende disponer o comprometer una determinada situación jurídica, **si bien es titular del mismo, se encuentra prohibido o restringido de manera temporal de poder hacerlo**. Esta prohibición puede ser sobre todo el derecho (**total**) o solo sobre una parte de ella (**parcial**), a cambio de algo o de nada. Ahora bien, dicha prohibición o restricción puede venir impuesta por la ley o por la propia autonomía privada.

Este último caso se da cuando **el titular de la situación jurídica subjetiva acuerda con otro sujeto que no podrá disponer o comprometer el mismo por cierto tiempo**. Un ejemplo de ello es justamente el pacto de *non cedendo*. Como sabemos, con este pacto el acreedor se obliga no ceder su crédito. No es que el acreedor no sea titular del mismo, pues sí lo es. Lo que ocurre es que, siendo el “dueño” de dicho derecho, la posibilidad de que transfiera el mismo ha quedado restringida.

Distinto es el caso en el cual “A”, quien es copropietario de un bien con “B” y “C” pretenda transferir el derecho de propiedad sobre dicho bien como si fuera solo suyo a “D” o cuando dispone del mismo señalando que “B” y “C” le otorgaron facultades para hacerlo cuando en realidad nunca le otorgaron poder alguno. En el primer caso “A” no tiene legitimidad originaria para contratar en tanto que él, en sí mismo, no es el titular del derecho; en el segundo caso carece de legitimidad derivada porque no está autorizada por “B” y “C” para que transfiera el derecho de propiedad.

En ambos ejemplos el disponente “A” **no** tiene legitimidad. En cambio, en el caso del pacto de *non cedendo*, el cedente, por el hecho de ser titular del crédito, sí tiene legitimidad originaria para que pueda transferir el mismo, sin embargo, al haber celebrado dicho pacto, la posibilidad de que pueda cederlo ha quedado restringida. Esto implica que **la aptitud o competencia que tenía para hacerlo -legitimidad- ha sido limitada** por efecto del pacto que celebró con el deudor.

Sobre la posibilidad de que la legitimidad quede limitada o restringida se ha señalado lo siguiente:

“Cuando el poder de disposición está **limitado** [esto implica que se tiene el poder de disposición, pero restringido] por la ley o por una autoridad judicial o administrativa con fundamento en una previsión de la ley [o por simple autonomía privada como el pacto de *non cedendo*], **la disposición que se hiciera en desacato a ella sería ineficaz**. En los casos en que esto ocurre hay que determinar **en favor de quién está establecida tal prohibición de disponer** que grava sobre la propia esfera del sujeto contratante, pues si es solo en protección de determinadas personas, la ineficacia debe operar solo respecto de ellas (ineficacia relativa), de modo que si estas personas prestan válidamente su **asentimiento** [ratificación], el contrato producirá sus efectos, también respecto de ellas” (énfasis agregado) (Melich-Orsini, 2014, pág. 82).

Como se observa y conforme se mencionó anteriormente, la restricción a la disposición puede ser impuesta por la ley o por la autonomía privada. En ambos casos, lo que se encuentra de por medio es la institución de la legitimidad. Es ella la que ha quedado limitada. Seguimos entonces dentro del ámbito de dicho requisito externo del negocio jurídico.

Ahora bien ¿qué ocurre con el contrato celebrado por quien no tenía legitimidad para contratar o por quien, aun teniéndola, esta haya quedado antes restringida y, a pesar de ello, decidió contratar? como ya se adelantó antes, al ser la legitimidad un requisito **externo** a la estructura del acto jurídico, si ella no se verifica o si se encuentra presente, pero por cualquier motivo quedó limitada, entonces ello producirá la sola ineficacia -en sentido estricto- del contrato y no su invalidez.

En ese sentido, el profesor Claudio Turco ha indicado que:

“Esta ineficacia **no deriva de un defecto o vicio de invalidez** del mismo, sino de **circunstancias en absoluto diversas y que nada tienen que hacer con los requisitos de validez** previstos por la ley: no se hablará de ineficacia-vicio, sino de **ineficacia en sentido estricto o no vicio**, para evidenciar el total apartamiento a cualquier causa de invalidez en sentido técnico-jurídico. **La legitimidad no es pues un requisito o elemento intrínseco de validez del acto, sino un presupuesto o elemento extrínseco de eficacia del mismo**” (énfasis agregado) (como se citó

en: Morales Hervias, La falta de legitimidad del contrato: inoponibilidad o ratificación, 2016, pág. 330).

Es por ello que: “el defecto de legitimación no crea invalidez sino ineficacia” (Roppo, 2009, pág. 705). En esa línea, los profesores Massimo Bianca, Guido Patti y Salvatore Patti han indicado que: “la legitimación es un **requisito subjetivo de eficacia del contrato**. La ausencia de legitimación no implica por tanto la invalidez del contrato sino su ineficacia respecto al objeto de que la parte **no es competente** para disponer” (énfasis agregado) (como se citó en: Morales Hervias, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 498).

En sede nacional, los profesores Gastón Fernández Cruz, Rómulo Morales Hervias y Giovanni Priori Posada también comparten la idea de que la legitimidad para contratar es un requisito externo a la estructura del contrato y que nada tiene que ver con la validez del mismo, por lo que cualquier defecto que exista en él producirá solo la ineficacia del negocio celebrado y no la nulidad del mismo¹³⁸. El profesor Luciano Barchi también es de la misma idea al señalar que: “en nuestro sistema la capacidad o facultad de disposición constituye un requisito de eficacia” (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003) (Ver su nota de página N° 88).

Creemos que ello es correcto, pues si tenemos en cuenta que la invalidez negocial (nulidad y anulabilidad) se rige por el sistema del *numerus clausus* y si se observa con detenimiento las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico -establecidas en los artículos 219 y 221 del Código Civil, respectivamente- se advertirá que no existe una sola causal relacionada a la legitimidad. Del mismo modo, el artículo 140 del Código Civil -el cual establece los requisitos de validez del acto jurídico- no contempla como uno de los requisitos de validez a la legitimidad. Es por ello que este presupuesto no forma parte de la estructura del negocio, sino que es externa a ella.

Nótese que la declaratoria de ineficacia del contrato celebrado implica que, en caso haya prestaciones pendientes por ejecutar, estas **ya no deberían realizarse** y, en caso de que antes de

¹³⁸ Los señalados profesores manifestaron esa posición en la audiencia pública del VIII Pleno Casatorio Civil, el cual fue realizado en diciembre del año 2015. Ellos participaron en dicha audiencia en calidad de *amicus curiae*. En el siguiente enlace puede verse la audiencia y la posición que tiene cada uno de ellos sobre el tema de la legitimidad para contratar: <https://www.youtube.com/watch?v=E0e1cABGMNA>

dicha declaratoria se haya realizado algún desplazamiento o ejecución prestacional, entonces estas deberán **restituirse**, puesto que el negocio es ineficaz desde un inicio, esto es, desde su celebración.

Habiendo analizado los tipos de legitimidad que existen y la consecuencia jurídica aplicable cuando ella no se verifica o cuando está restringida, queda un aspecto fundamental por analizar: si bien los negocios celebrados en los cuales haya un defecto en la legitimidad son ineficaces, existe la posibilidad de que -eventualmente- el tercero afectado **ratifique** el contrato celebrado. Veamos:

3.1.2.2.2 La ratificación del contrato celebrado por quien tiene la legitimidad para contratar restringida o limitada y por quien carece de la misma

La ratificación no es otra cosa que: “un acto jurídico unilateral recepticio con el cual se subsana un acto ineficaz” (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 161). Esta subsanación implica dotar de efectos jurídicos a un negocio que era ineficaz por cuanto fue celebrado por quien carecería de legitimidad o por quien, aun teniéndola, esta se encontraba restringida.

Nótese que la facultad de ratificar el contrato ineficaz **solo es posible en los casos en los cuales se encuentre de por medio un defecto en la legitimidad. En los demás supuestos de ineficacia en sentido estricto no cabe la ratificación del negocio.** En efecto, en el caso de la condición y el plazo suspensivo no es posible que una de las partes pretenda dar efectos al contrato a través de una ratificación. En esos casos el contrato solo desplegará su eficacia en la medida que, en el caso de la condición, se verifique el acontecimiento futuro e incierto y, en el caso del plazo, cuando llegue la fecha de inicio acordada por las partes.

En el caso de la rescisión debemos hacer una precisión. Solo en los supuestos de lesión y venta por extensión o cabida no es posible ratificar el negocio celebrado. En estos casos o se solicita jurisdiccionalmente la ineficacia de los contratos o se deja transcurrir los plazos de caducidad establecidos por el Código Civil para cada uno de ellos¹³⁹, con la consecuencia de que,

¹³⁹ Artículo 1454.- “La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato”.

en el caso de la lesión, transcurrido dicho plazo, si el lesionado no solicitó la rescisión ya no podrá hacer nada y en el caso de la venta por extensión o cabida, transcurrido el plazo, si el comprador no solicitó la rescisión, solo podrá pedir la devolución del precio por el exceso que haya pagado si así lo solicitó dentro de ese lapso o, en caso la extensión del bien sea mayor a lo prometido, deberá pagar por el exceso del metraje al vendedor.

Distinto es el caso de la compraventa de bien ajeno, pues en este caso, como ya se mencionó anteriormente, sí existe un problema con la legitimidad dado que el vendedor, al no ser titular del bien que transfiere, carece de legitimidad originaria o directa para disponer del mismo, con lo cual, al existir un defecto externo en el contrato, el mismo sí podría ser eventualmente ratificado.

Otro aspecto a precisar es que, dentro de los supuestos de ineficacia en sentido estricto, no todos requerirán de una sentencia o laudo que los declare como ineficaces. En efecto, solo en todos los casos de rescisión será necesario que un juez o árbitro declare ineficaces los contratos celebrados, por cuanto así lo establece el artículo 1372 de Código Civil al señalar que: “*la rescisión se declara judicialmente (...)*”. Entonces, dichos negocios se deberán reputar eficaces hasta que un juez o árbitro declare lo contrario¹⁴⁰.

Respecto a los demás casos en los cuales los contratos celebrados tengan un defecto en la legitimidad, si bien es cierto que en los hechos puede ocurrir que las partes se pongan de acuerdo y acepten que el contrato es ineficaz y se restituyan lo que hayan ejecutado, no es menos cierto que ello no ocurre siempre. Muy por el contrario, en casi todos los casos se iniciará una controversia en la cual se discuta la eficacia del contrato, por lo que será necesaria la expedición de una sentencia o un laudo que resuelva el conflicto.

Artículo 1579.- “*El derecho del vendedor al aumento del precio y el del comprador a su disminución, así como el derecho de este último de pedir la rescisión del contrato, caducan a los seis meses de la recepción del bien por el comprador*”.

¹⁴⁰ Sobre este punto debemos hacer una precisión. El último párrafo del artículo 1372 establece que es posible que las partes pacten en contra de que la rescisión pueda ser declarada judicialmente. Creemos que esta facultad que el Código otorga a las partes no es la más adecuada por cuanto la posibilidad de solicitar jurisdiccionalmente la rescisión es la **única** herramienta con la que cuenta el sujeto afectado para dejar sin efecto el contrato si es que la otra parte se niega a aceptar que el mismo tiene una anomalía y se rehúsa a, extra jurisdiccionalmente, restituir lo ejecutado. En caso de una negativa de este tipo no quedará más remedio que acudir a un juez o un árbitro, pero si las partes excluyeron esa posibilidad, entonces el sujeto afectado se encontraría totalmente desprotegido.

Habiendo hecho las precisiones anteriores, debemos advertir ahora un aspecto sumamente importante: **dentro de los tres significados de legitimidad que hemos estudiado, no siempre en todos los casos el tercero perjudicado podrá ratificar el negocio, sino que ello dependerá de si la parte que contrató con el sujeto que no tenía legitimidad o, aun teniéndola, esta se haya encontrado restringida, haya actuado de buena fe y adquirido un derecho a título oneroso. Si esto es así, entonces el derecho potestativo que tiene el tercero de ratificar el contrato queda desplazado.** Ejemplifiquemos cómo ocurre esto en los tres significados de la legitimidad y, sobre todo, en el que más nos interesa: la legitimidad restringida.

Veamos primero el caso de la falta de legitimidad originaria. Imaginemos que “A” y “B” son copropietarios de un inmueble que en el registro aparece inscrito solo a nombre de “B”. “A” se ausenta del país por un tiempo y “B” es el único que ejerce la posesión del bien. Valiéndose de la apariencia que el registro y la posesión le otorgan a “B” como único propietario del predio, contacta a “C” a quien le vende el inmueble como si fuera solo de él.

En este caso, si bien “B” carece de legitimidad originaria por cuanto él no es el propietario del bien, “C” adquiere la propiedad del inmueble sin problema alguno en atención a que contrató de buena fe y a título oneroso.

En efecto, cuando “C” celebró el contrato lo hizo en la razonable creencia -buena fe- de que solo “B” era el propietario del bien en tanto que solo él era quien figuraba como único propietario en el registro y era el único que ejercía la posesión del inmueble. Todo ello determinaba entonces que solo “B” sea considerado propietario del predio a ojos de todos los demás (apariencia de verdad). Si mantenemos la posición limitada de que todo contrato que sea ineficaz por falta de legitimidad es susceptible de ratificación, entonces en este caso la adquisición de “C” dependería de la decisión de “A” de si ratifica o no el contrato.

¿Qué ocurre si finalmente no decide hacerlo? se afectaría la buena fe y la onerosidad con la que actuó “C”, el cual, como ya hemos desarrollado en el apartado 3.1.1 **es un tercero respecto al vicio del contrato -defecto en la legitimidad- y que adquirió a título oneroso por lo que sí merece protección**¹⁴¹. Nótese que en caso no se optara por proteger a “C” se estaría dejando todo

¹⁴¹ Como se recordará, en dicha sección, a partir del análisis sistemático de varias normas del Código Civil, concluimos que un sujeto adquiere la condición de tercero cuando es ajeno a la anomalía que padece el contrato del cual puede o no formar parte. Ello implica que desconoce dicha patología, con lo cual actúa de buena fe. Asimismo,

en manos de “A” quien, por cierto, actuó negligentemente al no cuidar de publicitar su derecho en el registro como copropietario, o por lo menos bloquear la partida del bien o de no descuidar la posesión del inmueble en esas circunstancias.

Entonces, si bien el contrato celebrado entre “B” y “C” tenía una anomalía por cuanto “B” carecía de legitimidad originaria para contratar (verdad material), “C” adquiere la propiedad sin que sea necesario que “A” ratifique el contrato¹⁴². En casos como estos, **la ineficacia y el derecho potestativo de ratificación se ven desplazados por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la buena fe (confianza) y la onerosidad** con la que adquirió “C”¹⁴³.

Distinto sería el caso en el cual “A” sí haya inscrito su derecho como copropietario en el registro y, a pesar de ello, “B” le haya vendido el bien a “C” como si fuera solo suyo y este haya contratado con él sin problema alguno. En este caso es claro que “C” **no actúa con buena fe** por cuanto en el registro quien aparece como copropietarios del inmueble son “A” y “B”.

En este supuesto en el cual “B” también carece de legitimidad originaria, el derecho potestativo de “A” de ratificar el contrato no se ve desplazado y él decidirá si lo ratifica o no¹⁴⁴.

analizamos y concluimos que si a dicha condición se le suma el hecho de que haya adquirido un derecho a título oneroso, entonces merece que su adquisición sea protegida.

¹⁴² Si bien es cierto que, como ya se mencionó, en este caso “A” actuó de manera negligente al no realizar las gestiones para que se inscriba en el registro su titularidad sobre el bien como copropietario (o por lo menos bloquear la partida) y por no tomar posesión del bien, es claro que quien actuó de forma irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

¹⁴³ En este tipo de casos -así como en los de disposición o gravamen de un bien social por uno solo de los cónyuges- consideramos que resulta de aplicación el artículo 2022 del Código Civil el cual establece que: *“para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”*. En este caso, “A” buscará oponer a “C” la copropiedad -modalidad del derecho real de propiedad- que tiene con “B” sobre el bien. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el señalado artículo, su reclamo no prosperará, pues el régimen de copropiedad nunca se inscribió. La norma indica que el derecho que se opone debe haberse registrado con anterioridad, y ello no ocurrió en este caso.

¹⁴⁴ Un caso similar al expuesto es el del arrendamiento de un bien indiviso por uno de los copropietarios. En esos casos, la facultad de ratificación se encuentra prevista expresamente en el artículo 1669 del Código Civil el cual señala que: *“el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente”*. Sobre este artículo cabe precisar dos aspectos: (i) no es correcto que el mismo haga referencia a la validez del contrato por cuanto lo que está de por medio es en realidad su eficacia al haber sido celebrado por un sujeto que no tiene legitimidad para contratar, (ii) el artículo no debe ser aplicado de forma automática de que se advierta un defecto en la legitimidad, sino que la posibilidad de ratificación dependerá, como ya se adelantó, si el adquirente del bien actuó o no con buena fe y si contrató a título oneroso o gratuito. Solo cuando no haya buena fe o cuando aun existiendo ella, la adquisición se haya realizado a título gratuito, entonces procederá que los demás copropietarios, si así lo creen conveniente, ratifiquen o no el contrato.

Dependerá de acuerdo a su interés si decide o no dotar de efectos jurídicos a esa venta. Y es que al haber actuado “C” con mala fe -con lo cual **no tiene la condición de tercero** pues conocía o pudo conocer la anomalía del contrato (falta de legitimidad)- entonces el sistema no lo protege.

Nótese que en caso “C” haya actuado de buena fe, pero haya adquirido el bien a título gratuito, entonces igualmente será “A” será quien decidirá el futuro de ese contrato, pues para obtener protección plena, además de la buena fe, como ya se ha reiterado en varias ocasiones (ver el apartado 3.1.1), se requiere que la adquisición se haya realizado a título oneroso¹⁴⁵.

Veamos ahora el caso de la legitimidad derivada o indirecta. Imaginemos que “A” le dio poder a “B” para que este puede vender su casa. Dicho poder se inscribe en el registro de mandatos y poderes sin ningún problema. Habiendo transcurrido más de dos meses sin que “B” haya podido vender la casa de “A”, este decide revocarle el poder y se lo comunica solo a él. Sin embargo, dicha revocación no la inscribe en el registro y tampoco lo pone en conocimiento de las personas que estuvieron o que aún están interesadas en la venta.

Uno de esos interesados es “C” quien finalmente decide comprar la casa. Se comunica con “B” y este no le advierte que el poder que tenía había sido revocado, muy por el contrario, le indica que aún mantienen todas las facultades necesarias para vender y que prueba de ello es que su poder aún se encuentra inscrito. Teniendo en cuenta ello, “C” decide celebrar el contrato con “B”.

En este caso, si bien “B” carece de legitimidad derivada por cuanto ya no se encuentra autorizado por “A” para que venda su casa pues su poder quedó revocado, “C” adquiere la propiedad sobre el bien -al igual que el ejemplo anterior- en atención a la **buena fe y a la onerosidad de la operación económica**. En efecto, cuando “C” contrató lo hizo en la razonable creencia -buena fe- de que “B” aún tenía facultades para vender la casa de “A” dado que su poder aún se encontraba inscrito en el registro y “A” nunca le comunicó que le había revocado el poder a “B”.

¹⁴⁵ Esto no implica que “C”, tercero contratante de buena fe y a título gratuito, se vea perjudicado del todo pues, si bien perderá su adquisición, en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar -de ser el caso- un resarcimiento a su transferente “B”.

Todo ello determinaba entonces que este último sea considerado apoderado de “A” a los ojos de todos los demás (apariencia de verdad). Si mantenemos la posición limitada de que todo contrato que sea ineficaz por falta de legitimidad es susceptible de ratificación, entonces en este caso la adquisición de “C” dependería de la decisión de “A” de si ratifica o no el contrato.

Como ya hemos visto en el ejemplo anterior, sostener ello afectaría la buena fe y la onerosidad con la que actuó “C”, pues es posible que “A” opte por no ratificar el contrato. En este caso “C” también es un tercero respecto al vicio del contrato -pues desconoce la verdad material, esto es, que “B” ya no tiene legitimidad- por lo que sí merece protección. Nótese que en caso no se optara por proteger a “C” se estaría dejando todo en manos de “A” quien actuó negligentemente al no cuidar de inscribir la revocación en el registro respectivo o de comunicar a los interesados en la venta -entre ellos “C”- de que le había revocado el poder a “B”.

En casos como estos, nuevamente, **la ineficacia y la facultad de ratificación se ven desplazados por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la buena fe (confianza) y la onerosidad** con la adquirió “C”¹⁴⁶.

Nótese que la protección al tercero que contrató en dichas circunstancias se encuentra contemplada en el artículo 152 del Código Civil el cual establece que: *“la revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada solo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que esta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante”*. Si bien la norma no indica que el tercero debe haber adquirido a título oneroso, conforme a lo ya analizado en el apartado 3.1.1, para efectos de que se obtenga una protección plena es necesario, además de la buena fe, la onerosidad en la adquisición¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Si bien es cierto que en este caso “A” actuó de manera negligente al no inscribir la revocación o comunicar a los interesados dicho hecho, es claro que quien actuó de forma irregular es “B”, por lo que quedan a salvo las acciones de él contra este.

¹⁴⁷ Esto no implica que “C”, tercero contratante de buena fe y a título gratuito, se vea perjudicado del todo pues, si bien perderá su adquisición, en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar -de ser el caso- un resarcimiento a “B”.

Distinto sería el caso en el cual “A” sí haya inscrito la revocación en el registro o haya comunicado ese hecho a “C” y, a pesar de ello, este haya contratado con “B” sin problema alguno. En este caso es claro que “C” **no actúa con buena fe** por cuanto en el registro está inscrita la revocación -que resulta oponible a todos- por la cual se informa que “B” ya no está autorizado -no tiene legitimidad- para vender la casa de “A”. Siendo ello así, en este supuesto en el cual “B” también carece de legitimidad derivada, “A” sí tiene el derecho potestativo de decidir si ratifica o no el contrato.

En ese sentido, el artículo 162 del Código Civil señala que: “*en los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser **ratificado** por el representado observando la forma prescrita para su celebración (...)*”¹⁴⁸. Dependerá de él si decide o no dotar de efectos jurídicos a esa venta. Y es que al haber actuado “C” con mala fe -con lo cual **no tiene la condición de tercero** pues conocía o pudo conocer la falta de legitimidad de “B”- entonces el sistema no lo protege.

Analicemos ahora la legitimidad restringida o limitada y su aplicación a nuestra hipótesis de estudio: el contrato de cesión crediticia. Para ello, resulta pertinente remitirnos a lo dispuesto por el artículo 1210 del Código Civil el cual establece lo siguiente: “*la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. **El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión***”.

Centrémonos en la segunda parte de dicho artículo. Este contempla dos supuestos: **(i)** que el cesionario conozca o haya podido conocer el pacto de *non cedendo* al momento de la cesión y **(ii)** que el cesionario no conozca dicho pacto. La oponibilidad solo es posible en el primer supuesto. ¿Por qué si el cesionario no conoce dicho pacto no le es oponible el mismo y, por tanto, mantiene la adquisición del crédito? pues porque actúa en base a una situación de apariencia que lo protege: el desconocimiento del pacto y, por tanto, su actuación en buena fe.

¹⁴⁸ El artículo 161 establece lo siguiente: “*el acto jurídico celebrado por el representante **excediendo los límites de las facultades** que se le hubiere conferido, o violándolas, es **ineficaz** con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.*

*También es **ineficaz** ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que **no tiene la representación que se atribuye**”.*

En estos casos, al igual que los ejemplos anteriores, se debe proteger al adquirente que confió en la situación inicial y en base a la cual tomó la decisión de adquirir el bien o derecho y no podría oponérsele la situación real. En otras palabras, **prima la apariencia de verdad sobre la verdad material**. Ejemplifiquemos lo expuesto.

Imaginemos que “A” celebra con “B” un pacto de *non cedendo* y este último -a pesar de obligarse a no disponer su crédito- lo transfiere a “C”. Ocurre que al momento de la adquisición “C” no conocía ni pudo conocer la existencia de ese pacto y adquirió el crédito de “B” a cambio de una contraprestación. Luego de un mes se entera que en realidad “B” se había obligado frente a su deudor a no transferir su crédito. ¿Puede oponerse al tercero “C” dicho pacto cuando este no lo conoció ni lo pudo conocer al momento de la cesión? es claro que no.

Cuando se celebró el contrato de cesión de crédito, “C” no solo advirtió que “B” era el verdadero titular del crédito, sino que además desconocía que este se había obligado a no cederlo (apariencia de verdad). Si bien “B” es titular del crédito, lo cierto es que la legitimidad que tenía para disponer del mismo por el hecho de ser su titular había quedado **restringida o limitada** por el pacto de *non cedendo*. Entonces, el hecho de que en realidad existía dicho pacto (verdad material) y que haya sido conocido luego de la cesión, no implica que se frustre la confianza (buena fe) de “C” y el sacrificio patrimonial (onerosidad) que realizó para obtener el crédito.

Nótese que, si mantenemos la posición limitada de que todo contrato que sea ineficaz por una restricción a la legitimidad es susceptible de ratificación, entonces en este caso la adquisición de “C” dependería de la decisión de “A” de si ratifica o no el contrato. ¿Qué pasa si decide no hacerlo? como ya hemos visto anteriormente, ello afectaría la buena fe y la onerosidad con la que actuó “C”, el cual es un tercero respecto al vicio del contrato -pues desconoce la verdad material, esto es, que la legitimidad de “B” se encuentra restringida- por lo que sí merece protección.

En casos como estos, nuevamente, **la ineficacia y el derecho potestativo de ratificación se ven desplazados por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la buena fe (confianza) y la onerosidad** con la adquirió “C”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ En este caso, si bien el “C” mantendrá su adquisición, “A” podrá dirigirse contra “B” a fin de requerirle el pago de un resarcimiento por los daños que haya podido sufrir como consecuencia de su incumplimiento.

Distinto sería el caso en el cual “C” sí haya conocido el pacto de *non cedendo* y, a pesar de ello, haya celebrado el contrato de cesión crediticia con “B”. En este caso es claro que “C” **no actúa con buena fe** por cuanto sabía que el cedente se había obligado antes frente al deudor cedido a no transferir su crédito. Siendo ello así, en este caso el derecho potestativo de “A” de ratificar el contrato no se ve desplazado. Dependerá de acuerdo a su interés si decide o no dotar de efectos jurídicos a esa cesión. Y es que al haber actuado “C” con mala fe -con lo cual **no tiene la condición de tercero** pues conocía la restricción a la legitimidad de “B”- entonces el sistema no lo protege.

Cabe precisar que en caso “C” haya actuado de buena fe, pero haya adquirido el crédito a título gratuito, entonces igualmente será “A” será quien decidirá el futuro de ese contrato, pues para obtener protección plena, como ya hemos analizado en el apartado 3.1.1, además de tener la condición de tercero (lo cual implica actuar de buena fe) se requiere que la adquisición se haya realizado a título oneroso.

Nótese que en estos casos en los cuales el tercero -“C”- contrata de buena fe, pero a título gratuito, el fundamento para negarle protección a su adquisición -lo cual implica que prosperará la demanda de ineficacia- radica, no en una responsabilidad por ilícito de él en tanto que actuó de buena fe, **-con lo cual no será responsable de los posibles daños ocasionados al acreedor-**, sino como una **aplicación del principio que impide a un sujeto enriquecerse gratuitamente a costa del perjuicio ajeno**, en este caso, en perjuicio del deudor cedido, que es, a su vez, acreedor del pacto de *non cedendo*. En este último caso, **el interés del acreedor prima sobre el enriquecimiento gratuito del tercero**, pues tutelar el crédito es más eficiente que proteger una adquisición gratuita¹⁵⁰.

A partir de lo expuesto hasta ahora podemos concluir que el contrato celebrado por quien tenía una legitimidad restringida -como es el caso del contrato cesión que venimos analizando- es ineficaz. En este caso, el tercero, si así lo decide, podría ratificar el negocio. Sin embargo, esta ratificación no es absoluta en el sentido de que solo podrá efectuarse si el otro contratante conocía o podía conocer el defecto en la legitimidad o, incluso, si desconocía el mismo, haya adquirido un

¹⁵⁰ Al igual que los supuestos anteriores, esto no implica que “C”, tercero contratante de buena fe y a título gratuito, se vea perjudicado del todo pues, si bien perderá su adquisición, en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar -de ser el caso- un resarcimiento a su transferente “B”.

bien o derecho a título gratuito. Por el contrario, si desconocía la restricción a la legitimidad de su contraparte y adquirió el bien o derecho a título oneroso, entonces la ineficacia y el derecho potestativo de ratificación quedarán desplazados y el contrato, así celebrado, desplegará toda su eficacia sin problema alguno.

En este caso, si bien en teoría el contrato era ineficaz el sistema opta por relegar dicha ineficacia y su posibilidad de ratificación en aras de proteger la buena fe (confianza en la contratación) y la adquisición onerosa. No olvidemos que **una de las formas de fomentar e incentivar las inversiones es dar seguridad a la contratación, y para ello, qué duda cabe, es primordial proteger las adquisiciones que se hayan realizado en buena fe; es decir, bajo la confianza razonable de que se estaba contratando bien y, adicionalmente a ello, cuando haya de por medio una adquisición onerosa**, pues este tipo de transacciones son las que generan una mayor maximización de la riqueza.

Entonces, en el caso del contrato de cesión crediticia que venimos analizando, existen dos posibilidades: **(i)** si el cesionario no conocía el pacto de *non cedendo* y adquirió el crédito a título oneroso, entonces él tendrá la “sartén por el mango” pues dicho acuerdo no le será oponible, por lo que el contrato de cesión será plenamente eficaz; **(ii)** si el cesionario conocía el pacto de *non cedendo* o, desconociendo el mismo, adquirió el crédito a título gratuito, quien tiene la “sartén por el mango” será el cedido, pues será el quien decidirá si ratifica o no el contrato.

Nótese que la posibilidad de que el cedido ratifique el contrato se encuentra establecido en el artículo 1215 del Código Civil el cual establece que: “*la cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que esta la acepta o le es comunicada fehacientemente*”. Esa “aceptación” a la cual hace referencia el artículo se refiere justamente a la ratificación. En caso acepte (ratifique) el contrato, entonces a quien deberá pagar será al nuevo acreedor: el cesionario.

Y es que si la legitimidad que tenía el acreedor para disponer del crédito se vio limitada por un acuerdo entre él y el deudor (autonomía privada) es claro y lógico que el levantamiento de dicha restricción solo opere cuando, además de propio acreedor, sea el deudor -que es el sujeto a favor del cual se acordó dicha restricción- quien decida suprimir dicha limitación y, de ese modo, dote de efectos a la cesión realizada.

Esta decisión de ratificar obedece a una valoración subjetiva de conveniencia del cedido. Dependiendo de su interés optará por hacerlo o no. Por ejemplo, podrá ratificar el contrato si advierte que el mismo le es útil por alguna razón o tal vez porque en realidad no le ocasiona ningún perjuicio o de repente porque le genera una utilidad y cierto perjuicio, pero dicha utilidad es considerablemente mucho mayor que el menoscabo, con lo cual ratificará el negocio, pero podrá solicitar también que se le pague por esos daños menores que ha padecido.

La otra posibilidad es que el cedido no ratifique el contrato y en virtud a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1210 del Código Civil decida oponer al cedente y al cesionario el pacto de *non cedendo*¹⁵¹. Esta oponibilidad implica, desde la óptica de la teoría del acto jurídico, que dicho negocio de cesión es ineficaz por las razones ya expuestas anteriormente y, por tanto, para efectos del deudor cedido su acreedor seguirá siendo el cedente y no el cesionario por lo que a quien debería pagar sería a él.

Ahora bien ¿qué ocurre si, a pesar de ello, el cedente se rehúsa o se niega a recibir el pago? consideramos que esa conducta constituye una negativa injustificada de recibir dicho pago por lo que en ese caso el deudor cedido podría consignar el mismo a fin de que pueda liberarse de su obligación. Veamos:

3.1.2.2.3 La consignación del pago de parte del cedido

El sustento normativo para que proceda la consignación se encuentra en el artículo 1251 del Código Civil¹⁵². Según dicha disposición normativa, si el deudor ofreció el pago al acreedor y este se niega injustificadamente a recibirlo, entonces puede consignarlo.

¹⁵¹ Si bien esto es posible, no debe perder de vista lo siguiente: imaginemos que “A” y “B” celebran un pacto de *non cedendo* por el cual “B” se obligó a no transferir el crédito que tenía frente a él. Ocurre que “B” le transfiere su crédito a “C” y este lo adquiere a sabiendas de que existía un pacto de *non cedendo* por el cual “B” se obligó frente a “A” a no ceder el mismo. En este caso es claro que el contrato será ineficaz y que “A” tendrá la “sartén por el mago” y tendrá el derecho potestativo de decidir si ratifica o no el mismo.

Sucede que mientras “A” evalúa la conveniencia de si ratifica o no el contrato, “C” transfiere el crédito a “D” quien lo adquiere de buena fe por cuanto -supongamos- desconoce del vicio o la anomalía que existe en el contrato celebrado entre su transferente “C” y “B” -quien tenía la legitimidad restringida- y, además, adquiere dicho crédito a título oneroso. En este caso es claro que “D” mantendrá su adquisición sin problema alguno. En ese sentido, si finalmente “A” opta por no ratificar el contrato celebrado por “B” y “C” y pretende la ineficacia del mismo, dicha ineficacia no podrá alcanzar la adquisición de “D” por lo que “A” solo podría solicitar un resarcimiento a “B” y “C” por los posibles daños que -de ser el caso- haya podido padecer.

¹⁵² Artículo 1251.- “El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos: 1.- Que **el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida**, o lo hubiere

En el caso del contrato de cesión crediticia es claro que no sería legítimo que el cedente rechace el pago **teniendo en cuenta no solo que al transferir su crédito incurrió en un incumplimiento, sino que el cesionario adquirió el crédito a sabiendas de que existía un pacto de non cedendo lo cual determina que dicho pacto sea oponible al mismo y que el contrato sea ineficaz. Siendo posible entonces que en ese caso el pacto sea oponible al cesionario y, obviamente, también al cedente mismo, no existe justificación alguna para rehusarse a recibir el pago, con lo cual la consignación debería proceder sin problema alguno**¹⁵³.

Ahora bien, el artículo 1252 del Código Civil señala que el ofrecimiento del pago y la consignación del mismo puede ser realizado judicial o extrajudicialmente¹⁵⁴. Teniendo en cuenta lo dispuesto en dicha norma, creemos que, en el caso del contrato de cesión crediticia, el cedido debería realizarlo a través de la vía judicial pues dicha disposición establece que cuando el acreedor no realice los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir su prestación o en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o realizar el pago, entonces la solicitud debe ser realizada judicialmente. Y, como hemos anotado anteriormente, si el cedente se niega a recibir el pago cuando en realidad no existe ninguna justificación legítima para hacerlo, entonces es claro que no está realizando los actos de colaboración necesarios para que el cedido pague.

*puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación. 2.- Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del artículo 1338 o **injustificadamente se haya negado a recibir el pago**. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de incomparecencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehusó a entregar recibo o conductas análogas”.*

¹⁵³ Nótese que según lo dispuesto por los artículos 1338, 1339 y 1340 del Código Civil, si el acreedor se niega injustificadamente a recibir el pago, entonces incurre en mora, lo cual implica que sea responsable de los daños que se generen al deudor por su retraso. Por ejemplo, deberá asumir todos los gastos en los que incurra el deudor para proteger o custodiar el bien o los bienes con los que iba a cumplir su obligación de forma oportuna. Asimismo, asumirá los riesgos por la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación, salvo que ella obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

¹⁵⁴ Artículo 1252.- *“El ofrecimiento puede ser **judicial** o extrajudicial. Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, **cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete**, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y **en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido**”.*

Dentro de la vía judicial, esta solicitud de pago y consignación debe ser iniciada en un proceso no contencioso¹⁵⁵. En caso el cedente no formule contradicción o no concurra a la audiencia programada el juez declarará la validez del ofrecimiento y recibirá el pago en consignación¹⁵⁶, con lo cual el deudor quedará liberado de su obligación logrando de esta forma que el pacto de *non cedendo* haya sido opuesto sin problema alguno no solo a cedente sino también al cesionario. Como se habrá podido advertir, hasta el momento no existe la necesidad de que la ineficacia del contrato de cesión sea declarada por un juez o árbitro por cuanto lo que puede hacer el cedido es ofrecer y consignar el pago a fin de que quede liberado de su obligación.

Sin embargo, es posible que dentro del proceso no contencioso el cedente formule contradicción alegando, por ejemplo, que el contrato de cesión crediticia es plenamente eficaz con lo cual a quien debería pagar el cedido no es a él sino al cesionario y, por tanto, su negativa a recibir el pago sí sería justificada. Si esto ocurre, según lo dispuesto por el artículo 809 del Código Procesal Civil, el juez autorizará la consignación, pero sin pronunciarse sobre sus efectos y deberá dar por concluido el proceso sin resolver la contradicción¹⁵⁷. En este caso, cada una de las partes podrán defender sus argumentos y hacer valer sus derechos (el cedido a que quede liberado de su obligación por cuanto el cedente se negó injustificadamente a recibir el pago y este último a defender la eficacia del contrato de cesión) pero esta vez en un proceso contencioso de conocimiento.

Esta sería la nueva vía procesal idónea en la cual ambas partes defenderán su posición y en la cual sí se expedirá una sentencia que declare la eficacia o ineficacia del contrato de cesión de crédito en base al análisis que se realice sobre si el cesionario actuó o no con buena fe, si adquirió el crédito a título oneroso o gratuito y otros aspectos más. En estos casos la oponibilidad

¹⁵⁵ Así lo establece el artículo 1253 del Código Civil cuando señala que: “*el ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil. (...)*”.

¹⁵⁶ Así lo indica el artículo 805 del Código Procesal Civil: “*Si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el Artículo 807.*”

En caso de incomparecencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior. (...)”.

¹⁵⁷ Artículo 809.- “*Tramitada la **contradicción** y su absolución, si la hay, el Juez **autoriza la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos** y declarará **concluido el proceso sin resolver la contradicción, quedando a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda**”.*

del pacto de *non cedendo* se materializa o se viabiliza a través de la pretensión de ineficacia del contrato de cesión que el cedido deberá interponer en dicho proceso contencioso.

Veamos ahora un aspecto importante a tener en cuenta sobre la adquisición del cesionario.

3.1.2.2.4 El conocimiento sobreviniente del pacto de *non cedendo* de parte del cesionario

Qué ocurre si el sujeto que contrató con la persona que tenía la legitimidad restringida celebró el contrato desconociendo el pacto que limitaba su legitimidad -en el sentido que se había obligado a no contratar-, pero luego de celebrado el contrato se entera de la existencia de dicho acuerdo, en este caso ¿el contrato celebrado es nulo o ineficaz?

Trasladando esa inquietud en nuestra hipótesis de estudio: qué ocurre si al momento de la celebración del contrato de cesión, el cesionario desconocía el pacto de *non cedendo*, pero luego de ello se entera de su existencia, ¿dicho contrato se tornaría en nulo o ineficaz por el hecho de que el cesionario tomó conocimiento -aunque de forma posterior a la conclusión del contrato- que el cedente tenía restringida su legitimidad?

Como se habrá podido advertir, esta interrogante se relaciona con la buena fe con la que debe contar el cesionario a efectos de que mantenga su adquisición. Ya hemos visto anteriormente que el cesionario conservará la adquisición del crédito -lo cual implica que el contrato de cesión sea eficaz- si es que celebró el contrato de cesión desconociendo la existencia del pacto de *non cedendo* -lo cual implica que tenía buena fe- y si adquirió dicho derecho a título oneroso. Sin embargo, tenemos ahora un “obstáculo”: el cesionario tomó conocimiento de dicho pacto, pero luego de celebrado el contrato.

Para responder a la interrogante de si ese hecho determina que el contrato sea nulo o ineficaz es necesario saber hasta cuándo debe mantenerse o exigirse la buena fe al adquirente. ¿Debe tener buena fe solo al momento de la celebración del contrato o debe mantener esa buena fe hasta el momento en el cual adquiriera efectivamente el bien o derecho?

Nosotros creemos que en todos los casos en los cuales peligre o se discuta la adquisición de un sujeto, para efectos de que pueda mantenerlo, además de haber contratado a título oneroso,

solo será exigible que tenga buena fe al momento de la celebración del contrato y no hasta que se produzca la adquisición efectiva de la titularidad sobre el bien o derecho que se está disponiendo. Para demostrar ello, veamos algunos casos en los cuales se puede evidenciar que sostener lo contrario determinaría que disminuyan considerablemente los incentivos para contratar por los altos costos y pérdidas que se generarían para los adquirentes.

La compraventa sobre un bien mueble es uno de los casos que resulta muy ilustrativo. Imaginemos que “A” es propietario registral de una camioneta BMW. El día uno celebra una compraventa sobre dicho bien con “B” quien no inscribe el respectivo contrato ni toma posesión de la camioneta. El día ocho -valiéndose de su condición de titular registral y de poseedor del bien- celebra otra compraventa con “C” sobre la misma camioneta. Acuerdan que el mismo le será entregado a “C” a las dos semanas siguientes.

En este caso es claro que “C” celebró el contrato de compraventa con “A” de buena fe, pues los medios de publicidad de titularidades que existen por excelencia (registro y posesión) evidenciaban que el titular de la camioneta era “A” y que este no había celebrado contrato de compraventa alguno con “B”. A los ojos de todo el mundo el único propietario del bien era “A” y a los ojos de todo el mundo -salvo de “B”- “A” no se había obligado a transferir la propiedad de la camioneta a “B”, por lo que sería con él con quien se debería contratar.

Y eso es lo que hizo “C”. Confió en lo que informaban el registro y la posesión. Ahora bien, imaginemos que un día antes de que “C” reciba la camioneta -momento en el cual recién adquirirá la propiedad del mismo, pues como sabemos, según lo dispuesto por el artículo 947 de Código Civil la propiedad de un bien mueble se adquiere con la tradición- se logra inscribir en el registro el contrato de compraventa de “B”. ¿Qué ocurre en ese caso?

Si mantenemos la tesis de que “C” debe tener buena fe no solo al momento de la celebración del contrato, sino que debe mantener esa creencia y confianza hasta el momento en que adquiera efectivamente el derecho -lo cual recién ocurrirá cuando reciba la posesión de la camioneta- entonces se frustrará su adquisición y, con ello, la satisfacción de su interés, pues en este caso un día antes de que se le haga entrega del bien, en el registro ya había quedado inscrito el contrato de compraventa de “B”, el cual, se bien fue celebrado antes, no fue publicitado oportunamente.

Siendo ello así, si “C” toma posesión del bien en el día pactado se concluiría inevitablemente que lo recibió de mala fe, por cuanto un día antes se había publicitado en el registro que “B” había celebrado anteriormente una compraventa con “A” sobre el mismo bien y como según lo dispuesto por el artículo 2012 del Código Civil se presume que todos tenemos conocimiento de las inscripciones registrales sin admitirse prueba en contrario, entonces “es claro” que “C” habría actuado de “mala fe” al recibir el bien de un sujeto que se había obligado antes a transferir el mismo a otra persona (“B”).

Si nos inclinamos por mantener esta tesis, nos preguntamos qué ocurriría si, por ejemplo, luego de que “C” haya celebrado la compraventa y antes de la fecha pactada para la entrega del bien, decidió comprar una cochera para la camioneta y también varios repuestos nuevos. Esos contratos, literalmente, se arruinarían y “C” tendría que asumir ese riesgo. Todo lo invertido en esa cochera y en los repuestos lo perdería.

Nótese que es posible que no pueda recuperar esa inversión solicitando a “A” -quien actuó de mala fe- que le pague un resarcimiento correspondiente al valor de la inversión perdida y por otros daños que haya podido padecer en tanto que “C” también habría actuado de “mala fe”, pues pudo conocer que “B” tenía “prioridad” en la adquisición pues su compraventa fue anterior a la suya, por cuanto así lo publicitó el registro un día antes.

Sostener que “C” deba tener buena fe hasta el momento de la adquisición del derecho implicaría entonces que él tenga que revisar **todos los días** si en el registro se publicitó un título incompatible con el contrato que él celebró hasta el día en el cual se pactó la entrega del bien. Del mismo modo, debería cuidar de verificar también que quien tenga la posesión de la camioneta sea “A” hasta el momento de la entrega, pues si transfiere la posesión antes de esa fecha a un tercero, es posible que ese hecho revele que a esa persona le había enajenado el mismo bien antes de que haya contratado con “A”, por lo que, de ser así, ya no adquiriría con buena fe.

Como se puede advertir, es claro que exigirle todo eso a “C” resulta ineficiente. Pretender defender esa postura implicaría desincentivar la contratación, pues se incrementarían considerablemente los costos de transacción al tener que revisar -día tras día- que los medios de publicidad por excelencia (registro y posesión) no informen una realidad distinta a la que él conocía al momento de la celebración del contrato.

Sostener esa tesis implicaría entonces que el sujeto que pretende adquirir un bien o derecho, literalmente, esté en un estado de tensión e incertidumbre absoluta desde la celebración del contrato hasta el momento en el cual adquiriera dicho derecho, pues en todo ese lapso tendría que “cruzar los dedos” para que no surja o aparezca un hecho anterior a la adopción de su decisión económica de contratar que sea incompatible con ella -por ejemplo, un título incompatible con el suyo el cual fue revelado a partir de la posesión o de la inscripción- la cual primaría o se impondría sobre su contrato.

Otro de los casos en los cuales se puede evidenciar la inconsistencia de esa tesis es en el de la hipoteca a *non domino*. Imaginemos que “A” es propietario registral de un inmueble. El día uno vende dicho bien a “B” quien no inscribe su derecho ni toma posesión del mismo. El día ocho -valiéndose de su condición de titular registral y de poseedor del bien- celebra con su acreedor “C” una hipoteca a favor suyo el cual llega a inscribirse el día cuarenta.

En este caso es claro que “C” celebró el contrato de hipoteca con “A” de buena fe, pues los medios de publicidad de titularidades que existen por excelencia (registro y posesión) evidenciaban que el titular de inmueble era “A” y no “B”. A los ojos de todo el mundo -salvo de “B”- el único propietario del bien era “A” por lo que sería con él con quien se debería contratar.

Y eso es lo que hizo “C”. Confió en lo que informaban el registro y la posesión. Ahora bien, imaginemos que en un día antes de que “C” presente el título al registro para su inscripción -momento en el cual “C” recién adquirirá o será titular de dicho derecho real de garantía, pues como sabemos, según lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil, la hipoteca se adquiere o se constituye con la inscripción- “A” entrega la posesión del inmueble a “B”, con lo cual la propiedad que había adquirido días antes de la celebración de la hipoteca había quedado publicitada frente a todos a través de esa entrega posesoria ¿Qué ocurre en ese caso?

Si mantenemos la tesis de que “C” debe tener buena fe no solo al momento de la celebración del contrato, sino que debe mantener esa creencia y confianza hasta el momento en el cual adquiere efectivamente ese derecho real de garantía¹⁵⁸ -lo cual ocurrirá recién con la inscripción- entonces se frustrará su adquisición y, con ello, la satisfacción de su interés, pues en

¹⁵⁸ En ese sentido opina el profesor Jack Bigio. Véase: (Bigio, 1998, págs. 201-203).

este caso un día antes de que “C” solicite la inscripción de la hipoteca, “B” había tomado posesión del bien en calidad de propietario. “B” había publicitado su derecho de ese modo.

Siendo ello así, si finalmente “C” solicita la inscripción de la hipoteca y esta se llega a inscribir, se concluiría inevitablemente que adquirió dicho derecho real de mala fe, por cuanto un día antes de que presente el título para su inscripción pudo enterarse de que el verdadero propietario del inmueble no era “A” sino “B”, quien pasó a poseer el bien y, con ello, a publicitar su derecho.

Sostener que “C” deba tener buena fe hasta el momento de la adquisición del derecho implicaría entonces que él tenga que revisar todos los días si en el registro se publicitó una titularidad incompatible con el contrato que él celebró hasta el día en el cual solicite la inscripción del mismo. De igual forma, debería cuidar de verificar también que quien tenga la posesión del inmueble sea “A” hasta el momento de solicitar la inscripción pues si lo transfiere antes de esa fecha a un tercero, es posible que ese hecho revele que a esa persona le había enajenado antes el bien, por lo que, de ser así, ya no tendría buena fe.

Como se puede advertir, es claro que exigirle todo eso a “C” resulta ineficiente. Al igual que en el caso de la venta de la camioneta, defender esa postura implicaría desincentivar la contratación, pues se incrementarían considerablemente los costos de transacción y se estaría ante un estado de tensión e incertidumbre absoluta desde la celebración del contrato hasta el momento en el cual adquiera dicho derecho.

Lo mismo puede ocurrir en el caso de la compraventa de un inmueble en el cual se haya estipulado una cláusula de reserva de propiedad según la cual el comprador recién adquirirá el dominio del bien con la firma de la escritura pública. Sería ineficiente, por las razones antes expuestas, que se le exija que tenga buena fe hasta el momento en el cual adquiera el derecho, esto es, hasta la fecha en que se firme dicho documento¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Nótese que en este caso la situación puede empeorar o agravarse mucho en caso el vendedor -sin ningún motivo legítimo- decida no firmar la Escritura Pública y el comprador tenga que iniciar un proceso de otorgamiento de Escritura Pública. Esto implicaría que desde que celebró el contrato hasta que se resuelva el conflicto y el mismo finalice con el otorgamiento de dicho instrumento público, tendría que revisar constantemente el registro y la posesión. Esta exigencia resulta ineficiente.

En síntesis, creemos que la buena fe solo debe ser exigida al momento de la celebración del contrato y no hasta cuando se adquiriera efectivamente el derecho, pues de lo contrario:

(i) Se **incrementarían considerablemente los costos de transacción** al tener que indagar hasta la fecha en la que se obtenga el derecho si existe algún hecho -como sería la entrega de la posesión a un sujeto distinto- que determine que su título no tenga prioridad. En caso se pretenda adquirir derechos sobre bienes registrados, ello implicaría revisar el registro respectivo día tras día hasta ese momento. Nótese que se tendría que revisar no solo los asientos registrales sino también los títulos archivados que los sustentan pues según lo establecido por el artículo 2014 para efectos de calificar si hubo buena fe o no se debe revisar todos esos documentos.

(ii) Si se celebraron contratos vinculados a la adquisición del derecho, estos perderían su utilidad, como sería el caso de la compra de la cochera y de los repuestos en el caso de la venta de la camioneta y **quien asumiría ese riesgo sería -paradójicamente- el sujeto que contrató de buena fe**, es decir, en base a una clara situación de apariencia de la cual no podía salir.

Y es que es muy probable que se declare infundada la pretensión resarcitoria que interponga contra su transferente por los daños que haya podido padecer debido a que se frustró su adquisición y para que este asuma el riesgo de todo lo que invirtió en los contratos vinculados a dicha adquisición, pues habría adquirido el derecho de “mala fe”. Se diría entonces que él mismo ocasionó su propio perjuicio.

(iii) Entre el momento de la celebración del negocio hasta la fecha en la que se adquiriera el derecho, el adquirente se encontraría -literalmente- en un **estado de tensión e incertidumbre absoluta** pues tendría que esperar a que no aparezca un hecho (por ejemplo, transferencia de la posesión o inscripción registral) que sea incompatible con su contrato. Todo ello, evidentemente, **desincentiva la decisión de contratar**. El sistema económico de contratación se desmoronaría por falta de seguridad jurídica.

Ahora bien, podría pensarse que lo recientemente expuesto respecto a si se debe tener buena fe solo al momento de la celebración del contrato o hasta que se adquiriera efectivamente el derecho no es relevante en el caso del contrato de cesión de crédito pues la transferencia del mismo

se produce -como regla general- con la sola celebración del contrato de cesión. Es decir, la conclusión del contrato -casi siempre- genera el efecto traslativo del crédito¹⁶⁰.

Siendo ello así, no importaría la discusión sobre hasta cuándo se debe tener buena fe, pues incluso en la hipótesis que se opte por la tesis de que se debe mantener la buena fe hasta la adquisición del derecho, entonces en el caso del contrato de cesión, al adquirirse el crédito -por lo general- por efecto de la celebración del contrato, la buena fe debería tenerse solo al momento de la conclusión del mismo.

Esto, sin embargo, no es del todo cierto, pues pueden existir dos supuestos en los cuales el crédito no se adquiere con la sola celebración del contrato de cesión (título) sino en un momento posterior. Antes de detallar cuáles son esos dos supuestos, debemos realizar primero algunas precisiones puntuales sobre cómo opera la transferencia de la titularidad de un crédito según nuestro Código Civil. Sobre este tema, resulta pertinente tener en cuenta lo establecido por el profesor Luciano Barchi quien al respecto señala lo siguiente:

“De acuerdo con el **sistema del título y del modo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico**, para la transferencia de la titularidad de un crédito se requiere **dos** acuerdos de voluntades: uno de ellos **creador de una obligación de transferir** y el otro el **acuerdo traslativo**. El Código establece una forma *ad solemnitatem* para la cesión; es decir, para el acuerdo traslativo. En tal sentido, la cesión debe constar por escrito” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 225).

¹⁶⁰ Respecto al momento en el cual opera la transferencia efectiva de la titularidad de un crédito, es interesante tener en cuenta lo establecido por los Principios Unidroit. En su artículo 9.1.7 se establece lo siguiente: “*un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor*”. Como se observa, en este caso no se adopta la tesis del título y el modo, pues la titularidad del crédito opera con la sola celebración del contrato respectivo. Distinto es el caso de nuestro Código Civil, el cual, como veremos en breve, sí adopta -como regla general- la referida teoría del título y el modo para la transferencia de la titularidad de un crédito.

Sobre este tema, coincidimos con el profesor Luciano Barchi en el sentido de que sería mejor optar por un sistema de transferencia automática de la titularidad crediticia, sin que se tenga que verificar un modo para tal efecto. En ese sentido, el profesor peruano indica lo siguiente: “en nuestra opinión para la transferencia de la titularidad del crédito **debería consagrarse el sistema de la causa única**, de tal manera que, **el efecto traslativo (la cesión como efecto)** se produce de manera **inmediata a la celebración de cualquier contrato con función traslativa**” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones), 2011, pág. 254).

En esa misma línea, indica lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 1206 del Código, **la cesión es el modo** (acto de disposición) por el cual se **transfiere** la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

(...)

En tal sentido, de acuerdo con nuestro Código, el título solo genera la obligación de transferir la titularidad del crédito, pero **para la transferencia efectiva de la titularidad se requiere un modo**. Mientras no se realice el modo, el cesionario solo tiene un derecho a la transferencia: solo con el modo, el cesionario se convierte en acreedor.

(...)

En nuestro Código, la cesión es al crédito lo que la tradición es a la propiedad, tratándose de cosas muebles. (...)” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 217).

Como bien indica el profesor Barchi, nuestro ordenamiento jurídico -a partir de lo establecido en los artículos 1206 y 1207 del Código Civil- contempla la teoría del título y el modo para la transferencia de la titularidad de un crédito. Esto implica que no basta la celebración del título -el cual solo genera la obligación de transferir dicho derecho subjetivo-, sino que se tendrá que realizar un segundo acuerdo -que constituye el modo- en virtud del cual el mismo, recién, es transferido al cesionario.

Si bien esta sería la manera en la cual un crédito es transferido, existe un supuesto muy puntual en el cual dicho derecho subjetivo es transferido con la sola celebración del título, sin que se requiera un modo posterior. Esto se desprende a partir de lo señalado en el artículo 1207 del Código Civil, el cual establece que: *“la cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión”*.

Como se observa, según dicha disposición normativa, si el título consta por escrito, entonces dicho documento sirve de medio probatorio de la cesión, esto es, del acto de disposición -o transferencia efectiva- que **ya ocurrió**. Y es que solo se puede probar algo que ya ocurrió, y no los hechos futuros. Entonces, si la norma indica que el título escrito sirve de constancia de la

cesión, esto implica que ella -acto de disposición- ya se verificó. ¿Cuándo ocurrió dicho acto de disposición? es inevitable concluir que se realizó con el acuerdo de voluntades, el mismo que se plasmó por escrito.

En ese sentido, el profesor Barchi, comentando lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1207 del Código Civil, indica lo siguiente: “de esta manera, cuando el título consta por escrito, se considera que los dos acuerdos de voluntades [es decir, el acuerdo que crea la obligación de transferir y el acuerdo traslativo] coinciden en un mismo momento; es decir, desde otro punto de vista, que **la transferencia operará de manera inmediata. Se estaría adoptando, prácticamente, el sistema del acto único**” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 226).

A partir lo expuesto, podemos concluir que un crédito puede ser efectivamente transferido al cesionario en tres momentos distintos:

(i) Con la sola celebración del título. Para que ocurra ello, dicho título debe ser acordado por escrito.

(ii) Cuando se haya estipulado una cláusula de reserva de transferencia de la titularidad hasta que, por ejemplo, el cesionario pague una parte o toda la cantidad que hayan acordado como contraprestación por la cesión (la transferencia puede estar condicionada a otro evento, como, por ejemplo, a la suscripción de la Escritura Pública respectiva).

(iii) Cuando el contrato de cesión (título) no se haya celebrado por escrito y no se haya estipulado una cláusula de reserva de transferencia. En este caso, la transferencia del crédito solo se producirá cuando se produzca el segundo acuerdo -que viene a ser el modo y el cual, por cierto, debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad- en virtud del cual, recién, se adquiere efectivamente el crédito.

Como se observa, en estos dos últimos supuestos el cesionario adquiere el crédito en un momento posterior a la celebración del título. En estos casos es útil analizar entonces si el cesionario debe tener buena fe únicamente al momento de la celebración del contrato de cesión (título) o hasta que adquiera efectivamente dicho derecho subjetivo. Habiendo hecho estas

precisiones, continuemos con el análisis respecto hasta cuándo debe exigirse al cesionario que tenga buena fe.

Sobre este tema es importante tener en cuenta que, según lo establecido por el artículo 19.1 de la nueva Ley de Garantía Mobiliaria, el contrato de garantía mobiliaria sobre un crédito puede ser registrado en el SIGM (Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos). Asimismo, el inciso 2 del artículo 19.2 de la referida ley establece que el contrato de cesión de un crédito también puede ser registrado en el SIGM.

Esto implica que si alguien pretende adquirir la titularidad de un crédito -además de verificar si la pretensión de exigir su pago no ha prescrito, si el deudor es solvente o no y otras cosas más- deberá comprobar los siguientes aspectos fundamentales:

En primer lugar, que dicho derecho sea efectivamente de titularidad del cedente. Pero para ello no bastará que verifique el título a partir del cual nace dicho crédito, sino que también deberá verificar si en el registro no consta que el mismo ya fue cedido anteriormente a otro sujeto. De este modo podrá comprobar si el cedente sigue siendo titular de dicho derecho subjetivo. En segundo lugar, deberá verificar que dicho crédito no haya sido otorgado en garantía. Para ello, nuevamente, deberá verificar que en el SIGM no se encuentre publicitada una garantía sobre dicho derecho.

Finalmente -en lo que respecta a nuestra hipótesis de estudio- deberá constatar que no exista un pacto de *non cedendo*. Para ello -como se analizará más adelante en la sección correspondiente al análisis del factor de atribución del cesionario (apartado 3.1.3.3.2)- este deberá verificar si en el título a partir del cual surgió la acreencia que pretende adquirir no existe un pacto de no cesión del mismo.

A partir de los argumentos antes expuestos, creemos que solo será exigible que el cesionario verifique el registro y el título que dio origen al crédito al momento de la celebración del contrato de cesión (título). La buena fe -expresada en este caso en la conducta diligente de revisar la información registral y revisar el título respectivo- deberá verificarse solo en dicho momento y no hasta que adquiera efectivamente el crédito, lo cual puede ocurrir -si así se pactó- cuando pague una parte o toda la cantidad que haya acordado con el cedente como contraprestación por la cesión o hasta que -conforme a lo ya analizado anteriormente- se celebre

el acuerdo traslativo del crédito (modo). Lo contrario implicaría, como ya se mencionó, que el cesionario tenga que revisar el registro día tras día y ello, como es claro, desalienta totalmente la decisión de contratar.

En línea con lo expuesto anteriormente, el hecho que de forma sobreviniente a la celebración del contrato (título) el cesionario se entere -por cualquier medio- de la existencia del pacto de *non cedendo* no determina que dicho negocio sea ineficaz y menos aún nulo, pues **para que un negocio sea nulo, la causal de su invalidez debe presentarse al momento de su celebración y no surgir de manera posterior a ella**. El cesionario mantendrá su adquisición pues contrató a título oneroso y adquirió el crédito de buena fe: desconocía el pacto de *non cedendo* al momento de la celebración del negocio de cesión. Será él entonces el que tendrá la “sartén por el mango”¹⁶¹.

Sostener lo contrario -es decir, que el cesionario pierda la buena fe porque se enteró de manera sobreviniente a la celebración del contrato de cesión que existía un pacto de *non cedendo*- determina -como hemos anotado anteriormente- que el mismo se encuentre -literalmente- en un **estado de tensión e incertidumbre absoluta**, pues tendría que esperar a que no aparezca la noticia de que sí existía un pacto de *non cedendo*, cuando ya había realizado el acto de diligencia respectivo en el momento oportuno: revisión del título de la acreencia cuando celebró la cesión.

Debería “cruzar los dedos” para que no salga a la luz una noticia de este tipo (existencia del pacto de no cesión) hasta que adquiriera efectivamente el crédito, esto es, hasta que -si así se acordó- pague una parte o toda la contraprestación pactada por su adquisición o hasta que -según lo analizado anteriormente- se celebre el acuerdo traslativo del crédito (modo). Todo ello, evidentemente, **desincentiva la decisión de contratar**. Es por eso que, reiteramos, la buena fe del cesionario -expresada en el desconocimiento de dicho pacto- debería exigirse únicamente al momento de la celebración del respectivo contrato de cesión.

Veamos ahora algunos aspectos interesantes relacionados a la ratificación y a la ineficacia -oponibilidad del pacto de *non cedendo*- del contrato de cesión de crédito.

¹⁶¹ Evidentemente esto no implica que el cedido se vea perjudicado, pues podría solicitar un resarcimiento al cedente por los posibles daños que -de ser el caso- haya podido padecer a causa de su incumplimiento.

Respecto a la ratificación se ha señalado que la misma tiene las siguientes características: “es una declaración unilateral recepticia, la formalidad es aquella exigida por el negocio principal, puede ser tácita, no tiene plazo para su ejercicio y tiene efectos retroactivos” (Priori Posada, Ratificación del acto jurídico. Comentario al artículo 162 del Código Civil, 2003, pág. 709). Analicemos cada una de dichas características en el supuesto de que el cedido opte por ratificar (“aceptar”) el contrato de cesión de crédito celebrado por el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo* o, aun desconociéndolo, haya adquirido el crédito a título gratuito. Empecemos por el tema de la formalidad.

3.1.2.2.5 Sobre la formalidad de la ratificación del contrato de cesión de crédito

Sobre este punto nos preguntamos ¿la ratificación del cedido debe ser realizada a través de una determinada formalidad o puede ser hecha de forma tácita? podría pensarse que como el acto traslativo de cesión (modo) debe acordarse por escrito bajo sanción de nulidad -así lo establece el artículo 1207 del Código Civil-, entonces la ratificación del contrato de cesión (título) debería hacerse -necesariamente- por escrito también.

Esto, sin embargo, creo que no es correcto. Somos de la idea de que no existe una formalidad *ad solemnitatem* que deba observar el cedido y, por tanto, la ratificación podría realizarla por la vía que él decida, lo cual incluye la forma tácita. Para justificar nuestra respuesta es inevitable analizar brevemente este tema de la formalidad de la ratificación en los casos de falta de legitimidad originaria y derivada, pues a partir de allí se entenderá por qué llegamos a esa conclusión.

En el caso de la ratificación de los actos jurídicos celebrados por quien carecería de legitimidad derivada, el artículo 162 del Código Civil establece que: “(...) *el acto jurídico puede ser ratificado por el representando observando la forma prescrita para su celebración. (...)*”¹⁶². En este caso la norma es clara en señalar que la ratificación hecha por el representado debe observar la formalidad del contrato que pretende ratificar.

¹⁶² Si bien el artículo hace referencia a la “forma”, lo correcto era que se refiera a la “formalidad”. Ambas figuras no son lo mismo. La forma es el medio a través del cual se manifiesta la voluntad: de manera expresa o tácita. La formalidad implica que dicha declaración de voluntad sea manifestada observando determinados requisitos que la ley o las propias partes hayan establecido.

En ese sentido, si por ejemplo el negocio que se va a ratificar es una fianza, el representado deberá efectuar la ratificación observando la formalidad *ad solemnitatem* que el Código Civil ha establecido para la celebración de dicho contrato, esto es, que la misma debe ser realizada por escrito bajo sanción de nulidad¹⁶³. ¿Por qué el artículo 162 del Código Civil establece esa exigencia para la ratificación?

Somos de la idea de que la razonabilidad de ese requisito se puede encontrar en el hecho de que por la ratificación el representado -literalmente- hace suyo los efectos jurídicos del contrato celebrado por el pseudo representante con la otra parte. Con la ratificación declara su voluntad de hacer propio dicho contrato. En ese sentido, se ha dicho que la ratificación “deriva en una declaración de voluntad unilateral -y que no requiere la aceptación de una tercera persona- por el cual alguien consiente en **asumir la posición jurídica y los derechos u obligaciones que a dicha posición correspondan** y que un tercero hubiera creado para él declarando ante otra persona que actuaba en su nombre y representación” (énfasis agregado) (Lohmann Luca De Tena, 1994, pág. 228).

Como se observa, el representado que ratifica el contrato asume los derechos y obligaciones que emanan de dicho contrato y, como bien sabemos, el hecho de que asuma esos derechos y obligaciones implica que, literalmente, se vuelva en **parte material** del contrato. Esa ratificación implica entonces **dotar de efectos al contrato respecto al representado, el mismo que -reiteramos- se convierte en parte material del negocio jurídico ratificado.**

Habiendo aclarado ello, nos preguntamos ¿la ratificación es un acto a través del cual se modifica o altera el contrato celebrado entre el pseudo representante y la otra parte? creemos que sí. En efecto, antes de la ratificación, jurídicamente, dicho contrato era ineficaz. Con la ratificación el contrato se vuelve eficaz. Es notorio entonces la modificación que se presenta en dicho contrato en cuanto a los efectos se refiere. Ahora bien, respecto a las modificaciones contractuales debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil el cual establece que: “*las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato*”.

¹⁶³ En efecto, el artículo 1871 del señalado Código establece que: “*la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad*”.

Es claro que cualquier modificación a un contrato determinado solo puede ser realizada por las propias partes y por nadie más. Solo ellas pueden alterar el contenido de la relación contractual que han creado y, habiendo advertido anteriormente que el representado que ratifica el contrato se vuelve en **parte contractual** del mismo, entonces puede concluirse que, para ratificar el contrato, lo cual implica **modificar** el mismo, deberá observar, como señala el artículo 1413, la formalidad prescrita para el negocio que, en este caso, va a ratificar.

En otras palabras, la ratificación genera dos efectos: primero, ocasiona que el representado se vuelva parte material del contrato y, segundo, al constituir la ratificación en sí misma una modificación del contrato -pues le da eficacia-, entonces su emisor -el representado que es parte- deberá expresarlo a través de la formalidad que la ley haya dispuesto para el contrato que va a ratificar.

Ahora bien, a esto podría objetarse el hecho de que, técnicamente, la ratificación no puede constituir una modificación contractual, pues un contrato solo puede ser modificado a partir del acuerdo de ambas partes y no por la declaración de solo una de ellas, como supuestamente ocurriría con el representado que a través de la ratificación otorga eficacia al contrato. Al respecto, debemos señalar que en realidad sí es posible que solo una de las partes modifique o altere un aspecto determinado del contrato, pero siempre que la otra parte así se lo haya autorizado anteriormente. Con relación a la ratificación del representado, debemos precisar que es perfectamente posible interpretar que sí existe consenso entre ambas partes para que el contrato sea eficaz.

En efecto, cuando el tercero celebró el contrato con el pseudo representante es claro que lo hizo por cuanto tenía interés en que dicho negocio se mantenga y sea eficaz para que a través del mismo pueda satisfacer su interés. Para eso lo celebró. Cuando el representado ratifica el negocio manifiesta su intención o deseo que el contrato que, jurídicamente era ineficaz y que el tercero lo concluyó para que pueda surtir efectos, sea eficaz para que también pueda satisfacer su interés, con lo cual, en el fondo, ambos sí pretenden o tiene la misma intención: conservar y dotar de efectos a un contrato que era ineficaz.

Lo mismo ocurre en los casos de falta de legitimidad originaria o directa. En efecto, en esos supuestos, si el verdadero titular del derecho que se ha transferido opta por ratificar el contrato, entonces -literalmente- hace suyo también los efectos jurídicos de dicho contrato

celebrado por el pseudo titular con la otra parte. Con la ratificación declara su voluntad de hacer propio dicho contrato y, por tanto, los efectos jurídicos recaerán en su esfera patrimonial. Siendo ello así, entonces él pasará a formar **parte material** del contrato celebrado asumiendo los derechos y obligaciones que emanen de él.

En efecto, si los copropietarios que no celebraron el contrato de arrendamiento ratifican el contrato celebrado por el copropietario o por un tercero que lo celebró como si fuese solo suyo, entonces el contrato surtirá efectos respecto a todos ellos también, con lo cual es claro que pasan a formar parte material de dicho contrato.

Ahora bien, al igual que en el caso anterior, en este supuesto es claro que la ratificación implica también una alteración o modificación del contrato que se va a ratificar y, al ser emitida o declarada por el verdadero titular del derecho que pasa a formar parte del mismo, entonces deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, esto es, la ratificación deberá realizarla observando la formalidad del contrato al cual se le dotará de eficacia. En ese sentido, si lo que se va a ratificar es una donación inmobiliaria, el verdadero titular del bien deberá ratificar dicho contrato a través de una escritura pública, por cuanto esta es la formalidad *ad solemnitatem* que el artículo 1625 del Código Civil establece para la donación de inmuebles.

Veamos ahora el caso de la legitimidad restringida o limitada. En estos supuestos ocurre algo distinto a los casos de falta de legitimidad originaria y derivada ya analizados. Hemos señalado que cuando la legitimidad para contratar queda restringida por un acuerdo entre el titular del derecho y otro sujeto (autonomía privada) este último podrá ratificar el contrato si el que contrató con el sujeto que tenía la legitimidad restringida conocía o pudo conocer esa limitación o, aun desconociéndolo, haya adquirido el bien o derecho a título gratuito.

Si el tercero opta por ratificar el contrato, y aquí se encuentra la diferencia con los otros casos en los cuales el representado o el verdadero titular del bien ratifican el contrato celebrado por quien carecería de legitimidad derivada u originaria, respectivamente, entonces **él no hará suyo los efectos de dicho contrato. No asume ninguna posición jurídica en ese negocio, por lo que no es posible que pase a formar parte del mismo.**

En efecto, en el caso del contrato de cesión de crédito que venimos analizando en cual el cedente tiene la legitimidad restringida, cuando el cedido opta por ratificar el contrato, él no se

convierte en parte activa o pasiva de dicho negocio de cesión, simplemente con la ratificación se limita a dotar de efectos a dicho contrato en el cual solo quedan vinculados el cedente y el cesionario.

Distinto es el caso en el cual el representado o el verdadero titular del derecho que se ha transmitido ratifican el contrato celebrado por el pseudo representante o el pseudo titular respectivamente pues en esos supuestos, como se ha visto, ellos sí pasan a formar parte materia del contrato, asumen la posición activa o pasiva del mismo **dado que son los verdaderos titulares del bien o derecho que se está disponiendo.**

En este caso el tercero cedido no puede pasar a formar parte del contrato por cuanto él no es el titular del crédito que se está transmitiendo al cesionario. Es claro entonces que los efectos de dicho contrato no alcanzarán a su esfera jurídica.

Teniendo en cuenta entonces que la ratificación del cedido solo determina que el contrato de cesión sea eficaz pero no que él forme parte de dicho contrato, no debería observarse lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, en el sentido que la ratificación deba efectuarlo teniendo en cuenta la formalidad del contrato (título) que va a ratificar (el cual, por cierto, es consensual), pues dicha disposición solo resulta aplicable cuando las modificaciones contractuales vayan a ser realizadas **por las propias partes materiales** y no cuando la relación contractual se vea alterada o modificada por el hecho de un tercero, como sería el presente caso en el cual con la ratificación del cedido, el contrato de cesión, recién, surtirá sus efectos.

Nótese que, conforme a lo ya analizado anteriormente, la formalidad del contrato de cesión (título) no es *ad solemnitatem*. El acuerdo traslativo del crédito (modo) es el que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, **pero no el título o la causa en la cual se sustenta**. Siendo ello así, incluso en el negado supuesto que se considere aplicable el referido artículo 1413, en tanto que no existe una formalidad solemne para la celebración del título de cesión, entonces el cedido podrá ratificar dicho negocio jurídico bajo cualquier forma¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Nótese que hemos precisado que, con la ratificación del cedido, recién, el contrato de cesión surtirá efectos. Esto implica que mientras no exista ratificación dicho negocio será ineficaz no solo respecto a él, sino también -en principio- entre el mismo cedente y cesionario. Lo mismo ocurre en los casos de falta de legitimidad originaria y derivada. Mientras el verdadero titular del derecho o el representando, respectivamente, no ratifiquen el contrato, el mismo será ineficaz no solo respecto a ellos, sino también -en principio- entre las propias partes que celebraron dicho contrato, esto es, entre el pseudo titular o el pseudo representante y el adquirente.

En base a lo expuesto, somos de la idea de que **en los casos en los cuales la legitimidad se encuentre restringida, no existe ninguna formalidad *ad solemnitatem* que deba observar el tercero -en este caso el cedido- para ratificar el contrato respectivo, por lo que ella podría ser declara por la vía que él decida, lo cual incluye la forma tácita**¹⁶⁵.

Queremos enfatizar ello porque es común escuchar que el contrato celebrado por quien no tenía legitimidad -originaria o derivada-, si bien es ineficaz respecto al verdadero titular o el representado, sí es eficaz entre las partes que celebraron el mismo. En ese sentido, se ha señalado que: "(...) el contrato es válido y eficaz entre el representante o supuesto representante con el tercero, pero ineficaz frente al representado o supuesto representado" (Morales Hervías, Estudios sobre la teoría general del contrato, 2006, pág. 501). Discrepamos respetuosamente con el profesor Rómulo Morales. Creemos que dicha afirmación -salvo un caso específico- no es cierta.

En primer lugar, no se debe perder de vista que si se dice que el contrato no es eficaz es porque quien tiene la "sartén por el mango" es el verdadero titular del bien o el representado. Ellos decidirán si ratifican o no el contrato, dado que, como hemos analizado antes, si el tercero adquirente contrató sabiendo la falta de legitimidad de su contraparte o incluso desconociendo el mismo, pero a título gratuito, entonces el negocio es ineficaz salvo que sea ratificado. Teniendo en cuenta ello, creemos que no es posible sostener que el contrato, así celebrado, sea ineficaz para el verdadero titular o el representado, pero sí eficaz respecto a las partes contratantes. ¿Qué implica señalar que el contrato es eficaz entre ellos? Pues que dichos sujetos podrían, recíprocamente, exigirse el cumplimiento de sus obligaciones o, incluso, solicitar un resarcimiento al otro por los daños que hayan podido padecer a causa de su incumplimiento. Si bien esto parecería correcto, creemos que no es así.

En efecto, no es posible que, por el lado del disponente, este exija a la otra que cumpla su obligación cuando él mismo no puede transferir el bien o derecho que se obligó por cuanto no es el titular o no se encuentra autorizado (facultado) para disponer de ellos. Del mismo modo, no es posible que el adquirente le exija al disponente que le transfiera el bien cuando **sabe** o conoce que no tiene legitimidad y, por tanto, es consciente de que no podrá transferirle algo que no es suyo mientras no haya autorización del verdadero titular.

En ese mismo sentido, no es posible que ambas partes pretendan que se les pague un resarcimiento por la lesión de su crédito por cuanto, nuevamente, ambos **conocían** la falta de legitimidad que existía y aun así contrataron, por lo que asumieron el riesgo de que el contrato no pueda ser cumplido. Si esto es así, ¿de qué supuesta eficacia pueda hablarse cuando, en realidad, entre ellos no pueden exigirse absolutamente nada? es claro entonces que el contrato en realidad no despliega ningún efecto en el sentido de que las prestaciones no podrán ser legítimamente reclamadas y menos aún los posibles "daños" que se hayan generado.

Si bien esto es así, hemos señalado que existe un caso particular en el cual el contrato así celebrado sí tendría al menos alguna relevancia o efecto entre las partes contratantes: cuando el adquirente haya desconocido la falta de legitimidad de su contraparte, pero su adquisición sea a título gratuito. En este caso el contrato igualmente será ineficaz y si el tercero no decide ratificarlo será ineficaz respecto a él, pero respecto a las partes contratantes el adquirente, **sobre la base del contrato celebrado**, podría solicitar a su transferente un eventual resarcimiento por los daños que -de ser el caso- haya podido padecer pues él sí contrató de buena fe: desconocía su falta de legitimidad.

Lo expuesto es perfectamente aplicable a los casos de legitimidad restringida. En efecto, en el caso del contrato de cesión crediticia, si el cedido opta por no ratificar el contrato, el mismo será ineficaz respecto a él y también entre el cedente y el cesionario, claro está, si es que este último contrató conociendo la restricción en la legitimidad del cedente, esto es, habiendo conocido el pacto de *non cedendo*. Sin embargo, si el cesionario desconocía dicho pacto, pero adquirió a título gratuito y el cedido no opta por ratificar el contrato, entonces, **sobre la base del contrato de cesión celebrado con el cedente**, podía solicitarle, de ser el caso, los posibles daños que haya podido padecer.

¹⁶⁵ Por lo demás, no debe perderse de vista que la regla en la celebración de actos jurídicos es la de la libertad de forma. Las formalidades solemnes -que constituyen la excepción- no deben presumirse, sino que ellas vienen impuestas por la propia ley o por un acuerdo anticipado de las propias partes (artículo 1411 del Código Civil). En ese sentido, el artículo 143 del Código Civil señala que: "*cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzgue conveniente*". En el caso de los contratos celebrados por quien tenía la legitimidad restringida, no existe ninguna norma que exija una formalidad *ad solemnitatem* para el acto jurídico de ratificación que pretenda realizar el tercero. Siendo ello así, en esos supuestos, opera la regla de la libertad de forma.

Así, por ejemplo, un acto concluyente por el cual razonablemente se pueda inferir que el cedido a optado por ratificar el contrato de cesión es el hecho de que, a sabiendas de la celebración de dicho contrato, efectúe el pago directamente no al cedente sino al cesionario. Ese hecho evidencia que el cedido está aceptando la cesión realizada pues está ofreciendo el pago a su nuevo acreedor. Habiendo aclarado este aspecto de la formalidad en la ratificación, veamos otra de sus características y su relación con el contrato de cesión crediticia que venimos analizando.

3.1.2.2.6 ¿A quién debe comunicar el cedido su decisión de ratificar el contrato de cesión? ¿Solo al cedente, al cesionario, o a ambos?

Como bien sabemos, la ratificación es una declaración unilateral, sin embargo, ella tiene una peculiaridad: es recepticia. “La declaración recepticia es un tipo especial de declaración de voluntad unilateral que, para producir efectos jurídicos, requiere del conocimiento del destinatario” (Espinoza Espinoza, Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, 2012, pág. 65). En nuestro caso, la eficacia de la ratificación del contrato de cesión implica que dicho contrato sea, a su vez, eficaz. La consecuencia de que la ratificación sea eficaz o que surta efectos -en el sentido de cumplir su finalidad- es que el negocio de cesión sea entonces eficaz.

Teniendo ello en cuenta, más allá de que la ratificación pueda ser realizada de forma tácita, en caso el cedido decida hacerlo de forma expresa, a quién debería comunicar su decisión de ratificar el contrato a efectos de que el mismo sea eficaz ¿solo al cesionario, solo al cedente, o a los dos?

Creemos que solo sería necesario que la decisión de ratificar el contrato sea comunicada a una de las partes, es decir, basta con que sea informada o al cedente o al cesionario. Teniendo ello en cuenta, la ratificación será eficaz cuando uno de ellos tome conocimiento del mismo. Esta respuesta guarda coherencia con el hecho de que la ratificación puede realizarse incluso tácitamente. Si se realiza a través de dicha forma, es claro que no es necesario que las conductas concluyentes sean conocidas o dirigidas a ambas partes sino solo a una de ellas.

Así, en el caso en el cual el cedido paga directamente al cesionario, como hemos visto antes, existe un acto concluyente a través del cual se evidencia que el mismo ha optado por ratificar el contrato de cesión. En este supuesto, **la conducta tácita solo fue conocida o dirigida al**

cesionario y no al cedente y no por eso dejará de considerarse que ya operó la ratificación.

Por lo demás, es claro que, si la decisión de ratificar solo es comunicada al cedente o al cesionario, en tanto que ambos tienen interés en la conservación y eficacia del contrato, uno comunicará al otro sobre la noticia de la ratificación. Veamos ahora otro aspecto importante a tener en cuenta sobre la ratificación.

3.1.2.2.7 ¿Cuál es el plazo que tiene el cedido para ratificar el contrato de cesión?

Sobre este punto, nos preguntamos ¿qué sucede cuando el cedido no manifiesta su intención de oponer el pacto de *non cedendo*, pero tampoco manifiesta su deseo de ratificar el contrato, es decir, guarda silencio absoluto? esta actitud pasiva puede obedecer al hecho de que se está dando un tiempo para evaluar con calma qué hacer frente a dicho contrato o, simplemente, es una muestra de su propia inercia y descuido.

Todo esto determina que el cedente y el cesionario queden a la expectativa de si finalmente el contrato de cesión será ratificado o no. Nótese que es posible que en los hechos se hayan ejecutado algunas prestaciones, -como sería el pago del cesionario al cedente por el crédito- pero jurídicamente dichos pagos o desplazamientos patrimoniales solo serán efectivos y se imputarán a la esfera jurídica o al patrimonio de cada parte en la medida de que el cedido los ratifique.

Esta situación de incertidumbre se agudiza si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento no existe una norma que establezca un plazo dentro del cual deba ejercerse el derecho potestativo de ratificación¹⁶⁶. Siendo ello así, esta podría hacerse efectiva en cualquier momento, salvo que, como consecuencia de la duda en el cesionario y el cedente de si el cedido ratificará o no el contrato de cesión, estos opten por dejarlo sin efecto a través de un mutuo disenso. En este caso, es claro que el cedido ya no podrá ratificar el contrato de cesión, pues este dejó de existir.

¹⁶⁶ Nótese que esta laguna legislativa se encuentra presente no solo en el caso en el cual se haya contratado cuando se tenía la legitimidad restringida sino cuando se carecería de legitimidad originaria y derivada. En efecto, no existe ninguna norma que establezca un plazo dentro del cual el verdadero titular del bien o derecho que se dispone (supuesto de falta de legitimidad originaria) o el representado-titular (supuesto de falta de legitimidad derivada) o el sujeto con el cual se acordó que no se dispondría del bien o derecho (supuesto de legitimidad restringida) pueda ratificar el contrato celebrado. En ninguno de estos tres casos existe un plazo dentro del cual ellos puedan ejercer el derecho potestativo de ratificación.

Pero si ello no ocurre, él podría optar por ratificar el negocio en el momento que así lo estime pertinente. Nótese que este contexto de incertidumbre se “agrava” aún más si tenemos en cuenta que, como se verá más adelante, tampoco existe un plazo para que el tercero -en este caso, el cedido- pueda pretender la ineficacia u oponibilidad del contrato celebrado por quien no tenía legitimidad (originaria o derivada) o por quien la tenía, pero de forma restringida¹⁶⁷.

Si bien en el ordenamiento peruano existe una laguna en este aspecto, otras legislaciones como la italiana y la alemana sí establecen una regulación expresa sobre ella, aunque solo para el supuesto del contrato celebrado por quien no tenía legitimidad derivada, esto es, por quien no tenía facultades de representación para que contrate. En efecto, el cuarto párrafo del artículo 1399 del *Codice* señala que: “*el tercero contratante puede **invitar** al interesado a pronunciarse sobre la ratificación **asignándole un plazo**, vencido el cual, **frente al silencio, la ratificación se entiende denegada**”.*

Por su parte, el artículo 177 del BGB alemán establece que: “*(...) Si la otra parte **requiere** al representado para la declaración sobre la ratificación, dicha declaración solo puede realizarse frente a ella; una ratificación o denegación de ratificación declarada frente al representante antes del requerimiento es ineficaz. La ratificación solo puede ser declarada **hasta el transcurso de dos semanas desde la recepción del requerimiento; si en ese plazo no se declara, vale como denegada**”.*

Como se observa, dichas disposiciones establecen la posibilidad de que el sujeto que contrató con el pseudo representante requiera o invite al representado -en la doctrina italiana se le conoce a esta facultad como el poder de interrogatorio o de interpelación- para que este -en un plazo de dos semanas, en el caso del ordenamiento alemán, y dentro del lapso concedido por el mismo contratante, en caso del ordenamiento italiano- pueda manifestar su intención de ratificar el contrato.

¹⁶⁷ Hemos colocado el término “agravar” entre comillas debido a que esa situación de incertidumbre no necesariamente se presentará siempre. En efecto, a pesar de que no existan plazos dentro de los cuales se deba ejercer el derecho potestativo de ratificación o la pretensión de ineficacia, en los hechos, si el tercero -en este caso el cedido- evalúa y concluye que el contrato celebrado le es útil, entonces no demorará en ratificarlo, por el contrario, si advierte que dicho contrato o su ejecución le están o le pueden ocasionar un daño entonces no demorará en pretender su ineficacia.

Lo establecido por dichas normas permiten acabar con la situación de incertidumbre en la que se encuentran las partes que celebraron el contrato válido pero ineficaz dado que, si el representado no ratifica dicho contrato dentro de los plazos antes señalados, entonces ese silencio valdrá como una **negación o rechazo a la ratificación**, lo cual determina la ineficacia definitiva del contrato.

Creemos que sería conveniente que se incorpore a nuestro ordenamiento una norma similar a las existentes en las legislaciones italiana y alemana, pero que no se limite solo al caso del contrato celebrado por quien no tenía legitimidad derivada o indirecta sino también para los supuestos de los contratos celebrados por quienes carecían de legitimidad originaria o directa y para los que sí la tenían, pero de forma restringida.

Sería adecuado que dicha norma permita que cualquiera de las partes requiera al tercero a pronunciarse sobre la ratificación y establezca un plazo razonable mínimo obligatorio que se le debería conceder para tal efecto. Una disposición normativa de ese tipo permitiría culminar con la situación de incertidumbre y de duda sobre por cuánto tiempo el contrato celebrado por las partes permanecerá como ineficaz.

Ahora bien, hasta que no tengamos en nuestra legislación una disposición de este tipo, **no podría alegarse entonces que el silencio del cedido equivale a asentir o ratificar el contrato por cuanto, como sabemos, el silencio solo genera efectos en la medida que las partes o la ley así lo establezcan, por lo que, en esos casos, mientras no haya un pronunciamiento expreso o tácito en el sentido de ratificar el contrato, el mismo seguirá siendo ineficaz hasta que el cedido decida lo contrario.**

En escenarios como ese en el cual el facultado a ratificar el contrato guarda silencio absoluto, sería posible que las partes que celebraron el contrato ineficaz, en virtud a lo establecido en el artículo 1470 del Código Civil¹⁶⁸, pacten o acuerden un contrato de promesa del hecho de un tercero por el cual uno de ellos se obligue a realizar sus mejores esfuerzos para convencer al

¹⁶⁸ Artículo 1470.- “Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente”.

sujeto que se encuentra facultado a ratificar el negocio -que en este caso sería el cedido- a que ratifique dicho contrato.

Cabe precisar que la ratificación tiene efectos retroactivos. Esto implica que el contrato ratificado se considera eficaz desde el momento de su celebración. Asimismo, la facultad de ratificación es susceptible de ser transmitida a los herederos del tercero, salvo dos supuestos específicos: **(i)** cuando el cedido -fallecido- haya contraído una obligación personalísima o cuando, no siendo personalísima, hayan pactado que, a su muerte, la obligación que tenía no será heredada por sus sucesores. En estos casos se extingue la obligación, el crédito del acreedor, y el pacto de *non cedendo*; **(ii)** es posible que el acreedor del pacto de no contratar y el deudor de dicho pacto acuerden que si dicho acreedor fallece entonces el crédito que él tiene respecto al acuerdo de no contratar no sea transmitido a sus herederos.

En el caso del contrato de cesión de crédito, esto implica que el cedido y el cedente hayan acordado que, si el cedido falleciera, entonces el crédito que él tiene por causa del pacto de *non cedendo* no será transmitido a sus herederos, con lo cual solo heredarán su débito o deuda, pero no dicho crédito. Como consecuencia de ello, al no adquirir ese crédito, es claro entonces que tampoco heredarán la facultad de ratificar el contrato de cesión que eventualmente celebre el cedente, pues ese derecho potestativo de ratificación solo lo tiene el acreedor del pacto de no contratar. De hecho, en esos casos, el cedente ya no se encontraría obligado a no transferir su crédito, pues el derecho que tenía el cedido -fallecido- por efecto del pacto de *cedendo* se extinguió por el acuerdo de ambos en el sentido de que el mismo no será heredado por sus sucesores.

Pasemos a desarrollar otro aspecto interesante sobre la hipótesis que venimos estudiando.

3.1.2.2.8 ¿La obligación de no transferir el crédito se transmite a los herederos del acreedor?

Esta interrogante se relaciona con la naturaleza de las obligaciones con prestaciones negativas o de no hacer. Creemos que este tipo de obligaciones no son susceptibles de ser ejecutadas por terceros. Solo el deudor es quien está en aptitud de poder cumplir ese tipo de obligaciones. En ese sentido, se ha señalado que este tipo de prestaciones tiene carácter infungible. Nótese que ello no significa que estas prestaciones negativas sean *intuitu personae*.

Una obligación de carácter infungible es distinta a una obligación *intuitu personae*. La diferencia se encuentra en el hecho de que una obligación infungible no puede ser ejecutada por un tercero por las circunstancias mismas que rodean a dicha obligación. **Es por la misma naturaleza o posición en la que se encuentra el deudor que solo él puede cumplir la obligación.** En otras palabras, él es el único que está en **aptitud** de poder cumplir y es por ello -y no por las cualidades personales- que se eligió a él como contraparte contractual.

Por ejemplo, en los casos de prestaciones negativas que es la que nos ocupa, el único que se puede obligar a que no se construya un muro sobre el lote “X” es el titular de dicho predio (o el autorizado por él para poder hacerlo, como sería, por ejemplo, el caso de un arrendatario o usuario). Asimismo, si “A”, “B” y “C” son los únicos que conocen un determinado secreto de “D” entonces solo ellos pueden obligarse a no divulgarlo. Del mismo modo, si “T” es titular de un crédito, el único que puede obligarse a no transferir el mismo es solo él en tanto que nadie más es el titular de dicho derecho subjetivo.

En los ejemplos antes mencionados, el titular del lote “X” (o el autorizado por él), “A”, “B”, “C” y “T” son los únicos sujetos que pueden cumplir con la obligación negativa. Ningún tercero podría hacerlo, como sí podría ocurrir en algunos casos de obligaciones con prestaciones de dar o hacer. Esos sujetos son los únicos que, al estar en posibilidad de hacer un muro por ser propietario (o estar autorizado por él), de divulgar el secreto porque lo conocen o de ceder el crédito porque es titular del mismo, están en aptitud de no hacerlo.

El caso de las obligaciones *intuitu personae* es distinto, pues en esos supuestos, si bien la prestación tampoco puede ser ejecutada por un tercero sino solo por el deudor, la razón por la cual ocurre ello se debe a que el deudor ha sido elegido por sus cualidades personales. El acreedor decidió contratar con él debido a las especiales condiciones o habilidades técnicas que tiene para que ejecute la prestación. Esa fue la razón determinante por la cual lo escogió. Y si se vinculó con él por sus aptitudes o cualidades es claro entonces que solo él debe ejecutar la prestación y no un tercero. Esa es la diferencia con las obligaciones infungibles.

Ahora bien, hasta ahora podría pensarse que la diferencia entre ambas categorías es meramente teórica y que no existe ninguna relevancia práctica en tanto que en ambos casos la obligación solo puede ser ejecutada por el deudor y no por un tercero. Ello, sin embargo, no es correcto. Existe una diferencia práctica muy interesante: las obligaciones *intuitu personae* no

pueden ser transmitidas -en ningún caso- a los herederos del deudor. Distinto es el caso de las obligaciones infungibles. Este tipo de obligaciones, en algunos casos, sí son susceptibles de ser transmitidos a los herederos del deudor, como sería, por ejemplo, el caso de un pacto de indivisión en el marco del régimen de una copropiedad.

En el caso del pacto de *non cedendo* es claro que el deudor celebró dicho pacto con el acreedor en tanto que él, al ser titular del crédito, es el único que está en aptitud de no transferir dicho derecho subjetivo. No celebró ese pacto por sus cualidades o habilidades personales. En ese sentido, esa obligación de no transferir el crédito no es *intuitu personae* sino solo una obligación de carácter infungible que podría ser susceptible de ser transmitida a los herederos del acreedor (deudor del pacto de *non cedendo*).

En ese sentido, si él fallece, sus sucesores no solo heredarán el crédito, sino también la obligación de no ceder el mismo a un tercero, salvo que las propias partes -en virtud a lo establecido en el artículo 1218 del Código Civil¹⁶⁹- hayan pactado en contra de que dicha obligación negativa sea transmitida a sus herederos.

Esto último podría ocurrir, por ejemplo, porque el deudor solo quería ejecutar su prestación al acreedor por la especial estima que le tiene y es por ello que acordaron el pacto de *non cedendo*, para que él no pueda transferir su crédito y así el deudor no tenga que pagar a otra persona. En ese sentido, es posible que hayan acordado que en caso el acreedor fallezca -si bien su crédito será transmitido a sus herederos- la obligación de ceder el mismo no será transmitida a ellos pues al ya no estar más vivo el acreedor, al deudor le daría igual si paga a sus sucesores o si estos ceden el crédito a un tercero. Esta puede ser la razón del pacto en contrario. Si ello fuera así, estaríamos ante una obligación infungible que no podrá ser transmitida *mortis causa*.

Veamos ahora qué sujeto es el que puede demandar la ineficacia del contrato.

3.1.2.2.9 ¿Quién es el sujeto legitimado para demandar la ineficacia del contrato de cesión?

¹⁶⁹ Artículo 1218.- “La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario”.

Creemos que el único legitimado para hacerlo es el tercero. En ese sentido, en el caso del contrato de cesión crediticia, si el cedido no opta por la ratificación sino por oponer el pacto de *non cedendo* -lo cual implica la ineficacia del contrato- podría solicitar jurisdiccionalmente -en el proceso contencioso que se haya iniciado luego de haber intentado consignar el pago- que se declare ineficaz el contrato de cesión.

Ahora bien, qué ocurre si quien pretende demandar la ineficacia definitiva del contrato es solo una de las partes del mismo, esto es el cedente o el cesionario, porque, por ejemplo, acaba de advertir que dicho contrato en realidad no le conviene. Somos de la idea de que en estos casos el juez, en virtud a lo establecido en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, deberá declarar improcedente la demanda por estar ante un petitório jurídicamente imposible¹⁷⁰. En efecto, el juez no podría expedir una sentencia que declare la ineficacia definitiva del contrato en tanto que la facultad de decidir si el mismo será ineficaz o no le corresponde solo al cedido.

Es él quien tiene el derecho potestativo de decidir si ratifica dicho negocio o si, por el contrario, opone el pacto de *non cedendo*. Si el juez emitiera una sentencia en ese sentido **estaría pasando por encima del interés y del derecho potestativo que tiene el tercero, es como si estuviera sustituyéndose en la voluntad de él y ello, como es obvio, no es posible**. Es por eso que el único legitimado para solicitar la ineficacia es el tercero cedido. Nótese que lo expuesto también es aplicable a los casos en los cuales el contrato haya sido celebrado por un sujeto que carecía de legitimidad originaria y/o derivada: solo el verdadero titular del bien o derecho que se transfiere podrá pretender la ineficacia del contrato¹⁷¹.

¹⁷⁰ Artículo 427.- “El juez declara improcedente la demanda cuando:
(...)
5. El petitório fuese física o jurídicamente imposible”.

¹⁷¹ Sobre este aspecto debemos realizar una precisión. Anteriormente hemos señalado que es posible que el cedente y el cesionario dejen sin efecto el contrato a través de un mutuo disenso. Si ello ocurre es claro que el cedido no podrá ejercer su derecho potestativo de ratificación dado que el contrato ya no existe. Pues bien, en este caso **no** podría alegarse el argumento de que las partes no podrían dejar sin efecto el contrato porque con ello vulnerarían el derecho potestativo del cedido a ratificar el mismo.

En efecto, en ese supuesto son ambas partes las que están dejando sin efecto el contrato y ello es perfectamente posible en virtud de la autonomía privada. Nótese que **el derecho potestativo que tenía el tercero fue originado a causa de la celebración del contrato celebrado por el cedente y el cesionario. Son ellos los que dieron lugar a que surja o nazca ese derecho. Entonces, si ambos son los que permitieron que el derecho potestativo se origine es claro que solo los dos -y no solo uno de ellos- podrían también dejar sin efecto esa situación jurídica creada, claro está, en la medida de que el sujeto a quien le favorecía -que sería el cedido- aun no haya hecho uso del mismo, esto es, en caso que no haya decidido ejercer la potestad de ratificar el contrato.**

Este caso que nos encontramos comentado es distinto, pues no es que ambas partes pretendan extinguir el contrato, sino que solo una de ellas desea solicitar a un tercero (juez o árbitro) que lo deje sin efecto de forma definitiva. Es

Queda ahora por analizar si existe un plazo de prescripción que el tercero -en este caso el cedido- deba tener en cuenta para que, en caso no decida ratificar el contrato de cesión, pretenda la ineficacia del mismo.

3.1.2.2.10 ¿Cuál es el plazo que tiene el cedido para solicitar la ineficacia del contrato de cesión?

La respuesta es que la pretensión de ineficacia de un contrato que fue celebrado por un sujeto que tenía legitimidad para contratar restringida -como sería el caso del cedente- y por quien carecía de legitimidad -originaria o derivada- es **imprescriptible**. En efecto, el artículo 2001 del Código Civil -el cual establece taxativamente los plazos de prescripción para determinadas pretensiones- no establece un plazo dentro del cual se deba solicitar la ineficacia de un contrato celebrado en esas condiciones.

decir, el contrato aún existe, es válido, pero **solo una de las partes** pretende extinguirlo, y al no poder realizarlo unilateralmente, desea aprovecharse del hecho de que dicho contrato es ineficaz -temporalmente- y pretende que sea declarado así de forma definitiva. Eso sí atenta contra el derecho potestativo del cedido, pues **no son ambas partes las que desean dejar sin efecto el contrato -antes de que ejerza su derecho- sino solo una de ellas**.

Ahora, si bien antes hemos señalado que el cedente y el cesionario podrían extinguir el contrato antes de que el cedido ejerza su derecho potestativo de ratificación, debemos precisar que incluso si el cedido hubiera optado por ratificarlo, es claro que el cedente y el cesionario podrían, luego de ello, dejar sin efecto el mismo por un mutuo disenso en tanto que ambos siguen siendo parte de dicho contrato por lo que son libres de determinar el futuro del mismo, claro está, siempre que dicho contrato aún no se haya extinguido por la ejecución de sus prestaciones.

Nótese que, si bien en la práctica el mutuo disenso podría realizarse entonces antes o después de que el cedido decida ratificar el contrato, **ello no implica que si se realiza después se haya afectado el derecho potestativo del cedido, pues él ya optó antes por ratificarlo**. Otro tema es que, luego de ello, el cedente y el cesionario puedan ponerle fin aún. Esto, que es posible en los casos de los contratos celebrados por quien tenía la legitimidad restringida, no es posible cuando quien haya contrato no tenga legitimidad originaria y/o derivada.

En efecto, si el verdadero titular del bien o derecho que se ha transferido decide ratificar el contrato, entonces es claro que el pseudo representante y/o el pseudo titular del bien no podrían acordar con el sujeto que contrataron dejar sin efecto el contrato celebrado a través de un mutuo disenso en tanto que el verdadero titular ya lo ratificó y, al haberlo hecho, como ya hemos visto antes, él pasa a ser **parte material** del mismo, por lo que el contrato solo podría ser dejado sin efecto por un acuerdo entre él y el adquirente pero no por un acuerdo entre este último y el pseudo representante y/o el pseudo titular los cuales ya desaparecieron del mapa contractual.

En estos casos sí se puede concluir entonces que los que celebraron el contrato podrían dejar sin efecto el mismo por un mutuo disenso, pero antes de que el tercero opte por ratificarlo pues, de ese modo, no afectarían su derecho potestativo el cual, hasta ese momento, aún no lo ejerció (el Código Civil establece ello al menos en los casos de falta de legitimidad derivada en el segundo párrafo de su artículo 162). En el caso de la legitimidad restringida también ocurre lo mismo, pero con la diferencia de que el tercero que ratifica no pasa a formar parte del contrato por lo que los sujetos que lo celebraron sí podrían dejar sin efecto el mismo a pesar de que él ya haya ratificado el negocio. Nótese que esto no implica que se haya vulnerado su derecho potestativo, puesto que el cedido ya hizo uso del mismo: decidió ratificarlo. Otra cosa es que, por el hecho de que él no formará parte del contrato, sino que lo seguirán siendo el cedente y el cesionario, estos puedan, por el hecho de ser partes, dejarlo sin efecto.

En ese sentido, se ha señalado que: **“la ley no ha establecido un plazo determinado para pedir la ineficacia en sentido estricto de un contrato existente y válido y, por lo tanto, no cabe interpretar ni extensiva ni restringidamente el artículo 2001 del Código Civil.** Un ejemplo es artículo 161 pero no es el único caso de ineficacia regulado en el Código Civil. Otro caso es el artículo 315” (énfasis agregado) (Morales Hervias, La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto, 2014, pág. 84).

En esa línea, se ha indicado que: “(...) la pretensión de ineficacia por falta de legitimidad para contratar (inoponibilidad) es imprescriptible” (Pasco Arauco, 2016). Del mismo modo, se ha dicho que: “al no haberse fijado legislativamente un plazo prescriptorio para solicitar la declaración de ineficacia de los actos ex artículo 161 del CC., se entenderá que es imprescriptible” (Espinoza Espinoza, ¿Prescripción de la pretensión de ineficacia ex artículo 161 del CC?, 2015, pág. 45).

Si bien es cierto que la doctrina citada anteriormente establece como ejemplos el caso de los contratos celebrados por sujetos que carecían de legitimidad originaria o derivada, debe tenerse en cuenta que quedan igualmente comprendidos dentro de esos supuestos el caso del contrato celebrado por quien sí tenía legitimidad para contratar, pero restringida. Y es que todos esos supuestos se reconducen a una sola categoría jurídica: la legitimidad para contratar. **En todos esos casos estaremos ante un contrato ineficaz en sentido estricto y en todos esos supuestos la pretensión de ineficacia que decida interponer el tercero ajeno al contrato es imprescriptible**¹⁷².

¹⁷² Como ya lo mencionamos anteriormente, lo ideal sería que se establezca la posibilidad de que una de las partes del contrato requiera al tercero para que este, dentro de un plazo razonable, manifieste o indique si opta por ratificar el mismo o no y, en caso de no pronunciarse al respecto, deberá entenderse entonces que rechaza la ratificación, lo cual determinaría la ineficacia definitiva del contrato. De este modo desaparecería el estado de incertidumbre generado por el silencio absoluto del tercero.

Ahora bien, sobre este tema debemos señalar que el anteproyecto de reforma del Código Civil a incorporado en el inciso 1 del artículo 2001 el plazo de 10 años de prescripción para la “acción” de ineficacia (dentro de la cual calzaría la categoría de la ineficacia en sentido estricto), distinguiéndola de la “acción” de nulidad, anulabilidad y de ineficacia por fraude a los acreedores (estas dos últimas “acciones” se encuentran reguladas en el inciso 3 del referido artículo).

Respecto a este punto debemos indicar lo siguiente: por el hecho de que el tercero haya dejado transcurrir el plazo de diez años no se debería concluir automática e inevitablemente que el mismo ha optado por ratificar el contrato ineficaz. En efecto, imaginemos que el tercero -a pesar de que ya prescribió la pretensión- decide demandar la ineficacia del contrato y los demandados no deducen la excepción de prescripción respectiva. En este caso, como bien sabemos, el juez o el árbitro no pueden invocar la prescripción de oficio y, al no haber sido deducida por los demandados, deberán continuar con el trámite del proceso, el mismo que culminará con una sentencia declarando fundada la demanda. En casos como estos se puede advertir que, a pesar de que transcurrió el plazo de prescripción, el contrato fue declarado ineficaz.

Lo estudiado hasta acá constituye los principales aspectos a tener en cuenta sobre la ratificación y la ineficacia del contrato de cesión celebrado entre el cedente y el cesionario que conocía el pacto de *non cedendo*. Ocupémonos ahora de despejar una inquietud que se relaciona directamente con la posibilidad que tiene el tercero -en este caso el cedido- de solicitar la ineficacia del contrato.

3.1.2.2.11 Sobre la ejecución forzada de la obligación de no ceder un crédito

Como sabemos, por el pacto de *non cedendo* el acreedor se obliga frente al deudor a no transferir su crédito. Esta obligación tiene por objeto entonces una prestación de no hacer o, también llamada, de contenido negativo. Teniendo ello en cuenta, si finalmente el acreedor celebra un contrato de cesión a través del cual cede su crédito entonces estará incurriendo en un incumplimiento.

Ante ello, imaginemos que el deudor cedido le requiere a su acreedor y al cesionario -quien conocía el pacto de *non cedendo* cuando contrató- a que dejen sin efecto el mismo pues su celebración implica que el cedente no está cumpliendo con su obligación y ello determina, a su vez, que su crédito -el del cedido- se vea lesionado. A pesar del requerimiento, supongamos que ambos se niegan a extinguir el contrato.

En ese escenario, nos preguntamos ¿en lugar de solicitar la ineficacia del contrato de cesión, no sería posible que el cedido solicite la ejecución forzada de la obligación de no hacer, esto es, del pacto de *non cedendo*? creemos que ello no es posible por las siguientes razones:

En primer lugar - más allá de que para que se acuda a la vía ejecutiva es necesario que el pacto de *non cedendo* esté contenido en un título ejecutivo, como sería, por ejemplo, una escritura pública- no podría acudirse a dicha vía procesal porque, de una lectura conjunta de los artículos

Entonces, el hecho de que transcurra el plazo prescriptorio no es garantía absoluta de que el contrato deba entenderse por ratificado. Ahora bien, contra lo señalado se podría decir que bastaría con que los demandados deduzcan la excepción respectiva. Si bien debería ser así, existen casos -aunque somos conscientes de que no son muchos, pero igualmente cumplimos con señalarlo- en los cuales no se deduce la referida excepción y, en consecuencia, el contrato es declarado ineficaz.

Como es evidente, lo descrito puede igualmente ocurrir en el caso de las demás pretensiones en las que se interpone la demanda luego de que haya transcurrido el respectivo plazo prescriptorio.

relacionados a la ejecución de obligaciones de no hacer, se puede inferir que las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para ejecutar forzosamente ese tipo de prestaciones están pensadas para supuestos en los cuales el deudor se haya obligado a no realizar **actos o conductas materiales** - como sería el caso de no construir un edificio o un muro- **pero no para los casos en los cuales el deudor se haya obligado a no celebrar actos jurídicos**, como sería el caso del pacto de *non cedendo*.

En efecto, el artículo 1158 del Código Civil señala que: “*el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. 2. Exigir la **destrucción de lo ejecutado o destruirlo** por cuenta del deudor. 3. Dejar sin efecto la obligación*”.

Por su parte, el artículo 711 del Código Procesal Civil indica que: “*el mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días **deshaga lo hecho** y, de ser el caso, se **abstenga de continuar haciendo**, bajo apercibimiento de **deshacerlo forzosamente a su costo**”.* Finalmente, el artículo 712 de dicho Código establece que: “***designada la persona que va a deshacer lo hecho y determinado su costo**, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el Juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero*”.

Como se puede advertir, los artículos hacen mención a “destruir lo ejecutado”, “deshacer lo hecho”, “abstenerse de continuar haciendo” y “deshacerlo forzosamente a su costo”. Esto determina que dichas reglas solo puedan aplicarse cuando esté de por medio un acto o una conducta material que el deudor se haya obligado a no hacer. Si él se obligó a no construir una fachada, entonces esta podrá “deshacerse” forzosamente a su costo. Del mismo modo, si a lo que se obligó es a, por ejemplo, no talar cierta cantidad de árboles por un mes y durante los tres primeros días incumple y empieza a talarlos, entonces podrá solicitarse, incluso de forma forzada, a que se abstenga de continuar haciendo dicha actividad.

Ahora bien, podría señalarse que en los casos en los cuales el deudor se haya obligado a no celebrar actos jurídicos, sí sería posible que el juez -en la vía ejecutiva- “deshaga” el acto jurídico celebrado -y que aún no ha sido ejecutado- u ordene que las partes se “abstengan de

continuar haciendo”, esto es, de continuar ejecutando el contrato, declarando, “forzadamente”, la ineficacia del mismo. Esto, sin embargo, en la vía ejecutiva, no es posible de realizar.

En efecto, pretender que en el proceso de ejecución el juez declare la ineficacia del contrato de forma “forzada” implicaría que ordene no solo al deudor sino también al **tercero** a que deje de ejecutar las prestaciones que vienen intercambiándose o que se abstengan de hacerlo si aún no han hecho. Ello no sería correcto ya que cuando un acreedor inicia el proceso de ejecución de una determinada obligación, lo debe hacer solo contra su deudor, pues es solo él quien se obligó a dar, hacer o no hacer. Solo a él el juez podrá ordenar de manera forzada que ejecute la prestación a la cual se obligó y no a un tercero. Esto es así dado que, para el inicio de un proceso de ejecución, se requiere necesariamente de un título ejecutivo y este título es el que marca la pauta del proceso.

En efecto, el título ejecutivo debe contener la obligación que se pretende ejecutar y ella debe tener tres características. Deber tratarse de una obligación cierta, expresa y exigible. Por obligación cierta y expresa debe entenderse aquella en la cual el acreedor y el deudor están perfectamente identificados, así como la obligación de este último. No debe realizarse un mayor esfuerzo que la simple lectura del título ejecutivo para advertir quiénes son las partes y cuál es la prestación a ejecutar. Por exigible se entiende que esta última puede ser legítimamente requerida por el acreedor por cuanto no existe un impedimento legal o contractual para ello.

Entonces, si el proceso gira en torno a únicamente lo que está en el título ejecutivo -que es la llave de entrada para la vía ejecutiva- es claro que solo podrá demandarse y requerirse, incluso de manera forzada, a la persona que en dicho título se encuentre como deudor. Solo contra él el Estado -a través del juez- podrá ejercer su coerción. Siendo ello así, pretender que el juez ordene al tercero a que se abstenga (no hacer) de ejecutar el contrato o que se paralice las prestaciones que viene ejecutando implicaría **salirse de la pauta marcada por el título ejecutivo**.

Nótese que lo expuesto no implica que caigamos en contradicción dado que podría pensarse que con dicha alegación estaríamos pretendiendo sostener ahora que el tercero que contrató con el deudor no sea responsable por los daños que el acreedor haya podido padecer. Ello no es así. Ya en los apartados 2.2.2.1 y 2.2.2.3 hemos analizado de manera detallada que los contratos sí son oponibles a los terceros en el sentido de que no son ajenos a ellos y estos deben cuidar de no lesionar o afectar las esferas jurídicas de cada una de las partes.

Del mismo modo, hemos concluido que el contrato celebrado por el tercero y el deudor es ineficaz en sentido estricto al haber sido celebrado por dicho deudor quien tenía la legitimidad para contratar restringida y también porque el tercero contrató conociendo o habiendo podido conocer dicha restricción (podría hablarse de una ineficacia estructural también por ilicitud de la causa según lo ya estudiado anteriormente). Todo esto implica, qué duda cabe, que al tercero le alcancen los efectos de la declaratoria de ineficacia y que responda también de los posibles daños que el acreedor haya podido sufrir.

Sin embargo, el análisis de la ineficacia -estructural o en sentido estricto- del contrato y de la configuración de los daños no pueden ser realizados en la vía ejecutiva, pues en este tipo de procedimientos no existe una fase procesal en la que ambas partes puedan discutir ampliamente sobre la existencia, validez o eficacia del pacto de no contratar y del contrato con el cual se incumplió el mismo (no podría discutirse -por ejemplo- que no cabe ejecutar de forma “forzada” la obligación en tanto que el tercero adquirió el derecho de buena fe y a título oneroso). No debe olvidarse que en la vía ejecutiva el deudor -y no terceros- solo pueden formular contradicción limitándose a invocar las causales que expresamente establece el Código Procesal Civil¹⁷³. Queda descartada entonces la vía ejecutiva.

La vía procesal idónea para discutir esos aspectos es el proceso de conocimiento. En esta vía procedimental el acreedor del pacto de no contratar sí podría demandar la ineficacia -estructural o en sentido estricto- del contrato celebrado entre el tercero y su deudor (cesionario y cedente en nuestro caso) y solicitar también que se le pague una suma determinada por los posibles daños que haya podido padecer a causa del incumplimiento. En esta vía sí sería posible que el tercero, por ejemplo, alegue y pruebe que actuó de buena fe y que contrató a título oneroso a efectos de que mantenga su adquisición, etc.

¹⁷³ Artículo 690-D.- “*Contradicción.* -

(...)

La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;*
- 3. La extinción de la obligación exigida;*

(...)

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo”.

Este proceso culminará con la expedición de una sentencia -o un laudo- que declare la eficacia o la ineficacia del contrato. Si el tercero contrató conociendo o pudiendo conocer el pacto que restringía la legitimidad de su transferente -en nuestro caso del pacto de *non cedendo*- o desconociendo el mismo adquirió el derecho a título gratuito, entonces la demanda del acreedor será fundada. Como consecuencia de esa declaratoria de ineficacia, el juez -o el árbitro- ordenará que las partes se abstengan de ejecutar el contrato -si aún no lo han hecho- o que detengan la ejecución y se restituyan las prestaciones que hayan sido pagadas.

Ahora bien, no debe perderse de vista que dicha sentencia -o laudo-, en sí misma, constituye un título ejecutivo¹⁷⁴. En ella se establece claramente quiénes son los sujetos que tienen la condición de acreedor y deudor y cuál es la obligación de este último. En efecto, cuando el juez -o el árbitro- ordena la restitución de las prestaciones ejecutadas, quien recibió dicho pago quedará obligado a devolver el mismo a quien se lo dio. Este último tendrá la condición de acreedor y aquel la de deudor de la prestación.

Siendo ello así, creemos que si el que adquirió los bienes o derechos no restituye los mismos a quien se los transfirió -que sería el deudor del pacto de no contratar- entonces el acreedor de dicho pacto (tercero respecto al contrato ineficaz) estaría legitimado -al igual que el transferente- para solicitar en la vía ejecutiva que el adquirente restituya los bienes o derechos recibidos de este último.

Frente a esta postura, podría señalarse que el acreedor del pacto de no contratar no podría demandar la restitución prestacional por cuanto él no figura en la sentencia como acreedor. Esto es correcto, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no pedirá que se le entregue los bienes o derechos a él sino al que los transfirió que es el deudor de dicho pacto. **Y es que es claro que el tercero -acreedor del señalado pacto- tendrá interés en que esas prestaciones sean restituidas pues el deudor transfirió los derechos o bienes que justamente se había obligado a no ceder.**

¹⁷⁴ Así lo establece el artículo 688 del Código Procesal Civil al señalar que: “*sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:*

1. *Las resoluciones judiciales firmes.*
2. *Los laudos arbitrales firmes.*

(...)”.

Ese interés económico en la restitución es el que lo habilita para que pueda demandar en la vía ejecutiva la restitución sin necesidad de ser parte del contrato ineficaz.

Nótese que el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil señala que: *“para ejercitar o contestar una acción es necesario tener **legítimo interés económico o moral**. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”*. En estos casos, como se ha mencionado, es claro el interés económico del tercero -acreedor del pacto- en que se restituyan los bienes o derechos al transferente quien justamente es quien se había obligado frente a él a no cederlos¹⁷⁵.

A partir de lo expuesto puede concluirse entonces que no es posible que el acreedor del pacto de no contratar -en nuestro caso del pacto de *non cedendo*- solicite la ejecución forzada de dicha obligación negativa. Lo que corresponde es que, en la vía de conocimiento, interponga una demanda de ineficacia¹⁷⁶.

Llegado a este punto en el cual ya hemos analizado los principales aspectos relacionados a la nulidad, la ineficacia -en sentido estricto- y la ratificación del contrato celebrado por quien tenía la legitimidad restringida -que en nuestro caso sería el cedente- y lo relacionado a la posibilidad de ejecutar forzosamente los pactos de no contratar -que en nuestro caso sería el pacto de *non cedendo*- a modo de epílogo del presente apartado deseamos hacer hincapié en el por qué hemos decidido estudiar qué tipo de ineficacia -y sus consecuencias- es la que corresponde aplicar al contrato celebrado por el deudor del pacto de no contratar y el tercero.

Como ya lo adelantamos en la introducción del presente trabajo de investigación, el estudio de la ineficacia de dicho contrato permite que vayamos un poco más allá en el análisis del planteamiento de nuestro problema. En efecto, puede ocurrir que el deudor del pacto de no

¹⁷⁵ En el caso del contrato de cesión crediticia, este tema de la restitución prestacional no presenta mayor dificultad. Y es que, si el cedido no opta por ratificar el contrato, entonces el mismo es ineficaz (el juez o el árbitro se limitarán a declararlo así). Entonces, al ser ineficaz, el crédito nunca fue transferido al cesionario, con lo cual, al no haber adquirido dicho derecho subjetivo, no puede hablarse de ninguna restitución. El cesionario no deberá realizar ningún acto de desplazamiento, como sí ocurre en el caso de otros pactos que analizaremos oportunamente como sería el caso de un pacto de exclusividad en el marco de un contrato de suministro.

¹⁷⁶ En el caso del contrato de cesión de crédito, como ya lo mencionamos anteriormente, el deudor cedido deberá primero ofrecer al cedente el pago y, ante la negativa -injustificada- de recibirlo, deberá proceder a consignar el mismo. Si el cedente formula contradicción, entonces en el proceso contencioso que se inicie solicitará la ineficacia del contrato de cesión.

contratar y el tercero solo hayan celebrado el respectivo contrato pero que el mismo aún no se haya ejecutado (como veremos en el apartado siguiente, la producción de un daño cierto en la esfera del acreedor ocurre por lo general cuando el contrato se ejecuta y no cuando solo se ha celebrado).

En ese escenario, si bien es posible que con la sola conclusión del contrato el acreedor aún no habrá sufrido daño alguno, tendrá interés en que dicho contrato sea declarado ineficaz para que, de esa forma, no llegue a ejecutarse y, con ello, **evite** que se le ocasione un perjuicio. **Esa es la razón por la cual era importante saber si es posible o no declarar ineficaz dicho contrato y cuál sería el tipo de ineficacia que corresponde aplicar.**

Y es que la declaratoria de ineficacia del contrato celebrado implica que, en caso haya prestaciones pendientes por ejecutar, estas **ya no deberían realizarse** y, en caso de que antes de dicha declaratoria se haya realizado algún desplazamiento o ejecución prestacional, entonces estas deberán **restituirse**, puesto que el negocio es ineficaz desde un **inicio**, esto es, desde su celebración.

En el caso del contrato de cesión crediticia que venimos analizando, si bien el mismo será ineficaz mientras el cedido no lo ratifique -con lo cual el crédito seguirá en la esfera jurídica del cedente- en los hechos puede ocurrir que el cesionario -valiéndose del título de cesión que ha celebrado- realice “actos de ejecución” que puedan perjudicar al cedido.

La solicitud de ineficacia -estructural o en sentido de estricto- de parte del cedido permite entonces que quede protegido, por ejemplo, ante los siguientes eventos: **(i)** que el cesionario transfiera el crédito a un adquirente de buena fe y a título oneroso. El conocimiento de la existencia del proceso de ineficacia por parte de ese adquirente es importante para que luego no sostenga que tenía buena fe. Sobre este punto, no vemos inconveniente alguno en que, en virtud a lo establecido en el inciso 5 del artículo 19.2 de la nueva Ley de Garantía Mobiliaria, la demanda de ineficacia pueda ser inscrita en el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos para que adquiera publicidad (esto se lograría a través de una medida cautelar de anotación de demanda); **(ii)** evitar que el cesionario materialice su propósito de perjudicar al cedido como en el caso del contrato de cesión con fin ilícito que analizamos en su momento.

Asimismo, la declaratoria de ineficacia será necesaria -conforme analizamos en su oportunidad- en el siguiente supuesto: cuando el cedente se niegue injustificada a recibir el pago y el cedido inicie un procedimiento no contencioso de ofrecimiento y consignación de pago en el cual aquel formule contradicción. En este caso, el cedido deberá acudir a la vía de conocimiento y es ahí que justamente solicitará la ineficacia del contrato.

Nótese que la posibilidad de permitir al acreedor que solicite la ineficacia de un contrato a través del cual se le puede ocasionar un daño se encuentra también en los casos del fraude pauliano. En estos supuestos no es necesario esperar a que se configure un daño al acreedor: la incobrabilidad de su crédito. Él puede solicitar -aunque su crédito esté sujeto a condición o plazo, según lo dispuesto por el artículo 195 del Código Civil- la ineficacia de los contratos a través de los cuales el deudor pretenda disponer de sus bienes para **evitar** el perjuicio.

Basta entonces la sola verificación de la amenaza de daño (celebración del contrato entre el cedente y el cesionario en nuestro caso, o del deudor y el tercero en el caso del fraude pauliano) o un perjuicio efectivo (ejecución del contrato) para **solicitar la ineficacia del mismo y de ese modo evitar que la amenaza se vuelva en un daño cierto o mitigar el daño que se viene ocasionado.**

Ahora bien, como se recordará, anteriormente hemos señalado que una de las herramientas con las que cuenta el acreedor para hacer **oponible de forma plena y efectiva su crédito** no solo al deudor sino también al **tercero** es, además de poder pretender la ineficacia del contrato, solicitar a ambos un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer a causa del incumplimiento de su deudor, incumplimiento en el que tuvo participación el tercero.

En el apartado que sigue nos enfocaremos en estudiar y desarrollar esta segunda herramienta con la que cuenta el acreedor. Ello implica analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil que deben concurrir -tanto desde la óptica del deudor como del tercero- para que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria efectiva. Veamos:

3.1.3 Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil a efectos de que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria plena

Conforme hemos mencionado en el apartado anterior, la solicitud de ineficacia del contrato celebrado por quien tenía la legitimidad restringida es una herramienta a través de la cual el

acreedor logra oponer su crédito a su deudor y al tercero y, de ese modo, **evita** que se le genere un daño -pues impide que el contrato se ejecute- o **mitiga** el perjuicio que se le viene ocasionando - pues se paraliza la ejecución prestacional en curso y se debe restituir lo que se haya pagado hasta ese momento-. Esa es la mejor de las bondades de la ineficacia en la hipótesis de nuestro estudio. Sin embargo, es posible que -aunque en menor grado- la sola celebración del contrato le haya generado un daño cierto que deba ser reparado a través de un resarcimiento.

Del mismo modo, si bien como consecuencia de la ineficacia se restituirán las prestaciones -lo cual es de sumo interés para el acreedor- es posible que, independientemente de ello, el mismo haya padecido algunos daños como consecuencia de la ejecución prestacional que se realizó hasta el momento en el cual se declaró ineficaz el contrato, con lo cual, también se le deberá resarcir por esos perjuicios.

Teniendo ello en cuenta -si el acreedor opta por oponer el pacto de no contratar a su deudor y al tercero, lo cual implica pretender la ineficacia en sentido estricto del contrato que ellos celebraron- entonces, desde una óptica procesal y a efectos de lograr una oponibilidad efectiva de su crédito, debería solicitar como pretensión principal que se declare ineficaz dicho contrato, y en consecuencia, si el mismo aún no se ha ejecutado, que se impida su ejecución o, en caso ya se esté ejecutando, que se ordene el cese de su eficacia y que se restituya lo que se haya pagado hasta ese momento. Asimismo, como segunda pretensión principal debería solicitar el pago de un resarcimiento por concepto de los daños que -de ser el caso- haya podido padecer por causa de la celebración de dicho contrato o por su ejecución¹⁷⁷.

Nos encontramos entonces frente a un solo hecho dañoso ocasionado por sujetos distintos (deudor y tercero), lo cual implica una acumulación de responsabilidades. En este apartado nos ocuparemos de analizar los presupuestos de la responsabilidad civil que deben concurrir para que el acreedor pueda ser resarcido por ambos sujetos por los daños que haya podido padecer, de tal forma que la segunda pretensión principal de su demanda pueda ser declarada fundada. Dichos

¹⁷⁷ Nótese que la posibilidad de solicitar un resarcimiento al deudor y al tercero no necesariamente deberá estar acompañada a una pretensión de ineficacia del acreedor. Puede ocurrir que los bienes o derechos que el deudor haya transferido al tercero -que conocía o podía conocer el pacto de no contratar- hayan sido, a su vez, dispuestos por este último a otro sujeto que los adquirió de buena fe y a título oneroso (este supuesto lo hemos graficado en el pie de página N° 151). En este caso, es claro que dicho sujeto mantendrá su adquisición por lo que el acreedor no podrá pretender que el mismo sea restituido al deudor a través de la pretensión de ineficacia. En este supuesto el acreedor únicamente podrá solicitar un resarcimiento al deudor y al tercero, pero no la ineficacia del contrato.

presupuestos o elementos son los siguientes: **(i)** antijuridicidad, **(ii)** nexo de causalidad, **(iii)** factor de atribución y **(iv)** daño.

El análisis de dichos presupuestos se torna interesante pues ambos sujetos -como se habrá podido advertir- responderán bajo regímenes de responsabilidad distintos: el deudor bajo la denominada responsabilidad “contractual” y el tercero por responsabilidad “extracontractual”¹⁷⁸. Pasemos a analizar cada uno de esos cuatro presupuestos desde ambas ópticas¹⁷⁹:

¹⁷⁸ Cabe recordar que, conforme ya lo hemos advertido anteriormente, si el cesionario adquiere el crédito a título oneroso y de buena fe mantendrá entonces su adquisición. En estos casos es él quien tendrá la “sartén por el mango” y no será responsable de ningún daño pues justamente actuó de buena fe. Teniendo ello en cuenta, el cedido no podrá pretender la ineficacia del contrato de cesión y solo estará facultado para solicitar un resarcimiento por los daños que haya podido padecer únicamente a su deudor del pacto de *non cedendo* (cedente) y no al cesionario.

Del mismo modo, en caso el cesionario haya contratado de buena fe, pero a título gratuito, entonces -si bien en ese caso sí procederá la ineficacia del contrato- tampoco será responsable de ningún perjuicio, pues contrató de buena fe, por lo que el cedido solo podrá solicitar un resarcimiento al cedente y no al cesionario. Para efectos de obtener esa reparación tómesese en cuenta de la presente sección los ítems relacionados al análisis de la responsabilidad civil que realizaremos desde la óptica del deudor, es decir, del cedente.

¹⁷⁹ Antes de iniciar el estudio de la responsabilidad del deudor y del tercero en el caso del contrato de cesión de crédito debemos advertir algo que probablemente ya fue percatado por el lector. Como ya hemos mencionado antes, cuando el acreedor cede su crédito al cesionario está incurriendo en un incumplimiento total de su obligación. Si bien esto es cierto, nos preguntamos ¿qué daño puede padecer el cedido a causa de dicho incumplimiento cuando en realidad - desde el punto de vista patrimonial- da igual que pague a su acreedor o al cesionario, pues en uno u otro caso quedará liberado de su obligación?

Creemos que la posibilidad de que se origine un perjuicio al cedido es un tanto remota. Si bien pueden existir muchas razones legítimas por las cuales en una relación contractual el acreedor y el deudor celebren un pacto de *non cedendo* y, por tanto, el acreedor de dicho pacto -esto es, el deudor cedido- pueda solicitar que se haga respetar dicho acuerdo en caso el mismo se haya incumplido -lo cual implica que oponga dicho pacto conforme a lo ya analizado anteriormente-, desde el punto de vista de la responsabilidad la posibilidad de que el mismo padezca un daño a causa de dicho incumplimiento es mínima.

Teniendo ello en cuenta, podría pensarse que el análisis de los elementos de la responsabilidad civil que se realizará a continuación carece de toda utilidad; sin embargo, ello no es así. El estudio de dichos presupuestos sí resulta provechoso no solo para los pocos casos en los que pueda haber un perjuicio, sino para el otro pacto o acuerdo que se analizará en la presente investigación: el pacto de exclusividad en el marco de un contrato de suministro. En este caso -cuya estructura fáctica es similar a la del pacto de *non cedendo*, pues también se encuentra de por medio una obligación de no contratar- la posibilidad de que se origine un daño al acreedor sí es considerablemente mayor.

Es por ello que sí resulta útil analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil ahora. Entonces, el análisis que se realizará sobre cada uno de esos presupuestos en el caso del contrato de cesión de crédito servirá de base para el estudio de la responsabilidad del deudor y del tercero en el caso del pacto de exclusividad que se analizará más adelante (de hecho, también servirá de utilidad para el análisis de otros pactos típicos o atípicos que no podrán ser desarrollados en la presente investigación por razones de espacio pero que igualmente pueden ser acordados en el marco de la contratación, como sería el caso de un pacto de preferencia o de un pacto de no competencia en el marco de un arrendamiento, entre otros más).

Habiendo aclarado ello, analicemos ahora sí el tratamiento de la responsabilidad del deudor cedente y del tercero cesionario.

3.1.3.1 Antijuridicidad

Antes de analizar este requisito o elemento de la responsabilidad civil desde la óptica del deudor y del tercero, veamos en qué consiste el mismo, cuál es su sustento normativo, y si nuestro sistema lo contempla bajo un régimen de tipicidad o de atipicidad.

La antijuridicidad -o ilicitud como a veces se prefiere llamarlo- debe ser definida o leída en sentido negativo: una conducta -activa o pasiva- que ocasiona un daño a otro sujeto solo es antijurídica cuando no tiene una causa de justificación que lo legitime. Es decir, la conducta que ocasiona el daño no es conforme a Derecho pues no tiene un soporte jurídico que tolere o admita el perjuicio. Hay antijuridicidad entonces cuando se ocasiona un daño sin poder justificarlo en determinadas causas admitidas por el sistema jurídico.

Esas causas de justificación son conocidas también como inmunidades (De Trazegnies Granda, 2001, págs. 193-198). Al verificarse una de dichas causas, los daños generados se convierten en perjuicios autorizados por el sistema por lo que la conducta que los generó no es antijurídica, sino plenamente jurídica, esto es, permitida por el Derecho. ¿Cuáles son esas causas de justificación que determinan que no exista responsabilidad? las inmunidades más conocidas y recurrentes -que resultan aplicables tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el extracontractual- son las siguientes: **(i)** el ejercicio regular de un derecho, **(ii)** la legítima defensa y **(iii)** el estado de necesidad¹⁸⁰.

En el caso de la legítima defensa, si un sujeto ocasiona un daño a otro por haber reaccionado de forma inmediata y racional ante una agresión ilegítima de su parte hacia la integridad o el patrimonio de ella misma o de otra persona, entonces los perjuicios ocasionados se encuentran justificados en tanto que actuó en defensa propia -o ajena-. Si bien hubo perjuicios, la conducta que generó dichos daños tiene una justificación que el sistema admite: repeler una agresión ilegítima y cierta.

¹⁸⁰ Decimos que ellas son las inmunidades más conocidas o recurrentes en tanto que un sector de la doctrina nacional analiza otras posibles inmunidades a las cuales denomina voluntarias y contextuales. Sin embargo, para efectos del presente trabajo de investigación es de utilidad solo el estudio de las inmunidades antes mencionadas y, dentro de ellas, en concreto, el del ejercicio regular de un derecho como se verá en breve.

Para un estudio o análisis de las denominadas inmunidades voluntarias o contextuales véase el siguiente trabajo: (De Trazegnies Granda, 2001, págs. 229-295).

Son conductas toleradas por el Derecho que determinan que no exista responsabilidad, claro está, en la medida que se cumplan los requisitos para el ejercicio de la legítima defensa: ataque o agresión ilegítima y cierta, reacción espontánea e inevitable frente a dicho atentado y racionalidad del medio empleado. Lo mismo ocurre cuando se ocasiona un perjuicio en el marco del ejercicio regular de un derecho o de un estado de necesidad: las conductas que generaron esos daños son autorizadas y no generan responsabilidad en el sujeto que los realizó.

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

“Si se causa un daño mediante una conducta, existiendo la relación de causalidad adecuada y factores de atribución correspondientes, no habrá responsabilidad, vale decir, el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó **dentro de los límites de lo permitido por el Derecho**, esto es, dentro de los límites de lo lícito. Esto significa, en consecuencia, que no existe responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho [o de legítima defensa y estado de necesidad], por cuanto se trataría de **daños causados dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico, es decir, supuestos de daños autorizados o justificados por el ordenamiento jurídico.**

En otras palabras, resulta evidente, por la propia fuerza de los conceptos y de los hechos, que **siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar** y, por ende, a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual. Resulta inimaginable plantear un problema de responsabilidad civil sin hacer referencia al concepto de antijuridicidad, cualquiera que sea la denominación que se le dé al mismo” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 46-47).

Ahora bien, respecto al sustento normativo de este presupuesto o elemento de la responsabilidad, puede surgir la duda respecto a si dicho elemento es exigible o no en nuestro ordenamiento dado que ella no se encuentra regulada expresamente como tal en nuestro Código Civil, a diferencia de otros sistemas como el alemán o el italiano en los cuales se exige que el acto que ocasiona el perjuicio sea “antijurídico” o que el daño sea “injusto”, respectivamente¹⁸¹. En

¹⁸¹ En efecto, el artículo §823 del BGB señala lo siguiente: “(1) *Quien dolosa o negligentemente, de forma antijurídica, dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado*

efecto, los artículos 1969 y 1970 del Código Civil -los cuales regulan la responsabilidad bajo un factor de atribución subjetivo y objetiva respectivamente- no exigen que la conducta que origina el daño sea “injusto” o “ilícito” o, en otras palabras, antijurídico.

Siendo ello así, podría pensarse que en materia de responsabilidad civil se ha incurrido en una “omisión” legislativa al no exigir de forma expresa como requisito o presupuesto de la responsabilidad el hecho de que la conducta que ocasionó el daño deba ser antijurídica. Ello, que parecería cierto, en realidad no lo es. En efecto, el requisito de la antijuridicidad -como bien señala el profesor Lizardo Taboada- se encuentra contenido de forma implícita en el artículo 1971 del Código Civil el cual señala lo siguiente:

Artículo 1971.- *“No hay responsabilidad en los siguientes casos:*

- 1.- En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.*

Como se observa, la norma es clara al señalar que en los casos antes mencionados (ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad) **no habrá responsabilidad** por los daños que se hayan causado. Con ello se “(...) está haciendo **referencia implícita al concepto de antijuridicidad**, por la simple y evidente razón de que cuando se actúa

a resarcirle todo el daño causado. (...)”. Por su parte, el artículo 2043 del *Codice* establece que: “*cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un **daño injusto** obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño*”.

Sobre el requisito del “daño injusto” exigido por el artículo 2043 del *Codice* resulta pertinente tener en cuenta lo señalado por el profesor Piero Schlesinger: “Se ha reparado, sin embargo, en que la injusticia no puede representar una característica intrínseca de un perjuicio económico: **un daño cualquiera, considerado en sí mismo, nunca es justo o injusto**. De allí el reproche, que a veces se hace al legislador, por haber asociado el daño con un **requisito de la acción lesiva**. Para que surja un deber de resarcimiento -se ha dicho- **tiene que ser "injusto" el comportamiento que produce el daño, y no el daño preciso que se deriva del comportamiento**. Según este punto de vista, daño "injusto" -y por ende "resarcible"- sería aquél que fuera consecuencia de un **acto ilícito (...)**” (énfasis agregado) (Schlesinger, 1998, pág. 312).

en el ámbito del ejercicio regular de un derecho, a pesar de que se pueda causar daño, el mismo será resultado de una actividad **lícita**, ajustada a Derecho y, por ende, **permitida y plenamente justificada por el ordenamiento jurídico**” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 48-49).

Dicho artículo regula entonces las conductas que, si bien generan determinados daños, son autorizados o tolerados por el ordenamiento por lo que no generan responsabilidad por no ser antijurídicos sino justificados. Ello, qué duda cabe, es una clara muestra de que nuestro sistema sí exige el requisito de la antijuridicidad como un presupuesto de la responsabilidad¹⁸².

¹⁸² Como señala el profesor Taboada, a partir de dicho artículo se puede concluir que nuestro sistema sí regula y exige la verificación de una conducta que sea antijurídica para que haya responsabilidad. Ahora bien, **sin perjuicio de que para nuestro ordenamiento sí es indispensable la presencia de dicho requisito**, nos preguntamos ¿en realidad es necesario que se califique a las conductas como antijurídicas para que exista responsabilidad en cualquier caso? en otras palabras ¿es imprescindible la exigencia de dicho elemento para que se configure un supuesto de responsabilidad en cualquier supuesto? sobre estos cuestionamientos resulta interesante lo señalado por la profesora Ángela Fernández Arévalo quien, siguiendo al profesor español Fernando Pantaleón Prieto, concluye que no es necesaria la exigencia de la antijuridicidad.

En efecto, la profesora española señala lo siguiente:

“(…) podremos calificar las acciones u omisiones de este sujeto como **no antijurídicas** por concurrir una **causa de exclusión** de ese carácter (legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de un deber o estado de necesidad), dándose la circunstancia de que **coetáneamente, se trata de un proceder en el que no ha intervenido culpabilidad de ninguna clase**. Del mismo modo, si se trata de un comportamiento **no justificado, o antijurídico, podremos apreciar también que ha existido un defecto de diligencia o incluso dolo**. Concluyendo, en nuestra opinión, que **el carácter de antijurídico de una determinada acción u omisión lesivas no añade nada nuevo a los presupuestos requeridos por el artículo 1902 C.C. para que el resultado dañoso sea reparado**” (énfasis agregado) (Fernández Arévalo, 1996, págs. 377-388) (Ver su nota de página N° 8).

Como se observa, la profesora española advierte que cuando se ocasiona un daño, pero bajo una determinada causa de justificación -que haría que el comportamiento no sea antijurídico sino jurídico- entonces en esos casos estaremos ante acciones en las que no hubo en lo absoluto dolo o culpa alguna. Y es que, si alguien ocasiona un daño a otro sujeto en el ejercicio regular de un derecho, por legítima defensa o bajo un estado de necesidad, entonces en esos supuestos no hay un comportamiento doloso o culposo. Por el contrario, si las conductas que ocasionaron un daño no tienen una causa de justificación que los legitime, entonces -en la medida de que no haya una fractura causal y exista daño- podrá calificarse a esa conducta -de ser el caso- como dolosa o culposa.

Con esto se está señalando que el análisis que normalmente se realizaría sobre la antijuridicidad de una conducta puede y debería ser realizada más bien desde la óptica de la culpabilidad o del factor de atribución subjetivo. No sería necesaria la antijuridicidad pues bastaría con analizar si el sujeto que ocasionó el daño actuó con dolo o culpa. Si por ejemplo produjo el daño bajo un estado de necesidad o por legítima defensa, entonces es claro que no actuó con dolo o culpa, de lo contrario -en la medida de que se verifiquen los demás elementos de la responsabilidad- habrá -de ser el caso- una actuación culposa. Bastaría entonces con el factor de atribución subjetivo para examinar si existe o no responsabilidad, sin que sea necesario recurrir o crear un presupuesto más: la antijuridicidad.

El análisis realizado por la profesora española nos parece muy sugestivo e interesante. Sin embargo, si se opta por admitir dicha tesis, qué pasaría en el siguiente caso: imaginemos que A” está conduciendo su auto -actividad riesgosa- sin problema alguno y para efectos de repeler una agresión ilegítima y cierta, con la racionalidad del caso, ocasiona un daño al sujeto que iba a agredirlo. En este caso en el cual se produjo un daño bajo un supuesto de legítima defensa

¿cómo se exime de responsabilidad “A”? lo primero que se diría es que “A” no incurrió en una conducta antijurídica pues su actuar fue justificado.

Sin embargo, si nos apoyamos en la tesis antes enunciada, “A” no podría liberarse de responsabilidad. En efecto, según dicha tesis no es necesario el estudio del elemento de la antijuridicidad, sino que basta con que se analice la culpabilidad del causante, pero en el ejemplo que hemos expuesto el análisis de la culpabilidad -causa de atribución subjetiva- no interesa pues al haberse generado el daño en el ejercicio de una actividad riesgosa, se responderá bajo un factor de atribución objetivo (más adelante estudiaremos en qué consiste estos dos tipos de atribución), con lo cual no habría forma de que “A” quede exento de responsabilidad.

Como sabemos, es claro que si dicho sujeto ocasionó el daño en dichas circunstancias entonces no será responsable de los daños que haya podido ocasionar. Es por ello que, si se opta por secundar la tesis que sigue la profesora española que, reiteramos, es muy interesante y sugestiva, debería concluirse que la misma solo resulta de aplicación para los casos de responsabilidad subjetiva y no para los de responsabilidad bajo un factor de atribución objetivo. De lo contrario, como en el caso antes enunciado, los sujetos que ocasionen un daño a través de una conducta justificada no tendrían como liberarse de responsabilidad.

Esto nos lleva a concluir que -si se pretende seguir dicha tesis- los presupuestos de la responsabilidad subjetiva solo serían tres: **(i)** daño, **(ii)** nexo de causalidad y **(iii)** factor de atribución subjetivo (dolo o culpa). En cambio, los presupuestos o elementos de la responsabilidad bajo un criterio de atribución objetivo serían cinco: **(i)** daño, **(ii)** antijuridicidad, **(iii)** nexo de causalidad, **(iv)** factor de atribución objetivo (bien o actividad riesgosa o peligrosa) e **(v)** imputabilidad. Esta sería una de las consecuencias más relevantes si se adopta la tesis antes expuesta, la cual, reiteramos, resulta interesante. Los regímenes de la responsabilidad bajo un factor de atribución subjetiva y objetivo serían distintos respecto a sus presupuestos o elementos.

Nótese que hemos colocado como un elemento de la responsabilidad bajo un factor de atribución objetivo a la imputabilidad. Esto porque, con la misma lógica de la tesis que sigue la profesora española, en los casos en los que un sujeto inimputable ocasione un daño, podría señalarse que no es necesario recurrir al elemento de la imputabilidad para exonerarlo de responsabilidad, pues es claro que sin un sujeto inimputable causa un daño a otro entonces no actuó con dolo y culpa, pues aquel que no tiene discernimiento o no es consciente de la realidad de las cosas, no está en aptitud de actuar dolosa o culposamente, con lo cual no hay atribución subjetiva alguna. Siendo ello así, bastaría, al igual que en el caso de la antijuridicidad, con recurrir al análisis del factor de atribución subjetivo para evaluar si es o no responsable.

Sin embargo, si se tienen en cuenta y se mantiene dicha tesis, qué pasaría en el siguiente caso: imaginemos que un niño de dos años se encuentra solo en el automóvil de sus padres -el cual se encuentra encendido y estacionado- pues estos bajaron un par de minutos a comprar algunas cosas. Sucede que el niño baja el freno de mano del auto y a causa de ello este empieza a avanzar y atropella a una anciana.

En este caso, si bien los padres del niño serán los que deban responder porque él se encontraba bajo su cuidado ¿cómo se exime de responsabilidad el niño, como sujeto de derecho en sí mismo? lo primero que se invocaría es que justamente es inimputable.

Sin embargo, si nos apoyamos en la tesis antes enunciada, nuevamente, no podría liberarse de responsabilidad, pues según ella no es necesario el estudio del elemento de la imputabilidad -la cual queda subsumida en la culpabilidad del causante-, pero en el ejemplo que hemos expuesto el análisis de la culpabilidad -causa de atribución subjetiva- no interesa pues al haberse generado el daño en el ejercicio de una actividad riesgosa se responderá bajo un factor de atribución objetivo, con lo cual no habría forma de que el niño se libere de responsabilidad.

Es por ello que, si se opta por seguir esa tesis, debería concluirse que la misma solo resulta de aplicación para los casos de responsabilidad subjetiva y no para los de responsabilidad bajo un factor de atribución objetivo. De lo contrario, como en el caso antes enunciado, las personas inimputables que causaran un perjuicio en el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, no tendrían como liberarse de responsabilidad. Es por casos como esos que la imputabilidad sí debería ser un elemento o presupuesto necesario para los supuestos de responsabilidad bajo un factor de atribución objetivo.

Aprovechamos este espacio para precisar que el análisis que estamos realizando sobre los presupuestos de la responsabilidad civil desde la óptica del cedente y del cesionario parte de la obvia premisa de que ambos no son inimputables.

Habiendo aclarado ello, existe otra duda importante que debemos despejar sobre la antijuridicidad. Nos referimos a la supuesta tipicidad que se atribuye a ella en materia de responsabilidad contractual¹⁸³. Sobre este aspecto, se ha señalado lo siguiente:

«En el ámbito de la responsabilidad contractual, que en nuestro sistema jurídico sería preferible denominar responsabilidad civil obligacional, dado que el contrato no es la única fuente voluntaria de obligaciones en nuestro Código Civil, si bien existe y está siempre presente la antijuridicidad como requisito fundamental del sistema, al igual que el concepto de daño, relación de causalidad, de la imputabilidad y la culpabilidad, **se trata siempre de una antijuridicidad típica, que puede consistir en un incumplimiento total, en un cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o en un cumplimiento tardío o moroso, ya que es únicamente en esos supuestos, debidamente previstos en las normas sobre inejecución de obligaciones, en que se puede hablar de responsabilidad civil contractual, más propiamente de responsabilidad civil obligacional dentro de nuestro sistema jurídico.**

En otras palabras, según lo dispone expresamente el artículo 1321, norma fundamental en materia de responsabilidad obligacional, debidamente confirmado por otras normas incorporadas bajo el mismo título sobre **inejecución de obligaciones** tales como los artículos 1314, 1315, 1317, 1329, 1330 y 1331, **en materia de responsabilidad civil obligacional, la antijuridicidad es siempre típica, pues en todas estas normas se hace siempre referencia a la “inejecución de obligación”**, aludiendo al incumplimiento total, al cumplimiento parcial, al cumplimiento defectuoso y al cumplimiento tardío o moroso, es decir, a lo que doctrinariamente se conoce como incumplimiento absoluto (total, parcial o defectuoso) e incumplimiento relativo (tardío y moroso).

En consecuencia, queda claro que solo se puede hablar de responsabilidad obligacional, cuando el deudor cause daño al acreedor como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la prestación a su cargo, en la medida en que tal incumplimiento, en sus cuatro tipos, le sea imputable por dolo, culpa grave o culpa leve. De esta manera, se hace evidente el concepto de una antijuridicidad

¹⁸³ La incertidumbre se genera solo en el ámbito de la responsabilidad contractual y no extracontractual. En el caso de esta última no hay dudas de que en nuestro sistema jurídico la antijuridicidad es atípica en atención a las fórmulas generales de responsabilidad subjetiva y bajo un factor de atribución objetivo establecidos en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil respectivamente. En efecto, dichos artículos no tipifican o detallan cuáles serían las conductas o los derechos cuya única vulneración son los que podrían generar una responsabilidad civil de tipo extracontractual.

estrictamente típica en el ámbito de la responsabilidad civil obligacional, llamada doctrinariamente “responsabilidad contractual”» (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 58-59).

En esa misma línea se ha indicado lo siguiente:

“La antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuridicidad típica y atípica, es decir, antijuridicidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1070 del mismo texto, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de un resarcimiento.

Esto es evidente, por cuanto mientras **en el ámbito contractual, al estar tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta notorio que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación**; en el ámbito extracontractual por el contrario, al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que **cualquier conducta** será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida en que se trate de una conducta ilícita que cause un daño” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 37-38).

Como se observa, para el profesor Lizardo Taboada la antijuridicidad en el ámbito de la responsabilidad contractual -o responsabilidad obligacional como prefiere denominarlo- es siempre típica en el sentido de que las conductas que dan lugar a un daño se encuentran descritas o tipificadas en el propio Código Civil. En ese sentido, en función a lo establecido en el supuesto de hecho del artículo 1321 de dicho cuerpo normativo concluye que dichas conductas típicas con las cuales **únicamente** se puede ocasionar un perjuicio al acreedor son las siguientes: el

incumplimiento absoluto de la **obligación** o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del mismo¹⁸⁴.

A efectos de comentar lo señalado por el profesor Taboada debemos realizar primero algunas precisiones sobre nuestro actual sistema de responsabilidad civil.

Como se habrá podido advertir, nuestro sistema de responsabilidad civil no es uno que se haya edificado sobre la base de un solo régimen, sino que en el mismo podemos encontrar dos sistemas diferenciados. Podría pensarse que esos dos regímenes son el “contractual” y el “extracontractual” por las siguientes razones:

- Nuestro Código Civil denomina expresamente al régimen de responsabilidad regulado en la Sección VI del Libro VII (“Fuente de las Obligaciones”) como “Responsabilidad **Extracontractual**”.
- El artículo 309 de dicho cuerpo normativo confirma la existencia de ese régimen en nuestro sistema al establecer lo siguiente: “*La **responsabilidad extracontractual** de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación*”.
- El inciso 4 del artículo 2001 vuelve a confirmar la presencia de ese régimen en nuestro ordenamiento al indicar que: “*Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: (...) 4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por **responsabilidad extracontractual** y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo. (...)*”.
- Finalmente, el artículo 2097 de dicho Código termina por ratificar la existencia de dicho régimen entre nosotros al establecer que: “*La **responsabilidad extracontractual** se regula*

¹⁸⁴ El artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió haber actuado”.

A partir de las normas antes señaladas podría concluirse que como nuestro sistema regula y/o contempla un régimen de responsabilidad extracontractual, entonces existiría también, como contrapartida al mismo, un régimen de responsabilidad contractual. Con relación a la existencia de estos dos regímenes se ha señalado lo siguiente:

“Tradicionalmente la responsabilidad civil se distingue en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La terminología invita rápidamente a suponer como criterio distintivo al contrato. Así, la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito que es contenido de una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado. La responsabilidad extracontractual comprendería los supuestos de lesión de crédito que es contenido de una relación obligatoria que no tiene como fuente un contrato (ejemplo: la relación obligatoria constituida en virtud de la promesa unilateral) y los daños producidos como consecuencia de la violación del deber general de no causar un daño a otro” (Barchi Velaochaga, Responsabilidad Civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia , pág. 4).

Como bien señala el profesor Barchi, la responsabilidad civil ha sido clasificada desde mucho antes en contractual y extracontractual. Esta diferencia encontraría sustento en las normas que anteriormente hemos mencionado, pues a partir de ellas se podría concluir que nuestro sistema sí optó por regular el régimen extracontractual, con lo cual, como contrapartida a dicho sistema, debería existir también una responsabilidad de tipo contractual. Esto, sin embargo, no es así.

En efecto, **en ninguna parte del Código Civil se encuentra regulada la responsabilidad contractual**, la cual -tradicionalmente- solo se reduce a los daños que puedan originarse como consecuencia del incumplimiento absoluto o relativo de una obligación que tenga por fuente al contrato. **No existe ningún artículo que haga referencia a la existencia de ese régimen**. Lo que se ha regulado como contrapartida al régimen de responsabilidad extracontractual es más bien la **responsabilidad por inexecución de obligaciones**, la cual se encuentra estipulada en el Título IX, de la Sección II (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las obligaciones”).

Lo que ocurre es que no se suele emplear este término (“responsabilidad por inexecución de obligaciones”) sino que se utiliza la denominación de responsabilidad “contractual”, cuando esta en realidad no existe en nuestro sistema.

En estricto, nuestro sistema de responsabilidad civil se encuentra conformado entonces por un régimen denominado “extracontractual” y por otro denominado “inejecución de obligaciones”. El criterio que diferencia a ambos regímenes no es el contrato -como sí lo era cuando se hablaba de responsabilidad contractual y extracontractual- sino más bien otro: **la relación obligatoria**. Ese es el verdadero elemento que diferencia a ambos sistemas de responsabilidad. En ese sentido, el profesor Barchi ha señalado que:

«Nuestro Código civil, en cambio, utiliza un **criterio de distinción diferente: la relación obligatoria**. En tal sentido, el capítulo relativo a "Inejecución de Obligaciones" comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, **sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual**. La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas **debería hablarse, con mayor precisión, de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad no obligacional”**» (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, Responsabilidad Civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia , pág. 4).

Como se observa, la relación obligatoria es la que marca la pauta para efectos de determinar frente a qué régimen nos encontramos. Es importante hacer énfasis en la precisión que realiza el profesor peruano en el sentido de que el régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones comprende a todas las obligaciones, independientemente de la fuente de la cual provenga ella. Así, están sujetos a dicho régimen las obligaciones que emanan de una fuente convencional o autónoma (el contrato y la promesa unilateral) así como las que provienen de una fuente legal o heterónoma (obligaciones *ex lege*).

Frente a dicho régimen se encuentra la responsabilidad extracontractual. En este sistema lo que se incumple no es una obligación (deber jurídico como medio de realización), sino más bien el **deber general de no dañar a nadie** (deber jurídico como medio de protección). Como se recordará, la diferencia que existe entre ambas categorías han sido analizadas con detenimiento en el apartado 2.1.2 del presente trabajo, al cual nos remitimos.

Debemos precisar que si bien -como hemos mencionado anteriormente- en nuestro sistema no existe en estricto la responsabilidad contractual sino la “responsabilidad por inejecución de obligaciones”, por un tema de economía de palabras haremos referencia a ambos términos de forma indistinta, sin que ello signifique que sean lo mismo, de acuerdo a lo ya explicado anteriormente.

Sobre la base de las precisiones antes descritas, pasemos ahora a comentar lo señalado por el profesor Taboada respecto al carácter típico que él atribuye al sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. El referido autor señala -citando lo establecido en artículo 1321 del Código Civil- que **solo** el incumplimiento total, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación es la que genera ese tipo responsabilidad. Esas conductas son las **únicas** que podrían invocarse a efectos de solicitar tutela resarcitoria. Ahora bien, si se analiza con cuidado esta conclusión, podrá advertirse que ella -inevitablemente- **parte de la premisa de que solo se incurre en responsabilidad obligacional cuando el derecho subjetivo que se lesiona es un crédito.**

Y es que cuando el deudor no ejecuta su prestación o la ejecuta de forma parcial, tardía o defectuosa, lo que está lesionando -y lo que únicamente se puede lesionar con dichas conductas- es el crédito del acreedor¹⁸⁵, con lo cual únicamente habrá responsabilidad cuando se incumpla una obligación y, por tanto, cuando se lesione el crédito al cual está vinculado. Esto determinaría que **aquellas conductas que causen un daño y que no “encuadren” o “encajen” dentro de las conductas típicas antes mencionadas (incumplimiento absoluto o relativo de una obligación) quedarían sometidos entonces al régimen de responsabilidad extracontractual**, dentro de las cuales se encuentran las conductas que lesionen cualquier otro interés (distinto al crediticio) de la **vida de relación.**

Esta sería la conclusión a la cual se tendría que llegar inevitablemente si se concibe al régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones de esa forma. Al respecto, nosotros creemos que mantener esa concepción determina que dicho régimen quede muy corto frente a otras hipótesis de daños en las cuales **lo que se lesiona no son créditos a causa del incumplimiento de una obligación, sino otras situaciones jurídicas subjetivas distintas que**

¹⁸⁵ Sobre la precisión entre lo que constituye una lesión de crédito y una lesión del interés del acreedor nos remitimos a la explicación que hemos realizado al respecto en el pie de página N° 30 del presente trabajo.

emanan de una relación patrimonial (o eventualmente extrapatrimonial), pero que no pueden someterse al régimen de responsabilidad extracontractual dado que **no suponen la vulneración de un interés de la vida de relación -contacto social-, pues en esos casos no se vulnera el *alterum non laedere*.**

En efecto, existen supuestos en los cuales en el marco de una relación jurídica patrimonial (que puede originarse de modo voluntario -por ejemplo, a causa de la celebración de un contrato- o puede haber sido originado por una estipulación legal -como sería el caso de las relaciones obligatorias *ex lege*-) o, incluso, extrapatrimonial, surjan **situaciones jurídicas subjetivas distintas al crédito** las cuales pueden ser objeto de lesión y en todas ellas, en rigor, no podría hablarse de una responsabilidad por inexecución de una obligación dado que en esos casos no se está lesionando un crédito.

En todas esas hipótesis no se incumple una obligación, sino lo que se “incumple” o se soslaya son otras situaciones jurídicas subjetivas distintas a ella como serían, por ejemplo, las siguientes:

La carga que tiene el acreedor de realizar los actos de colaboración para que el deudor se libere de su obligación: como sabemos, cuando el acreedor no realiza los actos necesarios para que el deudor pueda ejecutar su prestación no está “cumpliendo” dicha carga. La está dejando de lado. Sería el caso, por ejemplo, del propietario de un departamento que no deja entrar a su sala a las personas que había contratado para que realice algunos arreglos en ella. En esa misma línea podemos ubicar también a la negativa injustificada del acreedor de recibir el pago ofrecido por el deudor. Es el caso, por ejemplo, del comprador que se niega a recibir sin motivo legítimo alguno del vendedor los tres carros que había comprado.

Estos dos casos, según lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil, constituyen los supuestos en los cuales el acreedor incurre en mora¹⁸⁶ y, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1339, el acreedor que se encuentre en mora “*queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso*”. Siendo ello así, nos preguntamos, qué ocurre si el deudor se ve afectado y padece algunos daños como consecuencia de la negativa injustificada del acreedor

¹⁸⁶ Artículo 1338.- “*El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo alguno se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación*”.

de recibir el pago¹⁸⁷ o de no practicar los actos de colaboración necesarios para que pueda ejecutar su prestación¹⁸⁸.

En estos casos, ¿el deudor podría solicitar al acreedor el resarcimiento por los daños que haya podido padecer a causa de la mora en la que incurrió aquel a título de responsabilidad por inejecución de obligaciones a pesar de que lo que no se haya inobservado o incumplido no sea una obligación, sino una carga? si tenemos en cuenta -como ha sido señalado anteriormente por un sector de la doctrina- que el régimen de responsabilidad obligacional es uno de carácter típico pues solo se aplica cuando se incumple absoluta o relativamente una obligación, entonces no podría aplicarse dicho régimen pues, como bien sabemos, la carga y la obligación son dos situaciones jurídicas subjetivas distintas.

¿Debería aplicarse entonces el régimen de responsabilidad extracontractual? creemos que no, pues **la responsabilidad aquiliana solo se aplica cuando se ha vulnerado el deber general de no causar un daño a nadie en la vida de relación y entre sujetos (lesionante y lesionado) entre los cuales no existe una relación jurídica o un nexo previo que los vincule**. Ahora bien, este deber genérico -como ha sido desarrollado en la parte final del apartado 2.2.2.2.3- tiene tres particularidades: **(i)** es una categoría que **no tiene contenido económico**, pues apunta a lograr una **pacífica convivencia social**, por lo que se encuentra inmerso en una relación jurídica **extrapatrimonial**, **(ii)** se encuentra en “cabeza” de una **generalidad de personas**, de todos

¹⁸⁷ En el caso de la negativa injustificada del comprador de recibir los carros, el vendedor -deudor de la obligación de entregar los autos- puede verse afectado patrimonialmente pues desde que ofreció el pago hasta que se logre consignar el mismo, es posible que haya incurrido en un desembolso considerable para mantener en buen estado dichos autos. Por ejemplo, los gastos de cochera, de mantenimiento y otros más que no hubiera costado si es que el acreedor no se hubiera negado a recibir los mismos y los hubiera aceptado oportunamente. Ese daño emergente es perfectamente susceptible de reparación por el acreedor.

¹⁸⁸ En el caso de los trabajadores que iban a realizar unos trabajos en la sala del propietario del departamento, imaginemos que ellos solo recibirían el pago de sus servicios luego de que hayan cumplido con ejecutar los mismos y, con ese dinero -que era el único medio de cual disponían pues ya habían solicitado varios préstamos a algunas entidades financieras- comprarían una máquina para su fábrica. Para ello, celebraron con el dueño de dicha máquina un contrato de compraventa en el cual acordaron que la entrega de la misma se realizaría cuando se pague el íntegro del precio en el día “X”. Ocurre que los trabajadores iban a recibir el pago por sus servicios el mismo día en el que vencía el plazo para que cancelen el precio de la máquina. Ya estaba todo programado para que ejecuten su prestación ese día y, una vez recibido el pago, cancelarían de inmediato el íntegro del precio de la máquina de forma oportuna.

Sucede que, finalmente, nunca recibieron el pago por sus servicios pues el dueño del departamento, sin motivo legítimo alguno, obstaculizó la posibilidad de que ellos puedan ejecutar su prestación. Debido a ello no pudieron cobrar nada y, en consecuencia, no cancelaron al dueño de la máquina el pago del precio, por lo que este decidió resolverles el contrato de compraventa. En este caso, los trabajadores podrían perfectamente reclamar al acreedor el pago de un resarcimiento por los daños que hayan podido padecer dado que no pudieron adquirir la máquina para su fábrica.

aquellos terceros que, de *facto*, podrían lesionar las situaciones jurídicas subjetivas ajenas de los demás. Es por ello que se les denomina sujetos pasivamente universales y (iii) es un deber que **no se extingue, siempre** estará presente en todos.

En el caso que nos encontramos analizando, la carga que tiene el acreedor de realizar los actos necesarios para que el deudor ejecute su obligación o de no negarse injustificadamente a recibir el pago es una situación jurídica subjetiva cuyo contenido es de **carácter económico** y que se encuentra inmersa -a diferencia del *alterum non laedere*- una relación jurídica de carácter **patrimonial**. Asimismo, el titular de dicha carga -cuyo “incumplimiento” ocasiona un daño al deudor- no es un sujeto indeterminado o una generalidad de personas -como ocurre en el caso del deber general de protección- sino **un sujeto plenamente identificable: el acreedor**.

No estamos entonces ante una hipótesis de contravención del deber general de protección con la consiguiente lesión del derecho subjetivo que tenemos a que no se nos ocasione un daño a nosotros mismos y a nuestro patrimonio, sino ante el “incumplimiento” de otra situación jurídica subjetiva distinta: la carga y, por consiguiente, ante la vulneración del interés legítimo que tiene el deudor en liberarse de la obligación, interés que, por cierto, **no es uno que surja de la vida de relación**, sino que emana de la relación patrimonial de la cual es parte el deudor.

Entonces, si no resulta aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual y, en rigor, tampoco el de la responsabilidad por inexecución de obligaciones -pues lo que se está “inejecutando” no es una obligación sino una carga - ¿qué régimen aplicamos? bajo qué normas podría el deudor encontrar tutela resarcitoria y solicitar al acreedor que le repare los daños que ha padecido.

Creemos que en realidad podría aplicarse -en lo que resulte pertinente- las normas de inexecución de obligaciones. Claro, podría objetarse nuevamente que en estricto no se está “inejecutando” una obligación sino una carga, pero en realidad -al quedar fuera de discusión que no se puede aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual- la responsabilidad obligacional es la que resulta más pertinente por ser una que se encuentra dirigida a dar tutela a los titulares de una situación jurídica subjetiva que -al igual que en el caso de la carga- también es de carácter patrimonial: el crédito.

Nótese que en la responsabilidad obligacional las situaciones jurídicas subjetivas involucradas son la obligación incumplida y el crédito lesionado, ambas con **contenido económico** y que se encuentran inmersas en una relación jurídica de carácter **patrimonial**. En el caso que nos encontramos analizando, las situaciones jurídicas subjetivas involucradas también tienen un **contenido económico**: la carga “incumplida” y el interés legítimo del deudor en liberarse de la obligación y ambas emanan de una relación jurídica que también es de carácter **patrimonial**.

Asimismo, todas esas situaciones jurídicas subjetivas (crédito, obligación, carga e interés legítimo) no son perpetuas. Han surgido por una determinada fuente -legal o convencional- y **desaparecerán en algún momento**. Distinto es el caso del *alterum non laedere* que, como hemos anotado antes, tiene vocación de permanencia, pues está presente en todos **siempre**. No fenece.

Nótese también que en ambos casos los titulares de las situaciones jurídicas que han sido “incumplidas” son dos sujetos puntuales: el deudor en el caso de la obligación y el acreedor en el caso de la carga y **no una generalidad de personas**, como sí ocurre en el caso del *neminem laedere*. Teniendo ello en cuenta, debería aplicarse al caso bajo comentario el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el artículo 1338 (el cual hace referencia a la negativa injustificada del acreedor de recibir el pago y al no cumplimiento de los actos de colaboración de su parte) y 1339 (el cual obliga al acreedor en mora a resarcir al deudor) se encuentran justamente dentro del Título IX denominado “Inejecución de Obligaciones”, con lo cual -a pesar de que el artículo 1338 no indique expresamente que los actos que contempla en su supuesto de hecho no son una carga- por la **ubicación de la norma**, puede concluirse que resulta de aplicación el régimen antes señalado.

Ahora bien, mientras se decida mantener la dicotomía entre responsabilidad extracontractual y obligacional, sería ideal que este último régimen -y, de hecho, el primero también-, cambie de denominación de tal forma que no englobe únicamente las hipótesis de inejecución de obligaciones, sino también las de “inejecución” de **otras situaciones jurídicas subjetivas distintas a ella y que emanan de una relación extrapatrimonial (como sería el caso de los deberes en sentido estricto que surgen en el marco de las relaciones conyugales o paterno-filiales) o patrimonial (sea de fuente voluntaria o legal) como sería el caso de la**

carga o de otras distintas a ella. Es el caso, por ejemplo, de los deberes accesorios de protección. Analicemos este caso.

Los deberes accesorios de protección no son otra cosa que el cuidado que debe tener el deudor de no lesionar el patrimonio o la integridad de su acreedor cuando ejecute la prestación a la cual se obligó. Un caso en el cual se haya inobservado dicho deber podría ser el siguiente:

Imaginemos un contrato de suministro de barriles de gasolina que se deben entregar de forma mensual durante cuatro años. En el año tercero el suministrante -que hasta ese momento venía ejecutando con normalidad y con cuidado su prestación- llega al almacén donde debe dejar los barriles. Al momento de realizar la descarga respectiva -en un acto de negligencia grave- se desató una explosión y un incendio en todo el almacén pues un trabajador suyo dejó caer una colilla de cigarro cerca de un barril abierto.

En este caso, la prestación o la conducta que satisface el **interés principal** del acreedor -que vendría a ser el suministrado- no es, en estricto, el hecho de que el deudor no fume cuando descargue los mismos. La prestación que en estricto va a satisfacer su interés es que se deje la cantidad pactada de cilindros y la gasolina con la calidad que hayan convenido en el lugar que ellos hayan establecido y dentro del plazo acordado.

Esa es la diferencia -sutil- entre un deber accesorio de protección y una obligación. Con este último se satisface una necesidad patrimonial o extrapatrimonial del acreedor y aquella impone al deudor un deber de conducta en el sentido de que, cuando ejecute la prestación o la conducta que va a satisfacer el interés principal de aquel, debe realizarlo sin que, con ocasión de ello, lesione el **interés accesorio** que tiene en que no se dañe su patrimonio o su integridad¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Sobre estos deberes accesorios de protección debemos mencionar que no existe un acuerdo en la doctrina sobre si las mismas son auténticas obligaciones -las cuales se integrarían a los contratos en base al principio de la buena fe- en virtud de las cuales, con ocasión de ejecutar la prestación, se debe cuidar de no lesionar el patrimonio y la integridad del acreedor o si son deberes que, en estricto, por su contenido, son distintos a ellas. En sede nacional, el profesor Leysser León indica que dichos deberes, en rigor, son distintos a una obligación. Véase: (León Hilario, 2011, pág. 5).

Este debate -que resulta muy atractivo- escapa a los alcances del presente trabajo. Sin embargo, en tanto existan autores y jurisprudencia que consideren que esas conductas de cuidado son distintas a una obligación negativa y al deber genérico de no dañar a nadie, hemos decidido analizar esta figura como una situación jurídica subjetiva distinta e independiente a ellas. Esto, **con la finalidad de poner en evidencia un ejemplo más de una situación jurídica subjetiva que podría ser distinta a la carga y que puede ser “incumplida” o soslayada en el marco una relación patrimonial.** Dejamos sentado entonces este interesante debate para que el lector pueda profundizar un poco más sobre la naturaleza jurídica de estos deberes accesorios de protección.

En este caso, nos volvemos a preguntar, ¿el suministrado -acreedor- podría solicitar al suministrante -deudor- el resarcimiento por los daños patrimoniales que ha padecido a causa del incendio ocurrido en su almacén bajo el régimen de inejecución de obligaciones a pesar de que lo que supuestamente no se haya inobservado o incumplido no sea, en estricto, una obligación, sino un deber accesorio de protección?

Si tenemos en cuenta -como ha sido señalado anteriormente por un sector de la doctrina- que el régimen de responsabilidad obligacional es uno de carácter típico pues solo se aplica cuando se incumple absoluta o relativamente una obligación, entonces no podría aplicarse dicho régimen pues, como hemos mencionado, el deber accesorio de protección y la obligación serían, en estricto, dos situaciones jurídicas subjetivas distintas.

¿Podría aplicarse entonces el régimen de responsabilidad extracontractual? por las mismas razones que expusimos para el caso de la carga del acreedor, creemos que no. Al igual que en ese caso -y por los mismos argumentos-, somos de la idea de que -en caso se opte por distinguir a ambas situaciones jurídicas de forma absoluta- en este supuesto debería aplicarse también el régimen de inejecución de obligaciones, pues las situaciones jurídicas subjetivas involucradas tendrían un **contenido económico**: el deber accesorio de protección “incumplido” y el derecho subjetivo del acreedor en que, con ocasión de que el deudor ejecute su prestación, no lesione su integridad o su patrimonio y ambas emanarían de una relación jurídica que también es de carácter **patrimonial**.

Asimismo, dicho deber accesorio **desaparecería** en algún momento. Luego de que culmine el suministro, el suministrante no tendría que abstenerse de, con ocasión de ejecutar su obligación -que ya se extinguió-, lesionar la integridad o el patrimonio del deudor. Se diría que de ahora en adelante tendría que cumplir esa conducta omisiva, pero en base al *alterum non laedere*.

Se diría también que el titular de la situación jurídica que ha sido “incumplida” sería un solo sujeto: el deudor, y **no una generalidad de personas** como sí ocurre en el caso del *neminem laedere*, según lo ya expuesto anteriormente¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Habiendo llegado a este punto, resulta pertinente analizar un caso muy peculiar en el cual se encuentra de por medio también otras situaciones jurídicas subjetivas distintas al crédito y a la obligación. Nos referimos al derecho potestativo y al estado de sujeción que nacen a partir de un contrato de opción. En estos casos, podría pensarse que el derecho potestativo del optante de ejercer la opción podría “frustrarse” debido a una acción de su contraparte, por

lo que esta debería resarcirle los posibles daños que haya podido ocasionarle. Veamos un caso en el cual se grafique lo expuesto.

Imaginemos que “A” celebra con “B” un contrato de opción de venta sobre un auto suyo por cinco meses. Como bien sabemos, por efecto de ese contrato, “A” adquiere el derecho potestativo de decidir si ejerce o no la opción de compra que tiene a su favor dentro del plazo que han establecido. Por su parte, “B” se encuentra en un estado de sujeción pues está a la expectativa y a la espera de que “A” decida si ejerce o no la opción sin que pueda hacer nada para impedirlo y sin que sea necesario que despliegue un determinado comportamiento que satisfaga el interés de “A” como si ocurriría en el caso de una obligación.

Sucede que a los tres días de celebrado el contrato y antes de que el mismo se inscriba en la partida registral del bien, “B” -dueño del auto- vende el mismo a “C”, quien desconocía el contrato. En este caso -a pesar de que después “A” haya decidido ejerce la opción- es claro que “C” mantendrá su adquisición pues tenía **buena fe** en tanto que no conocía la referida opción que “A” tenía a su favor y porque adquirió el bien a **título oneroso**. En este caso se diría que el derecho potestativo que tenía “A” de poder activar su opción de compra habría quedado “frustrado completamente” y ello se debería a que “B” transfirió el auto a “C” cuando ya le había concedido a “A” la opción de comprarlo durante el plazo de cinco meses.

Qué ocurriría si “A”, como consecuencia de la “frustración” de su derecho potestativo, padeció algunos daños en su esfera patrimonial. Por ejemplo, puede que haya decidido ejercer la opción de compra y para ello solicitó a un banco un mutuo dinerario para que con ese dinero pueda comprar el auto a “B” y, además de ello, constituyó a favor de dicha entidad financiera una garantía mobiliaria sobre un crédito del cual es titular. Ese préstamo perdería su utilidad pues “A” ya no podrá adquirir el auto -salvo que “C” decida vendérselo al mismo precio que iba pagar a “B” o que este lo readquiera de “C” y se lo transfiera-, pero seguirá obligado frente al banco a pagar el dinero sin que haya obtenido el beneficio de obtener dicho bien.

¿Podría solicitar a “B” el resarcimiento por los daños que haya podido padecer bajo el régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones a pesar de que, en estricto, este no habría incumplido ninguna obligación -como sabemos, el predisponente no se obliga a no transferir el bien ni a ninguna otra obligación- y a pesar de que lo que se habría lesionado no es un crédito sino un derecho potestativo?

Si tenemos en cuenta -como ha sido señalado anteriormente por un sector de la doctrina- que el régimen de responsabilidad obligacional es uno de carácter típico pues solo se aplica cuando se incumple absoluta o relativamente una obligación y, correlativamente a ello, cuando se lesiona un crédito, entonces no podría aplicarse dicho régimen pues en este caso el predisponente no habría incumplido ninguna obligación y lo que supuestamente habría lesionado no sería un crédito sino una situación jurídica distinta: el derecho potestativo. ¿Podría aplicarse entonces el régimen de responsabilidad extracontractual?

Como se habrá podido advertir, el estudio del derecho potestativo que emana del contrato de opción -y su oponibilidad- es un tema que también resulta muy interesante teniendo en cuenta las peculiaridades que tiene dicho contrato (su plazo, la posibilidad de que se inscriba, etc.). Por motivos de espacio no será posible analizar con mayor profundidad la oponibilidad de dicha situación jurídica subjetiva, por lo que dejamos sentada la inquietud en el lector sobre esta cuestión. Gran parte del estudio que venimos realizando en este trabajo puede servir de base para el análisis que se desee realizar.

A modo de adelanto, nosotros creemos que, al igual que en el caso del pacto de *non cedendo* y el de exclusividad que se estudiará más adelante, el derecho potestativo de opción podría ser opuesto también a los terceros que contrataron -a título oneroso o gratuito- con la parte que se encontraba en sujeción siempre que **hayan conocido o hayan podido conocer** dicho contrato. Es decir, en la medida que sepan que el predisponente ya le había concedido una opción al optante y, a pesar de ello, hayan contratado con él, entonces si el titular de la opción decide ejercer el mismo, podría solicitar la ineficacia del contrato celebrado por el predisponente y el tercero y adquirir el bien que se haya transferido a este último. En estos supuestos -de ser el caso- podría solicitar un resarcimiento a ambos por los daños que haya podido padecer.

La demanda de ineficacia también será fundada en caso el tercero haya contratado con el predisponente de buena fe, pero a **título gratuito**. Sin embargo, en este supuesto, -de ser el caso- el resarcimiento por los daños que haya podido padecer solo podría ser solicitado al predisponente.

Finalmente, si el tercero contrató de **buena fe** (desconocimiento de la opción) y a **título oneroso** (justamente esto es lo que ocurre en el caso que hemos graficado anteriormente entre “A”, “B” y “C”), entonces el optante (“A”) no podrá pretender la ineficacia del contrato y solo podrá requerir un resarcimiento al predisponente (“B”), pero no porque este haya “frustrado” o “lesionado” su derecho potestativo de ejercer la opción que le concedió, sino por la **lesión de su crédito**. Surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿Cuál es el crédito de “A” que ha sido lesionado si este solo era titular de un derecho potestativo? nos explicamos.

Como mencionamos anteriormente, finalmente “B” vendió el auto a “C” a pesar de que le había concedido a “A” una opción de compra. En realidad, esta venta a “C” no lesiona o frustra el derecho potestativo de “A”. Y es que, a pesar de que “C” haya comprado el auto, “A” puede ejercer aún su opción en el sentido de **comunicar a “B” su decisión de que acepta la oferta** que este le había concedido en el marco del contrato de opción que celebraron.

Con dicha comunicación el contrato definitivo de compraventa entre “A” y “B” queda **celebrado**, con lo cual “A” **logró ejercer su opción** y, por tanto, su derecho potestativo quedó realizado. Y es que, para que se ejerza una opción -lo cual implica que el optante finalmente ha decidido celebrar el contrato definitivo- basta con que el mismo comunique su decisión al predisponente. Con dicha comunicación -como hemos anotado antes- acepta la oferta y, por tanto, queda entablada la relación contractual definitiva entre ellos con el consecuente surgimiento de las situaciones jurídicas que emanan de esa nueva relación jurídica (créditos, débitos, etc.) y con la consiguiente **extinción** del contrato de opción -lo cual implica el cese del derecho potestativo y del estado de sujeción- pues el mismo **ya cumplió su finalidad**.

En ese sentido, se ha señalado que al contrato de opción “(...) se aplica el mismo régimen legal de sujeción y de **autosuficiencia declarativa** que el de la oferta, en el sentido de que los contenidos negociales ya han sido definidos, generándose la sujeción frente al titular del respectivo derecho potestativo, de manera que **de aceptarse (comunicándose), queda celebrado, perfeccionado constitutivamente el respectivo contrato**” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., Opción: Algunos comentarios sobre su actual regulación legislativa, 2016, pág. 10).

Como se observa, basta entonces la comunicación del optante para que el contrato definitivo quede celebrado, con lo cual, es claro que su derecho potestativo no puede quedar frustrado o lesionado por su contraparte, pues al estar ella en sujeción, no es posible que -jurídicamente- puede realizar algo para que impida que el optante ejerza su opción (comunicación de su aceptación). El predisponente está a la sola espera de la decisión final del beneficiario de la opción.

Teniendo ello en cuenta, a diferencia de lo que ocurre con una obligación, el titular de un estado de sujeción no puede “incumplir” esta situación jurídica subjetiva en atención a que, por su propia naturaleza, **no es susceptible de ser “incumplida”, pues ella no demanda de una cooperación conductual (prestación) que debe realizar su titular. Entonces, si no es posible “incumplir” un estado de sujeción, es claro que el derecho potestativo no puede ser lesionado por el predisponente.**

En ese sentido, resulta pertinente traer a colación las palabras del profesor Marco Ortega quien al respecto indica lo siguiente: “(...) el optante es titular nada menos que de un derecho potestativo, situación jurídica subjetiva de inocultable ventaja, **autosatisfactiva**, que le permite afectar la situación jurídica ajena, del concedente, **por el mérito de su simple declaración**, de manera que **el optante no necesita ni requiere de los remedios previstos legalmente en caso de inejecución de obligaciones**” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., Opción: Algunos comentarios sobre su actual regulación legislativa, 2016, pág. 8).

En esa misma línea, el profesor peruano indica que: “(...) **no hay posibilidad jurídica que la parte que queda en estado de sujeción incumpla** (no debe olvidarse que se halla bajo una situación jurídica subjetiva de desventaja pasiva), por lo que **resultan ajenos los remedios frente a dicha anomalía** (artículos 1219 y 1428 del Código Civil) **ya que el acuerdo definitivo queda celebrado por el mérito único y exclusivo de la decisión del beneficiario de la opción**, quien debe evidentemente comunicar su decisión, a mérito del artículo 1374 del Código Civil (...)” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., Opción: Algunos comentarios sobre su actual regulación legislativa, 2016, pág. 7).

Queda claro entonces que no es posible -como bien nos indica el profesor Ortega- que el concedente -quien se encuentra en sujeción- incumpla. Como lógica consecuencia de ello, el derecho potestativo del optante no puede ser lesionado por el predisponente.

Teniendo en cuenta las precisiones antes expuestas, retomemos el análisis del caso que hemos expuesto anteriormente. ¿Bajo qué régimen de responsabilidad civil “A” podría solicitar un resarcimiento a “B” por los daños que haya podido

Entonces, en todos los supuestos antes mencionados no corresponde solicitar las reparaciones correspondientes a título de responsabilidad extracontractual, pues la negativa injustificada de recibir el pago, los actos de colaboración para que el deudor ejecute su prestación y los deberes accesorios de protección **-figuras todas que, en estricto, son distintas a una obligación y a un crédito- son situaciones jurídicas subjetivas que: (i) tiene contenido económico, (ii) emergen o surgen directamente de una relación jurídica patrimonial¹⁹¹, (iii) tiene como titular a sujetos determinados y no recaen sobre todos y (iv) surgen con el nacimiento de la relación jurídica respectiva y fenecerán en algún momento.**

El “incumplimiento” o vulneración de los mismos, al no generarse en la vida de relación -no se transgrede el *alterum non laedere* que permite lograr una pacífica convivencia social- sino en el marco de una relación jurídica previamente constituida descarta por completo la posibilidad de que se aplique el régimen de responsabilidad extracontractual¹⁹².

padecer? Somos de la idea de que el régimen que resulta aplicable es el de “**inejecución de obligaciones**”. Y es que, como hemos anotado antes, el hecho de que “B” haya vendido el auto a “C” **no determina que “A” no pueda ejercer su opción**. Esa venta no frustra o lesiona su derecho potestativo.

En ese sentido, cuando “A” decide celebrar el contrato definitivo y comunica a “B” su decisión, la compraventa entre ellos ya **queda celebrada**. Ya existe una relación contractual entre ellos, con el consiguiente **surgimiento del crédito** a favor de “A como comprador -lo cual determina que **sea acreedor de la propiedad del auto-** y de la obligación a cargo de “B” como vendedor -lo cual implica que adquiera la condición de deudor de la propiedad del auto-. “A” pasa de ser titular de un derecho potestativo a ser titular de un crédito y “B” de ser titular de un estado de sujeción a ser titular de una obligación.

Un tema distinto al expuesto es que “B” ya había vendido el auto a “C”, cuya adquisición merece protección al haber contratado de buena fe y a título oneroso. Lo que ocurrirá en este escenario es que “B” **no podrá cumplir con la obligación que tiene frente “A”** de transferirle la propiedad del auto pues este ya se encuentra bajo el dominio de “C” (salvo que lo readquiera y lo transfiera a “A” o que logre convencer a “C” de que se lo venda a “A” bajo el mismo precio).

Como se observa -salvo los dos últimos supuestos- “B” no podrá cumplir con su obligación de transferir la propiedad del auto a “A”, con lo cual lo que se produce es una **lesión del crédito de “A”**. Es por ello que este podrá requerir el pago de un resarcimiento por los daños que haya podido padecer bajo el régimen de -como lo denomina nuestro Código Civil- “**inejecución de obligaciones**”.

En conclusión, si bien en un inicio parecía que el derecho potestativo del optante había quedado frustrado o lesionado por el predisponente; en realidad, la situación jurídica lesionada era otra: un crédito a causa del incumplimiento de una obligación. No estamos entonces ante un caso en el cual se incumpla una situación jurídica subjetiva distinta a la obligación y en el que se lesione una situación jurídica subjetiva distinta al crédito como sí ocurre en los casos de la carga, el interés legítimo y los deberes accesorios de protección ya explicados anteriormente.

¹⁹¹ Como hemos precisado anteriormente, esa relación jurídica patrimonial puede tener como origen una fuente legal o convencional.

¹⁹² En el caso de los actos de colaboración del acreedor y de no negarse injustificadamente a recibir el pago, estos constituyen una situación jurídica subjetiva de desventaja activa que él tiene y, como situación jurídica subjetiva opuesta a esa carga, se encuentra el interés legítimo que tiene el deudor a que se libere de su obligación. Este interés -que es una situación jurídica subjetiva de ventaja inactiva- es el que se verá realizado con la ejecución o el “cumplimiento” de la carga.

Es necesario hacer énfasis en lo último: en el marco de la responsabilidad aquiliana, el daño se produce **sin que previamente a la ocurrencia del mismo exista entre las partes una relación jurídica que los vincule** (salvo el caso de la relación jurídica genérica que vincula a todos y que está conformado -en el lado pasivo- por el deber general de no dañar a nadie y, correlativamente a ello, -en el lado activo- por el derecho subjetivo a no que se lesione nuestra esfera jurídica).

Esa es una de las peculiaridades que caracteriza a ese régimen. Entonces, si el daño se produjo en el marco de una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial, se aplicará el otro régimen. Nótese que, si no hubiera existido esta vinculación jurídica, **no** hubiera surgido en cabeza de las partes determinadas situaciones jurídicas subjetivas (créditos, débitos, cargas, deberes en sentido estricto, etc.) y, por tanto, al no ser titulares de dichas situaciones jurídicas subjetivas entonces no es posible que puedan ocasionar un daño **a partir de su incumplimiento o inobservancia**.

Es debido a la existencia de la relación jurídica (patrimonial o extrapatrimonial) que surgieron esas situaciones jurídicas subjetivas. Y si los sujetos convencionalmente dieron vida a dicha relación o voluntariamente se colocaron en el supuesto de hecho de una ley que da lugar al nacimiento del mismo, entonces se hacen **responsables**, cada uno, de esas situaciones jurídicas subjetivas que deben cumplir, observar, respetar o realizar; de lo contrario, deberán resarcir los daños que hayan podido ocasionar a su contraparte, pero no bajo el régimen de responsabilidad extracontractual, pues el daño en estos casos se origina a causa de una **mera situación de hecho -contacto social-** y no del incumplimiento o de la falta de observancia de situaciones jurídicas subjetivas que dimanen de una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial que ya existe entre el causante y la víctima desde antes.

Entonces, corresponde aplicar a los casos antes descritos -por las razones que ya expusimos anteriormente- el régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones, a pesar

Por el lado de los deberes accesorios de protección, este vendría a ser una situación jurídica subjetiva de desventaja activa que tiene el deudor y, como situación jurídica subjetiva opuesta a dicho deber, se encontraría el derecho subjetivo del acreedor a que con ocasión de la ejecución de la prestación no se lesione su patrimonio o su integridad. Este derecho subjetivo es el que sería satisfecho con la realización de dichos deberes.

Como se recordará, en el apartado 2.1 del presente trabajo -al cual nos remitimos- ya hemos analizado con detalle el significado de una situación jurídica subjetiva y qué implica el hecho de que ella sea de ventaja o desventaja, activa o inactiva.

de que su denominación invite a descartar su aplicación. En realidad, esto último no constituye un verdadero obstáculo, pues, como bien sabemos, **en el derecho las instituciones son lo que son por su contenido y no por su denominación**. No debemos guiarnos de los rotulados o de los títulos con los que han sido bautizadas las instituciones, sino más bien, por los preceptos que existen al interior de ellas.

Nótese entonces cómo es que en los supuestos descritos anteriormente sería posible solicitar un resarcimiento a título de responsabilidad por “inejecución de obligaciones” a pesar de que en esos casos no se ha incumplido de forma absoluta o relativa una obligación. Y es que dicho régimen va más allá del incumplimiento de obligaciones y de la consiguiente lesión de un crédito, pues ellas no son las únicas situaciones jurídicas subjetivas que pueden emanar de una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial previamente constituida entre las partes. Conforme hemos señalado anteriormente, existen otras situaciones jurídicas que nacen de ese vínculo y que, igualmente, merecen el mismo grado de tutela resarcitoria que ellas.

Siendo ello así, debemos concluir que la antijuridicidad tanto en el régimen de responsabilidad por “inejecución de obligaciones” (creemos que sería más conveniente cambiar esta denominación por la siguiente: “responsabilidad por la lesión de una situación jurídica subjetiva proveniente de una relación previamente constituida”) como en el régimen extracontractual (del mismo modo, sería más conveniente denominar a este régimen de la siguiente forma: “responsabilidad por la lesión de un interés de la vida de relación”) **no es, afortunadamente, típica sino atípica.**

No se debe leer únicamente el artículo 1321 del Código Civil sino también otros artículos que se ocupan de regular situaciones jurídicas distintas a un crédito y a una obligación, como es el caso de los artículos 1338 y 1339 (las cuales se ocupan de regular las cargas que tiene el acreedor y el interés legítimo del deudor) así como los artículos 288, 289, 423 y otros más (los mismos que regulan los deberes en sentido estricto que surgen de las relaciones conyugales y paterno-filiales).

No se puede limitar entonces la responsabilidad por “inejecución de obligaciones” a los supuestos establecidos en el artículo 1321 sino que dicha responsabilidad surgirá en la medida que no se haya cumplido, observado, respetado o realizado **cualquiera de las situaciones**

jurídicas subjetivas que se originen en el seno de una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial.

Ahora bien, podría señalarse que las situaciones jurídicas subjetivas que emanan de una relación patrimonial o extrapatrimonial no son variadas, sino que son contadas (crédito, obligación, cargas, etc.), por lo que en realidad sí estaríamos ante un régimen típico en tanto que solo habría responsabilidad civil en la medida que se “incumplan” o vulneren, **únicamente**, esas pocas situaciones jurídicas subjetivas que existen.

Si bien es posible enumerar las -no muchas- situaciones jurídicas subjetivas que pueden originarse en el marco de una relación patrimonial o extrapatrimonial, preferimos no aventurarnos o arriesgarnos a concluir que ellas son las únicas que existirán siempre y que no surgirán otras nuevas. Prueba de ello es la existencia -aunque con cierto grado de discusión- de los deberes accesorios de protección, el cual se ubica al lado de las otras dos situaciones jurídicas subjetivas de desventaja activa: la obligación, el deber jurídico en sentido estricto, el deber general de protección y la carga.

Limitar la posibilidad de que se otorgue un resarcimiento cuando únicamente se “incumpla” o se vulnere cualquiera de esas pocas situaciones jurídicas subjetivas podría generar que se deje en total desprotección a un sujeto cuyo caso no “encaja” en los supuestos de esas situaciones jurídicas que ahora existen y tampoco en el régimen de responsabilidad “extracontractual”. Y es que intentar tipificar -tanto para el régimen de “inejecución de obligaciones” como para el “extracontractual”- las conductas o los bienes cuya vulneración serían los **únicos** supuestos en los que puede reclamarse una reparación, resulta a veces peligroso y arriesgado.

En ese sentido, el profesor Piero Schlesinger señala lo siguiente:

“Atribuir al requisito de la injusticia el simple valor de un criterio formal de reenvío a las diversas figuras de ilícito previstas en la totalidad del ordenamiento significa, por lo demás, presuponer la plenitud del sistema legislativo, en el sentido de que todo interés merecedor de tutela sería objeto de protección específica; **plenitud que representa un ideal inalcanzable**, desde el momento en que **el rápido cambio de las condiciones de vida propone de continuo nuevas necesidades y nuevos intereses** a la atención del legislador, **sin que este se encuentre en**

posibilidad de prestar, con prontitud equivalente, adecuados medios de defensa” (énfasis agregado) (Schlesinger, 1998, pág. 314).

En esa misma línea, el profesor Pietro Trimarchi indica que:

“Ciertamente es cuando **nuevas exigencias sociales y económicas requieren atacar nuevas formas de comportamiento antisocial**, la adecuación del sistema de la responsabilidad civil debería resultar más fácil e inmediata en los ordenamientos jurídicos que prevén una prohibición general de causar daño injustamente, y el juez, en efecto, **podrá expandir la calificación de ilicitud incluso a las nuevas hipótesis, sin verse trabado por la necesidad de asimilarla formalmente, o por analogía, a hipótesis típicas preexistentes**” (énfasis agregado) (como se citó en: León Hilario, 2011, pág. 32).

Teniendo ello en cuenta, una conducta sería antijurídica **“no solo cuando contraviene una norma prohibitiva**, sino también cuando la conducta viola el **sistema jurídico en su totalidad**, en el sentido de afectar los **valores o principios** sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, pág. 36).

Ello implica que la antijuridicidad no se limita o reduce solo a los supuestos en los cuales se contravenga una norma jurídica particular en la cual se tipifique una conducta lesiva, sino que cualquier conducta que vulnere un valor o principio **-que puede o no estar tipificado** y que puede hallarse en la vida de relación o en el marco de una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial- también será antijurídico, con lo cual, una vez más, queda evidenciada la atipicidad de este presupuesto de la responsabilidad¹⁹³.

Habiendo determinado en qué consiste la antijuridicidad, cuál es el sustento normativo del mismo y despejada ya la duda de que en materia “contractual” dicho elemento de la responsabilidad no es uno típico sino atípico, analicemos ahora su aplicación a la hipótesis de estudio que nos ocupa: la celebración del contrato de cesión crediticia por el cedente y el

¹⁹³ Cabe precisar que lo que en realidad se vulnera no son las normas, principios o valores, sino los intereses subjetivos -patrimoniales o extrapatrimoniales- que subyacen en dichas normas, principios o valores. La contravención de estas últimas supone la lesión de esos intereses subjetivos los cuales constituyen su objeto de protección.

cesionario que **conocía o podía conocer** el pacto de *non cedendo*. Como sabemos, en virtud de este pacto el acreedor se obliga a no ceder su crédito -con lo cual adquiere la condición de deudor en ese aspecto- y como correlato a ello, el deudor cedido se convierte en el acreedor de dicho pacto al tener un crédito frente a su acreedor. La celebración de dicho contrato de cesión es el hecho que lesiona el crédito del deudor cedido.

A continuación, estudiaremos desde la óptica del deudor y del tercero cuáles serían las supuestas causas de justificación o inmunidades que podrían alegar cada uno de ellos y si las mismas tienen o no sustento. Ello nos permitirá saber si ambos incurrieron o no en una conducta antijurídica. Veamos:

3.1.3.1.1 Análisis desde la óptica del deudor

Antes de analizar las posibles inmunidades que podría invocar el deudor es pertinente preguntarse lo siguiente: ¿cuál es la conducta antijurídica que se le puede imputar a él? como bien sabemos, cuando en el marco de una relación contractual el deudor incumple su obligación -de forma absoluta o relativa- está lesionando el crédito de su acreedor (salvo que él mismo opte por tolerar ese incumplimiento).

En ese sentido, si como consecuencia del incumplimiento se generaron algunos daños en la esfera jurídica del acreedor, el deudor deberá resarcir los perjuicios que él haya padecido. Teniendo ello en cuenta, desde la óptica de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el deudor habrá incurrido en una conducta antijurídica que consiste en la contravención del imperativo que tienen todo deudor de evitar generar un daño a su acreedor a causa del incumplimiento de sus obligaciones.

En eso consiste la conducta antijurídica del deudor, en haber vulnerado ese imperativo que apunta a que se **satisfaga** el interés del acreedor y que no se le genere un daño a causa de un incumplimiento. Solo si existe una causa de justificación que legitime esa conducta podrá decirse que no actuó de forma antijurídica. Habiendo precisado ello, veamos ahora sí cuál es la posible inmunidad que el cedente podría invocar a efectos de que pueda eximirse de responsabilidad en el caso del contrato de cesión de crédito que venimos estudiando.

La causa de justificación que podría “razonablemente” invocar sería que contrató con el cesionario en el ejercicio regular del derecho a la libertad de contrato del que goza cualquier sujeto. Como sabemos, en virtud de la libertad de contrato o de contratación, los sujetos son libres de: (i) decidir si contratan o no y (ii) decidir con quién contratan. En ese sentido, el deudor -cedente- podría invocar dicho derecho y señalar que es libre de decidir si transfiere o no su crédito - es decir, es libre de decidir si contrata o no-; asimismo, que es libre de decidir a quién se lo transfiere y que tiene libertad para decidir qué momento cederá dicho crédito.

Al respecto debemos señalar lo siguiente: no negamos que la libertad de contrato sea un derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho. Todos tenemos la potestad de decidir si contratamos o no y de elegir con quién contratar. Sin embargo, dicha libertad -como cualquiera- **no es absoluta**. No puede ejercerse la libertad de contratación de forma irrestricta como si no tuviera ningún tipo de limitación. Como bien sabemos, **el principal límite o restricción que tiene cualquier sujeto respecto a sus derechos es no ocasionar a través de su ejercicio un perjuicio a los derechos de las demás personas**.

En el caso que nos ocupa, es claro que cuando el cedente transfiere su crédito al cesionario está lesionando el crédito que tiene el cedido (salvo que opte por ratificar la cesión porque, por ejemplo, le genera algún beneficio). Él se había obligado a no ceder dicho derecho y cuando lo hace a través del contrato de cesión está incurriendo en un claro incumplimiento que menoscaba el derecho subjetivo de crédito del deudor cedido. Nótese que **por el pacto de *non cedendo*, como ya se explicó anteriormente, el acreedor -cedente- restringe o limita su legitimidad para contratar, y con ello, qué duda cabe, está limitando también su libertad de contrato**.

Entonces si él, **voluntariamente en virtud de la autonomía privada**, ha optado por restringir la legitimidad que tiene para disponer su crédito, no puede ahora alegar que tiene libertad absoluta para hacerlo, pues ello supondría lesionar el derecho del cedido. En otras palabras, **el ejercicio de la libertad de contrato del cedente implica o supone directamente la lesión del crédito del cedido y ello, como es claro, no puede admitirse**.

Se puede advertir entonces que la libertad de contrato no es irrestricta en el caso que venimos estudiando. A modo de ejemplo, veamos otros supuestos en los cuales se puede evidenciar que dicha libertad también queda relativizada o cede ante otros derechos que se verían vulnerados si se ejerciera el mismo de forma ilimitada o desenfrenada.

El caso de la acción pauliana resulta muy ilustrativo. Uno de los supuestos de esta figura ocurre cuando el deudor y el tercero contratan con el propósito de perjudicar el crédito acreedor¹⁹⁴. Este perjuicio se materializa cuando el deudor transfiere sus bienes al tercero a fin de que el acreedor se vea impedido de cobrar lo debido con la ejecución de los mismos. En este caso, el deudor no podría defender la eficacia de los contratos a través de los cuales dispuso de sus bienes alegando que contrató con el tercero en ejercicio de su libertad de contrato. No podría ampararse en el hecho de que él tiene libertad plena para decidir si dispone de sus bienes o no.

En casos como estos, la libertad de contrato que tiene el deudor se ve **relativizada** en aras de proteger el crédito del acreedor. Y es que cuando el deudor transfiere sus bienes el crédito va tornándose en incobrable, con lo cual existe un potencial riesgo de que se ocasione algunos daños al acreedor. Lo que el sistema busca entonces es que los bienes que el deudor dispuso puedan ser ejecutados por él para que no se lesione su crédito. Para ello sanciona con ineficacia a los contratos a través de los cuales se realizó la transferencia de los mismos.

Entonces si en el supuesto de la acción pauliana que hemos descrito, ante una **inminencia** de lesión del crédito del acreedor se protege al mismo con la declaratoria de ineficacia de esos contratos y no se acoge la supuesta libertad de contrato que tiene el deudor para que en base a ella se defienda la eficacia de los mismos¹⁹⁵, con mayor razón en el caso que venimos estudiando se debería también rechazar la supuesta invocación del cedente de la “libertad de contrato” que tiene, pues en este caso no solo estamos ante una inminencia o peligro de lesión sino ante una **efectiva** lesión del crédito del cedido, lesión que se produce a causa del incumplimiento en el que incurrió el cedente al transferir su crédito a través del contrato de cesión.

Otro supuesto en el cual puede evidenciarse que la libertad de contrato no es absoluta o ilimitada son los casos de responsabilidad civil precontractual, también denominada como responsabilidad civil *in contrahendo*. Como bien sabemos, en el marco de las negociaciones de

¹⁹⁴ Decimos que ese supuesto es solo una de las hipótesis de la acción pauliana pues el artículo 195 del Código Civil también contempla otros supuestos distintos en los cuales igualmente procede la declaratoria de ineficacia, como sería el caso en el cual el deudor dispone de sus bienes al tercero a título gratuito. En este caso no se exige que ambos hayan actuado con el propósito de lesionar el crédito del acreedor.

¹⁹⁵ Nótese que la declaratoria de ineficacia de los contratos puede realizarse, según lo establece el artículo 195 de Código Civil, incluso cuando “*el crédito esté sujeto a condición o plazo*”, con lo cual se busca **evitar** la lesión del mismo y no esperar a que se presente un perjuicio efectivo para recién solicitar la ineficacia.

un contrato es posible que uno de los sujetos decida apartarse de esas tratativas por determinadas razones.

Ahora bien, si como consecuencia de ello el otro sujeto padece algún daño, entonces deberá resarcirlo en la medida que: **(i)** las negociaciones hayan estado en un grado considerablemente avanzado a tal punto de que ello haya generado en la otra parte una confianza razonable de que el contrato finalmente se celebraría y **(ii)** que el apartamiento se haya realizado de forma injustificada o irrazonable.

De verificarse esos requisitos el perjudicado tiene derecho a un resarcimiento por los daños que haya padecido¹⁹⁶. Entonces, si tenemos en cuenta ello se puede advertir que en este caso también la libertad de contrato se ve restringida o relativizada, pues si ello no fuera así, entonces el sujeto que se apartó injustificadamente de las tratativas no debería pagar ningún resarcimiento al otro sujeto en tanto que él tendría la libertad -contractual- de decidir si finalmente contrata o no. En esa línea, argumentaría que el hecho de que haya decidido dejar las negociaciones -aún de forma injustificada- sería un acto totalmente válido, pues la libertad de contrato así se lo permite.

Esto no es así, pues como ya hemos visto, si bien el contrato no se celebró, sí deberá resarcir al otro sujeto debido a que la confianza o la expectativa razonable que este tenía en que se celebraría el contrato -expectativa que fue creada por él- quedó finalmente truncada. Esto es una muestra de que esa libertad de contratación queda **relativizada** en el sentido de que no es un derecho que prime o esté por encima del sujeto que ha sido dañado y porque no es una libertad sobre la base de la cual pueda eximirse de responsabilidad quien se apartó de las tratativas de esa forma. Si dicha libertad fuera irrestricta, entonces en base a ella podría decidir no contratar -lo cual implica que ponga fin a las tratativas de forma injustificada- sin tener que reparar los daños causados y ello, como es claro, no sería correcto.

En atención a lo expuesto, la libertad de contrato invocada por el cedente no constituye entonces una causa de justificación válida que lo exima de responsabilidad pues no está haciendo

¹⁹⁶ Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule la culpa *in contrahendo*, un gran sector de la doctrina nacional no ha dudado en señalar que el fundamento normativo de este tipo de responsabilidad puede encontrarse en los artículos 1362 o 1969 del Código Civil. Por nuestra parte, somos de la idea de que en estos casos no resulta aplicable el artículo 1969 -sobre la base de este artículo el causante sería responsable a título de responsabilidad extracontractual-, sino el artículo 1362 -sobre la base de este artículo el causante debería resarcir los daños ocasionados bajo el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones-.

un ejercicio regular del mismo, sino que a través de su empleo -lo cual se materializa en la celebración del contrato de cesión- está lesionando el crédito del cedido.

Nótese que esta sería la única causa de justificación que podría invocar “razonablemente” el deudor. En efecto, no sería posible que alegue un supuesto de legítima defensa o de un estado de necesidad ya que el presupuesto principal para que operen estas dos inmunidades es que exista una agresión ilegítima o un peligro inminente que ponga en riesgo la integridad o el patrimonio -propio o ajeno- del sujeto a quien se dirige ese hecho y, en el caso que venimos estudiando, no existe una situación de hecho de ese tipo (agresión o peligro) ante el cual reaccione el cedente. En este caso el hecho que genera el perjuicio no es pues una conducta que busque repeler una agresión o un peligro sino un acto jurídico patrimonial: el contrato de cesión crediticia.

Habiendo concluido entonces que la conducta del cedente -consistente en el incumplimiento del pacto de *non cedendo*- no tiene ninguna causa de justificación, en virtud a lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil, será responsable por los daños que haya podido padecer su acreedor, esto es, el cedido. Veamos ahora si existe alguna inmunidad que el tercero pueda invocar a fin de que se exima de responsabilidad.

3.1.3.1.2 Análisis desde la óptica del tercero

Antes de analizar las posibles inmunidades que podría invocar el tercero debemos preguntarnos ¿cuál es la conducta antijurídica que se le puede imputar a él? como es claro, el tercero -cesionario- no es parte del *pacto de non cedendo*. Siendo entonces un tercero que responderá a título de responsabilidad extracontractual, la conducta antijurídica en la que incurrió -como en cualquier caso de responsabilidad aquiliana- es haber contravenido el deber general de no causar un daño a nadie, deber que también es conocido en doctrina como el *alterum non laedere* o *neminem laedere*.

En ese sentido, se ha señalado que: “como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro (...)” (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, pág. 70).

En el apartado 2.1.2 hemos desarrollado de forma extensa en qué consiste este deber general de conducta. Simplemente cabe recordar que dicho deber alcanza a **todas** las personas y, en base a ella, todos nos encontramos prohibidos de afectar esferas jurídicas ajenas. Es un deber de abstención que grava a la generalidad de sujetos en virtud de la cual nadie puede obstaculizar o interferir en la satisfacción de las titularidades ajenas de los demás. Esto implica que nadie puede lesionar o menoscabar titularidades tales como el derecho a la vida, el derecho a integridad, el honor, los datos personales, el derecho de propiedad y, qué duda cabe, también el derecho de crédito.

Habiendo aclarado ello, veamos ahora si el tercero vulneró o no dicho deber general de conducta. Esto implica analizar si los daños que haya padecido el cedido a causa de la celebración y/o ejecución del contrato de cesión, ahora desde la perspectiva del tercero -pues ya hemos analizado y determinado que el deudor sí incurrió en una conducta antijurídica- se encuentra justificada o no. Para ello es necesario analizar cuáles serían las inmunidades que “razonablemente” podría invocar dicho tercero a efectos de que se exima de responsabilidad. Veamos:

Al igual que en el caso del cedente lo primero que podría alegar el cesionario es que celebró el contrato de cesión en el marco del ejercicio regular de su derecho a la libertad de contrato. En ese sentido, alegaría que él tiene plena libertad para decidir si contrata o no con el cedente. Esto, sin embargo, como ya hemos demostrado anteriormente, no es correcto. El análisis que hemos realizado sobre ese argumento desde la óptica del deudor resulta igualmente aplicable para el caso del tercero, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en ese entonces en el sentido de que dicha libertad no es absoluta.

Respecto a la libertad que tienen los terceros para contratar y el respeto que deben tener hacia los derechos de los demás al momento de ejercer dicha libertad se ha dicho correctamente lo siguiente:

“(…) debemos tener presente la existencia de dos principios aparentemente opuestos, la libertad de contratación y el respeto a los derechos ajenos, incidentes de forma especial en el problema planteado. Este último implica una diligencia determinada en la actividad comercial de las personas, ya que no se puede alegar desconocer- culpablemente- la existencia de derechos de

otros para justificar la lesión de modo impune. El primero sin embargo es básico en la rapidez, flexibilidad y complejidad del tráfico jurídico actual.

Ambos principios se complementan marcándose sus **límites** respectivos, ya que **la libertad de contratar no puede implicar el desprecio de los derechos de crédito ajenos por una pretendida concepción absoluta de aquella. El límite lo marcan precisamente el respeto que merecen los derechos personales.** Por eso, el tercero será responsable cuando conociera o pudiera razonablemente conocer la existencia del derecho de crédito que resultará lesionado con el contrato que él otorgue” (énfasis agregado) (Fernández Arévalo, 1996, págs. 339-340).

Como se observa, la libertad de contrato no puede primar sobre los derechos de los demás por una supuesta concepción sobrenatural de la misma. Esa libertad -como cualquier otra- tiene límites y, en nuestro caso, **el pleno ejercicio de la libertad de contrato del cesionario -al igual que el del cedente- implica o supone directamente la lesión del crédito del cedido y ello, como es claro, no puede aceptarse.**

No se puede hacer un uso desmedido de un derecho al punto de lesionar la esfera jurídica de los demás. En el caso que nos ocupa, es claro que el tercero no está ejerciendo de forma regular su derecho a la libertad de contrato por una simple y sencilla razón: **él conocía o pudo conocer** el pacto de *non cedendo* cuando celebró el contrato de cesión con el cedente.

Esto implica que sabía o pudo saber que este último se había obligado frente a su deudor a no ceder su crédito y, aun así, decidió contratar con él. Teniendo ello en cuenta, es claro entonces que no puede alegar que está ejerciendo “regularmente” su derecho a la libertad de contrato, pues sabía -o podía saber- que haciendo “uso” de dicho derecho -lo cual supone que contrate con el cedente- estaba contribuyendo a que el mismo -literalmente- incumpla su obligación y, como consecuencia de ello, a que el crédito del cedido quede lesionado.

Distinto sería si el cesionario hubiera desconocido el pacto de *non cedendo*, pues en ese caso el ejercicio de su derecho a la libertad de contratación no estaría empañado por nada. Estaría haciendo un “uso” consciente y adecuado de esa libertad dado que no sabía la situación real de las cosas, esto es, que la legitimidad del cedente para disponer su crédito se encontraba restringida. Al haber actuado de buena fe -en la creencia de que no existía un pacto de *non cedendo*- el ejercicio de su libertad no se torna en irregular.

Nótese que en el supuesto en el cual el cesionario haya contratado con el cedente habiendo conocido el pacto de *non cedendo*, no está ejerciendo de forma regular su derecho a la libertad de contrato, sino que -por el contrario- está incurriendo en un ejercicio abusivo del mismo. Estamos entonces frente a una hipótesis de abuso de derecho. Al respecto, en el pie de página N° 132 hemos señalado cuáles son los requisitos o presupuestos necesarios para que se configure esa hipótesis de abuso.

Sobre ello debemos hacer una precisión. Uno de los requisitos para que opere o se verifique el abuso de derecho era que el sujeto que se excede en el ejercicio de uno de sus derechos subjetivos lo haya hecho con la intención de perjudicar a los demás. Si bien esto es correcto, creemos que también es posible hablar de un supuesto de abuso de derecho no solamente cuando se tiene la intención de perjudicar a alguien, sino también cuando el sujeto que se excede o se sobrepasa de forma deliberada en el ejercicio de su derecho subjetivo, si bien no tiene el objetivo o el propósito directo de dañar a un sujeto, es plenamente consciente de que con su ejercicio o actuación desmedida puede ocasionar un perjuicio y, a pesar de ello, decide seguir haciendo “uso” de su derecho subjetivo sin medir las consecuencias de ello.

Siendo ello así, tanto en la hipótesis en la que el cedente y el cesionario hayan contrato con la finalidad o el objetivo de perjudicar al cedido -supuesto en el cual el contrato es nulo por ilicitud de su causa conforme a lo ya analizado en el apartado 3.1.2.1.4- como en la que no teniendo dicha intención o propósito en lo absoluto -con lo cual el contrato no es nulo sino solo ineficaz según lo ya estudiado en el apartado 3.1.2.2.1- pero siendo conscientes de que con la celebración y/o ejecución del contrato pueden lesionar el crédito del cedido y pueden ocasionarle un perjuicio, en ambos casos, entonces, se está configurando un supuesto de abuso de derecho.

Esta situación de abuso, como sabemos, no se encuentra amparada por el Derecho, según lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil,¹⁹⁷ por lo que en esos dos supuestos el cedido podrá solicitar un resarcimiento a ambos por los daños que- de ser el caso- haya podido padecer.

¹⁹⁷ Artículo II.- “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

¿Qué es lo que pudieron hacer el cedente y el cesionario entonces para evitar incurrir en un supuesto de abuso de derecho y no lesionar el crédito del cedido al punto de ocasionarle un perjuicio? entre otras cosas, esperar a que venza el plazo del pacto de *non cedendo* o que uno de ellos haga sus mayores esfuerzos para que logre convencer al cedido a que deje sin efecto dicho pacto con el cedente.

Ahora bien, un aspecto a tener en cuenta sobre las causas de justificación es que las mismas deben ser invocadas y debidamente probadas por el supuesto causante del daño, es decir, por el demandado en el proceso. Es él quien tiene la carga de probar que actuó en el ejercicio regular de un derecho, que actuó en legítima defensa o bajo un estado de necesidad. En el caso del contrato de cesión crediticia ocurre una situación particular. Como hemos mencionado anteriormente, el éxito de la defensa del cesionario en el sentido de que actuó en el ejercicio regular de su derecho a la libertad de contratación depende de si él conoció o no el pacto de *non cedendo* al momento de contratar.

Teniendo ello en cuenta, podría pensarse que es él quien debería probar que desconocía ese pacto para que, de esa forma, se concluya que actuó en el ejercicio regular de ese derecho. En este punto existe un problema, pues no se le podría exigir que pruebe que no conocía ese acuerdo, dado que se trata de un hecho negativo. En ese sentido, sería el demandante -en este caso el cedido- quien deberá probar que él sí conocía o podía conocer el pacto. Es él quien está en mejor posibilidad de demostrar ello, por lo que, en virtud de la carga dinámica de la prueba, sería el demandante quien deberá acreditar que el cesionario conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo*.

Otra de las supuestas “causas de justificación” que podría invocar el cesionario a fin de que pueda eximirse de responsabilidad sería el hecho de que solo los derechos reales son susceptibles de ser opuestos *erga omnes* en tanto que los mismos son derechos absolutos, a diferencia de los derechos personales -como sería el caso del crédito que tiene el cedido- que solo son oponibles *inter partes* en tanto que no tienen el carácter absoluto que tendrían aquellos.

Asimismo, podría alegar que, en base al principio de la relatividad contractual, el pacto de *non cedendo* no podría alcanzarlo a él, pues los contratos solo surten efectos entre las partes y, al ser un tercero respecto a dicho acuerdo, entonces la obligación de no contratar que pesa sobre el

cedente no puede extenderse o vincularlo a él por lo que podría contratar sin problema alguno con dicho sujeto y no sería responsable de nada.

Estos argumentos, que parecerían *a priori* contundentes y correctos, en realidad no tienen sustento alguno. Respecto al supuesto carácter “absoluto” de los derechos reales y al carácter “relativo” de los derechos personales, en el apartado 2.2.2.1 del presente trabajo hemos analizado a detalle ese tema, por lo que nos remitimos a esa sección. A modo de síntesis, basta con señalar lo siguiente:

En primer lugar, no existen los derechos absolutos, ninguna situación jurídica subjetiva tiene ese “atributo”. En segundo lugar, no debe perderse de vista que tanto los derechos reales como los derechos personales son oponibles *erga omnes* sin importar si llevan las etiquetas o el rotulado de “real” o “personal”. Y es que: **“la tutelabilidad erga omnes es una característica no exclusiva de algunas, sino propia de todas las situaciones de ventaja y, por lo mismo, también de todos los derechos subjetivos sin excepción”** (énfasis agregado) (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 382).

En ese sentido, el profesor Massimo Franzoni, citando a la profesora Visintini, ha señalado que: **“la distinción entre derechos reales oponibles erga omnes, y derechos de crédito, oponibles solo al deudor, es una distinción que hace tiempo ha entrado en crisis y que, sobre todo, ha devenido como irrelevante para los fines de la determinación del área del daño resarcible a través de la cláusula general de la injusticia”** (Franzoni, 1997, pág. 223).

Respecto al argumento relacionado a la relatividad contractual, en el apartado 2.2.2.2 del presente trabajo hemos estudiado también a detalle este tema, por lo que nos remitimos a lo desarrollado en esa sección. A modo de síntesis, basta con señalar lo siguiente:

En primer lugar, el principio de relatividad contractual no es un principio absoluto. De hecho, dicho principio tiene algunas excepciones puntuales que así lo confirman. En ese sentido, en base a ella no puede soslayarse el respeto que se debe tener por los derechos ajenos, como sería el caso de un crédito.

En segundo lugar, la relatividad contractual no tiene nada que ver con la oponibilidad de las situaciones jurídicas de ventaja. Oponibilidad y relatividad son dos categorías distintas. La

oponibilidad es la figura que explica y en base a la cual se sustenta la posibilidad que tiene el acreedor de dirigirse contra el tercero.

Finalmente, no debe perderse de vista que el hecho de que el cesionario deba cuidar de no lesionar el crédito del cedido responde a la observancia del deber general de no causar un daño a los demás y no al hecho de que pese sobre él una obligación de no contratar, pues el *neminem laedere* es una figura distinta a la obligación negativa. Es por ello que la relatividad contractual “no tiene vela en este entierro”.

Teniendo todo ello en cuenta, ni la libertad de contratar, ni la relatividad contractual, ni el supuesto carácter absoluto de los derechos reales y el carácter relativo de los derechos personales constituyen verdaderas inmunidades o argumentos válidos en base a los cuales el cesionario pueda eximirse de responsabilidad, por lo que, en virtud a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil¹⁹⁸, en caso el cedido haya padecido algunos daños, será responsable conjuntamente con el cedente.

Habiendo determinado que no existe ninguna causa de justificación que el cedente y el cesionario puedan invocar a fin de que ambos se liberen de responsabilidad, queda claro entonces que ambos incurrieron en una conducta antijurídica, ilícita o injusta. Analicemos ahora en la hipótesis que nos ocupa -tanto desde la óptica del deudor como del tercero (cesionario)- el segundo elemento de la responsabilidad civil: el nexo de causalidad.

3.1.3.2 Nexos de causalidad

Este presupuesto de la responsabilidad implica que exista una relación o correspondencia entre el autor de la conducta antijurídica y el daño causado. Entre dicha conducta y el perjuicio debe haber una relación de causa-efecto o de antecedente-consecuencia. Ahora bien, así como en el caso de la antijuridicidad esta puede ser cuestionada a través de la invocación de alguna causa de justificación, el nexo de causalidad puede ser igualmente rebatido invocando alguna fractura causal o un resquebrajamiento del mismo.

¹⁹⁸ Artículo 1969.- “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

La fractura causal tiene como efecto liberar de responsabilidad al supuesto autor del daño pues en realidad el perjuicio tuvo como causa no una conducta suya sino un hecho totalmente ajeno al mismo el cual -en sí mismo- es el que produjo todo el daño. Los supuestos de fractura causal son los siguientes: **(i)** la verificación de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, **(ii)** el hecho determinante de un tercero y **(iii)** el hecho determinante de la propia víctima. En todos estos casos el daño proviene de uno de los supuestos antes mencionados, por lo que el supuesto causante queda eximido de responsabilidad.

El resquebrajamiento causal implica que el autor de la conducta antijurídica no es el único causante del daño, sino que existe otro sujeto cuya conducta también dio lugar al perjuicio. Se trata de un caso de pluralidad de causas en la cual varios sujetos son los causantes del daño. Ellos son coautores del hecho ilícito. Los supuestos de resquebrajamiento del nexo causal son los siguientes: **(i)** hecho concurrente de tercero y **(ii)** hecho concurrente de la propia víctima.

En el caso del hecho concurrente de tercero, el pago del resarcimiento deberá ser realizado por todos los causantes o coautores del hecho ilícito. En cambio, cuando se produce un supuesto de hecho concurrente de la propia víctima el pago del resarcimiento se deberá reducir en proporción al grado de participación que tuvo la propia víctima en la generación de su daño. Esto debido a que no podría exigírsele a él a que se pague a sí mismo. No se puede ser acreedor y deudor a la vez. Nótese que tanto los supuestos de fractura causal como el de resquebrajamiento del mismo resultan plenamente aplicables a los casos de responsabilidad contractual y extracontractual.

En el caso del contrato de cesión crediticia celebrado por el cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo* existe una peculiaridad, pues el daño que se haya podido ocasionar al cedido no tiene a un solo sujeto como causante sino a dos: el cedente y el cesionario. Esto determina que nos encontremos ante un supuesto de concurrencia o de pluralidad de causas, es decir, que son varios sujetos los que han ocasionado el perjuicio. Teniendo ello en cuenta, analicemos de qué forma y cuál sería el sustento normativo en base al cual responderían el cedente -deudor- y el tercero cesionario.

3.1.3.2.1 Análisis desde la óptica del deudor

Como bien sabemos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, el deudor que incumple su obligación debe resarcir a su acreedor todos los daños que haya podido ocasionarle y que se hayan generado como consecuencia inmediata y directa de tal inejecución¹⁹⁹.

En el caso del pacto de *non cedendo* que nos encontramos estudiando la verificación del nexo de causalidad respecto del deudor es clara y no admite discusión alguna. En efecto, cuando el cedente transfiere su crédito al cesionario está incurriendo en incumplimiento absoluto de su obligación, pues se había obligado antes a no ceder dicho derecho. Entonces, en caso el cedido haya padecido algunos daños como consecuencia de dicho incumplimiento, su deudor deberá resarcirlo, pues es a causa de dicha inejecución que se generó el perjuicio. Se puede evidenciar entonces la relación antecedente (incumplimiento) - consecuencia (daño).

3.1.3.2.2 Análisis desde la óptica del tercero

En el caso del contrato de cesión crediticia es claro que el cesionario responderá por los daños que haya podido padecer el cedido bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual, pues él es un tercero respecto al pacto de *non cedendo* celebrado entre el cedente y el cedido. No tiene ninguna relación contractual que lo vincule con este último a partir del cual haya surgido alguna situación jurídica que haya sido vulnerada por él. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1985 del Código Civil, la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada²⁰⁰.

La pregunta que surge de inmediato es ¿qué implica que la relación de causalidad sea adecuada? Al respecto, el profesor Lizardo Taboada señala lo siguiente:

¹⁹⁹ En efecto el artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*”

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)”.

²⁰⁰ En efecto, el artículo 1985 establece lo siguiente: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*”.

“Para que una conducta sea adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto. El factor in concreto debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del factor in abstracto para que existe una relación adecuada.

Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: la conducta antijurídica **abstractamente** considerada, de acuerdo a la **experiencia normal y cotidiana**, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos **debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado**. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

Un ejemplo podría graficar adecuadamente la aplicación de esta tesis: si una persona de 25 años de edad, sin ningún problema cardíaco, fallece en forma inmediata como consecuencia de un susto producto de una broma, no existirá relación de causalidad adecuada, aun cuando en los hechos la muerte haya sido consecuencia del susto por la broma, por cuanto de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana un susto por una broma no es capaz de producir la muerte de una persona joven de esa edad. Por el contrario, si se tratara de un susto por una broma a una persona de 75 años de edad, no habría duda alguna de que se trataría de una causa adecuada, en tanto y en cuanto el susto provocado a una persona de edad avanzada es causa adecuada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, para producir la muerte.

(...) no basta establecer si una conducta ha causado físicamente un daño, pues es necesario también determinar si esa conducta abstractamente considerada es capaz de producir ese daño **de acuerdo al curso ordinario y normal de los acontecimientos**” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 99-100).

Como se observa, lo fundamental a efectos de determinar que exista una causalidad adecuada es determinar si el hecho generador del daño es idóneo o no -de acuerdo al curso normal y ordinario de la experiencia- para producir dicho perjuicio. Esto implica que la relación de causalidad -más allá de que pueda existir una relación fáctica o material entre el hecho y el daño-

deba ser analizada siempre *in abstracto*. Si no se verifica el factor *in abstracto* -por más que haya una causalidad material- no habrá responsabilidad de parte del supuesto causante del daño²⁰¹.

En el caso que nos ocupa, es claro que existe una relación de causalidad adecuada entre la participación del cesionario en el contrato de cesión como adquirente del crédito y los daños que se hayan podido ocasionar al cedido como consecuencia de ello. Y es que, **de acuerdo a la experiencia normal u ordinaria en el ámbito de los contratos, es perfectamente posible representarse que si el cesionario contrata con el cedente a sabiendas de que existía un pacto de non cedendo por el cual este se había obligado a no ceder su crédito -con lo cual está coadyuvando a la configuración del incumplimiento- se produzca ciertos perjuicios para el cedido y, como es claro, él también será responsable por esos daños.**

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora podemos concluir que tanto el cedente como el cesionario deberán responder conjuntamente por los daños que haya podido padecer el cedido. Nos encontramos entonces ante un supuesto de concurrencia de causas en el cual ambos son causantes de los daños. Y es que para que el deudor incumpla se requiere la **participación necesaria** de un tercero, pues solo puede incumplir cuando transfiere a este último su crédito.

Ahora bien, respecto al sustento normativo en base al cual puede invocarse la concurrencia de causas del cedente (deudor) y del cesionario (tercero), en las normas relativas a la inejecución de obligaciones no existe ninguna disposición que establezca o regule este supuesto. No hay

²⁰¹ Respecto a la relación de causalidad, creemos que tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como extracontractual el análisis de la misma debe ser realizada de acuerdo a la experiencia normal y ordinaria de las cosas. Es decir, en ambos ámbitos el hecho generador del daño debe ser idóneo para producir el perjuicio. Si no fuera así, podrían ocurrir casos en los que un deudor podría ser condenado al pago de un resarcimiento cuando en realidad no es responsable de los daños generados al acreedor en tanto que no existe una causalidad adecuada que determine su responsabilidad.

Grafiquemos con un ejemplo lo expuesto. Imaginemos un caso en el cual un pintor se haya obligado a retratar el rostro de su acreedor. Ocurre que el retrato realizado en acuarelas de colores no quedo del todo “bonito” pues el rostro del acreedor se asemejaba más a un mono que a él mismo. Cuando él va a observar su retrato, la impresión de verse de esa forma le ocasionó una convulsión severa que lo llevó a estar en tratamiento un mes.

La peculiaridad del caso es que el acreedor era un joven modelo de 20 años de edad que se encontraba en perfectas condiciones de salud. ¿Debe el deudor responder por los daños que ha padecido su acreedor? creemos que no, pues -al igual que en el ejemplo planteado por el profesor Taboada- si bien la convulsión del joven tuvo como causa fáctica el haber presenciado una imagen nada grata de su rostro -lo cual determinaría que se esté ante una ejecución defectuosa de la obligación- no es para nada ordinario o normal -de acuerdo a la experiencia común- que un joven de esa edad pueda padecer esa reacción patológica. Es necesaria también entonces la concurrencia del factor *in abstracto* en los casos de responsabilidad contractual.

ninguna norma que disponga que el deudor y el tercero que concurrió con él en la producción del daño deberán responder por los perjuicios ocasionados al acreedor²⁰².

Sin embargo, en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual sí existe una disposición que regula este supuesto de pluralidad de causas y que, como veremos en breve, resulta perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. Nos referimos al artículo 1983 del Código Civil el cual establece lo siguiente:

Artículo 1983.- *“Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”*.

Antes de sustentar por qué creemos que esta norma -a pesar de ubicarse dentro de las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual- resulta aplicable al caso del contrato de cesión crediticia, es necesario descartar la aplicación de otra norma que también podría ser invocada para hacer responsables al cedente y al cesionario, pero que, en realidad, regula un supuesto distinto al de la concurrencia de causas, por lo que no puede aplicarse a la hipótesis que nos encontramos analizando. Nos referimos al artículo 1978 del Código Civil el cual establece lo siguiente:

Artículo 1978.- *“También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias”*.

Respecto a la distinción que existe entre el contenido de los artículos 1978 y 1983 el profesor De Trazegnies -con la claridad que lo caracteriza- indica lo siguiente:

²⁰² Lo que sí se ha regulado es la concurrencia de causas entre la propia víctima -que vendría a ser el acreedor- y el deudor, figura que es más conocida con el nombre de “concausas”. Dicho supuesto se encuentra regulado en el artículo 1326 del Código Civil el cual establece lo siguiente: *“si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven”*.

“En principio, el caso de la ayuda para cometer un daño se encuentra contemplado en el artículo 1983: el que ayuda es un co-autor y, consiguientemente, un co-responsable. Sin embargo, el artículo 1978 parece encarar una situación distinta de la prevista en el artículo 1983. Mientras que en este último artículo se supone que **cada uno de los coautores es responsable del íntegro del daño**, en el artículo 1978 parece plantearse la hipótesis de que exista un **responsable menor**, un “ayudante”, es decir, una persona cuya conducta por sí sola no hubiera producido el daño, pero, unida a la conducta del **causante directo**, **colabora** con este a generar el resultado dañino. (...)

Esta diferencia es muy importante en razón de sus consecuencias jurídicas y de las posibilidades de defensa del demandado. Si el demandado puede lograr probar que su conducta sea calificada como ayuda (art. 1978), entonces el juez deberá determinar su grado de responsabilidad; y solo pagará un resarcimiento acorde con tal determinación. **Dado que se trata de una ayuda y no del acto dañino principal, por principio podemos decir que ese demandado será ordenando a pagar una suma inferior al monto total del daño.** En cambio, si el juez lo considera como **co-responsable** (art. 1983) y no como “ayudante”, estará obligado a reparar el **íntegro del daño a la víctima**, en la medida de que es responsable solidario, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra los otros co-responsables en la proporción de las respectivas faltas.

Desde el punto de vista de la víctima, si se trata de **co-responsable** (art. 1983), puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos o contra ambos, exigiendo a cada uno el íntegro de la indemnización, debido a la **solidaridad** creada por la ley. En cambio, si se trata de un responsable y un “ayudante” (art. 1978), tendrá que dividir su acción entre los diferentes autores del daño. Como puede verse, **los artículos 1983 y 1978 no tienen una relación telescópica; no es que el artículo 1978 entre dentro del caso genérico del artículo 1983. Estas dos normas contienen soluciones diferentes y, por ello, es preciso deslindar cuándo se aplica una o la otra**” (énfasis agregado) (De Trazegnies Granda, 2001, págs. 565-566).

Como se observa, cuando el artículo 1978 del Código civil hace referencia al que ayuda a cometer el daño no está refiriéndose a la figura de la coautoría, sino a lo que comúnmente conocemos como “cómplice”. Ambos supuestos son distintos, pues el “ayudante” o el “cómplice” **no tiene un grado de participación preponderante en la producción del daño** como sí lo tienen los coautores. La conducta de cada uno de estos últimos es **indispensable** para que se produzca

el daño. El que “ayuda” a cometer el perjuicio, en cambio, solo colabora realizando algún hecho menor que se suma a la conducta directa y principal de los coautores.

Ahora bien, el artículo 1978 establece que también es responsable del daño quien “incita” a causarlo. La incitación implica que alguien convenza a otro a que este último ocasione un daño a un sujeto. El que incita es entonces un instigador del perjuicio. Si bien no es él quien realiza la conducta que genera el daño, es quien persuade a otro sujeto para que ocasione el perjuicio. Un ejemplo claro de incitación a cometer un daño es el acto de sabotaje empresarial que un competidor realiza sobre otro cuando induce a un trabajador de este último a que incumpla alguna de sus obligaciones principales a cambio de una suma de dinero²⁰³.

Habiendo aclarado que los supuestos de “incitación” y de “ayuda” son distintos al caso de la concurrencia de causas o de “coautoría”, veamos ahora en cuál de dichas figuras se encuentra inmersa la conducta del cesionario que contrató con el cedente habiendo conocido -o pudiendo conocer- que existía un pacto de *non cedendo*. No puede concluirse que el cesionario actuó como instigador o incitador pues es él quien **-directamente-** “colaboró” con el deudor a que este incumpla y a causa de dicho incumplimiento se generó ciertos perjuicios al acreedor. Recordemos que el instigador **no participa** en la producción del hecho dañoso²⁰⁴.

La “duda” podría encontrarse entonces entre si el cesionario actuó como un simple “ayudante” o como un “coautor”. Esto, que parecería dudoso, en realidad no lo es. Nos parece claro que el cesionario no es un mero “ayudante” sino un verdadero coautor de los daños que haya podido padecer el cedido. En efecto, no debe perderse de vista que **el cedente no puede incumplir**

²⁰³ Respecto a la incitación, el profesor de Trazegnies hace un interesante análisis acerca de la distinción que existe entre incitar a cometer un daño e incitar a incurrir en negligencia o imprudencia. Véase: (De Trazegnies Granda, 2001, págs. 563-564).

²⁰⁴ Lo que sí puede ocurrir es que el cesionario haya sido instigado por otra persona para que contrate con el cedente y, en su nueva condición de acreedor, realice una variedad de actos que perjudiquen al cedido -como en el caso del contrato de cesión con fin ilícito que analizamos en su momento-. Lo que puede ocurrir también es que esa otra persona haya instigado al cesionario y al cedente a que contraten para lesionar el crédito del cedido, pero no puede afirmarse que el cesionario es un instigador por la sencilla razón de que no está convenciendo a otro sujeto a que ocasione un perjuicio al cedido.

Nótese que, si se sostiene que el cesionario es un instigador, entonces el mismo, luego de realizar los actos de instigación o de convencimiento, “saldría de la escena” o del “mapa”, pues -como anotamos anteriormente- el instigador no forma parte del hecho que origina el daño. Su conducta no origina o produce el daño. Él se encuentra “detrás” de la conducta que genera el perjuicio. **Primero** instiga, **luego** “sale de escena” para que los autores -y los cómplices o ayudantes- inicien los actos que originarán el daño. En este caso ocurre algo distinto, pues -como veremos a continuación- el cesionario sí participa de forma directa en el hecho que produce un perjuicio al cedido.

su obligación unilateralmente, pues requiere -necesariamente- la concurrencia de un tercero para que se produzca el incumplimiento.

Es **indispensable** la presencia del cesionario, pues sin él el cedente no podría contratar y, por tanto, no se podría configurar la lesión del crédito del acreedor. Siendo su presencia **imprescindible y preponderante** en la producción del daño, entonces el cesionario sería coautor conjuntamente con el cedente de dichos perjuicios, por lo que la norma que debe invocarse a efectos de hacer responsable a ambos es el artículo 1983 del Código Civil y no el artículo 1978.

Nótese que el artículo 1983 establece que los responsables del daño responderán solidariamente. Esto implica que el cedido podrá dirigirse contra ambos o contra cualquiera de ellos por el íntegro del resarcimiento. Este es un beneficio que el sistema hace bien en otorgar a la víctima quien podrá demandar al causante que tenga mayor solvencia para que pueda obtener de él la reparación de la totalidad del daño que se le haya podido ocasionar.

Esta es la consecuencia práctica más importante que se puede encontrar entre la aplicación del artículo 1978 y 1983 del Código Civil, pues si se hubiera concluido que el cesionario es un simple “ayudante”, entonces no habría solidaridad entre él y el cedente por lo que el cedido no podría demandar a cualquiera de ellos por el íntegro de la reparación, sino que deberá emplazar a ambos y el juez ordenaría que el responsable directo y el “cómplice” paguen en función a su grado de participación.

Ahora bien, como lo hemos señalado anteriormente, el artículo 1983 se encuentra dentro de las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual, por lo que podría señalarse que, por el lugar de su ubicación, dicho artículo solo es de aplicación a los casos en los cuales los causantes hayan ocasionado un daño a otra persona con la cual -ninguno de ellos- tenga un vínculo jurídico previamente existente.

En otras palabras, según ese razonamiento, dicho artículo solo podría aplicarse cuando todos los coautores responderán bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual. Siendo ello así, esa disposición normativa no podría aplicarse al caso del contrato de cesión crediticia pues el deudor cedente responderá bajo el régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones.

Creemos que ese argumento no es correcto por tres razones:

En primer lugar, el propio artículo 1983 no establece que su aplicación se reduzca o limite solo al ámbito extracontractual. Dicha norma comienza indicando que: *“sin varios son los responsables del daño, responderán solidariamente”*. No diferencia si esos “varios responsables” responderán contractual o extracontractualmente. Entonces, no se debe realizar una distinción cuando la propia norma no lo hace.

En segundo lugar, validar ese razonamiento por la ubicación de la norma implicaría entonces que también se llegue a validar el siguiente argumento: los requisitos establecidos por el artículo 1315 del Código Civil para que se configure un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor solo es de aplicación a los casos de responsabilidad por “inejecución de las obligaciones”, pues dicha norma se ubica, justamente, en la sección relativa a ese régimen y no en las relacionadas a la responsabilidad extracontractual. Esto implicaría que esos requisitos o características (hecho extraordinario, imprevisible e irresistible) no deberán tenerse en cuenta o podrá prescindirse de ellos cuando se esté ante un caso de responsabilidad extracontractual. Sostener este razonamiento, como resulta claro, es un despropósito.

Finalmente, la invocación de dicha norma por el perjudicado es eficiente para él en tanto que podrá elegir al causante que se encuentre en mejores condiciones económicas para que responda por el íntegro del resarcimiento en atención a la solidaridad establecida por dicha disposición. Es posible entonces que el cedido -demandante- invoque la aplicación del artículo 1983 del Código Civil a efectos de que pueda demandar o al cedente o al cesionario para que ambos -o cualquiera de ellos- le reparen la totalidad de los perjuicios que haya podido padecer.

En atención a todo lo expuesto anteriormente, es evidente la relación de causalidad que existe tanto del deudor cedente como del tercero cesionario respecto a los daños que haya podido sufrir el cedido como consecuencia del incumplimiento de la obligación originada por el contrato celebrado por ambos. Ellos dos son los causantes del perjuicio y deberán responder solidariamente frente al cedido.

Analicemos ahora -tanto desde la óptica del deudor como del tercero- la verificación del tercer elemento de la responsabilidad civil: el factor de atribución.

3.1.3.3 Factor de atribución

El factor de atribución es uno de los elementos necesarios para que se configure un supuesto de responsabilidad civil. En virtud de dicho presupuesto se califica la conducta antijurídica que generó el daño. Ahora bien, existen dos criterios o factores de atribución bajo los cuales un sujeto puede ser responsable: el factor de atribución subjetivo y el factor de atribución objetivo.

El factor de atribución subjetivo implica que el causante del daño solo será responsable en la medida que haya actuado culposamente, esto implica que dicho sujeto haya ocasionado un daño a otro con dolo o culpa. Es necesaria pues la concurrencia de uno de ellos, pues si no hubo una actuación dolosa o culposa, sencillamente, no habrá responsabilidad alguna. En nuestro ordenamiento, este criterio de atribución ha sido regulado tanto en el ámbito contractual como extracontractual en los artículos 1321 y 1969 del Código Civil, respectivamente²⁰⁵.

Por su parte, el factor de atribución objetivo implica que el daño se haya ocasionado a través de un bien o una conducta riesgosa o peligrosa. Esta noción de riesgo creado se encuentra regulada en el artículo 1970 del Código Civil el cual establece que: “*aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo*”²⁰⁶.

²⁰⁵ En efecto, el artículo 1321 establece lo siguiente: “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...)*”. Mientras tanto, el artículo 1969 señala que: “*aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”.

²⁰⁶ Respecto a lo que deben entenderse por riesgo creado -elemento central del factor de atribución objetivo- el profesor Lizardo Taboada indica lo siguiente:

“Todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo ordinario o común para las personas. Sin embargo, existen también, y cada vez en mayor número, bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, tales como los automotores, los artefactos eléctricos, las cocinas a gas, ascensores, los diferentes tipos de armas de fuego, escaleras mecánicas, los insecticidas, productos químicos para la limpieza, los medicamentos, los productos enlatados, las actividades industriales, etc.

Para todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que por ello mismo merecen la calificación de “riesgosos”. Haya sido el autor culpable o no, será igualmente responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa. El factor de atribución no es pues la culpa del autor, sino el riesgo creado en el sentido antes mencionado. Como se habrá podido comprender con facilidad, dentro de los sistemas objetivos la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal. (...).

Consiguientemente, para daños causados mediante bienes o actividades que suponen un riesgo común u ordinario, se debe utilizar el sistema subjetivo de responsabilidad y para aquellos causados mediante bienes y actividades que

Habiendo aclarado en qué consiste la atribución subjetiva y objetiva, corresponde ahora determinar bajo cuál de los referidos criterios deberán responder tanto el cedente como el cesionario por los daños que haya podido padecer el cedido. Como ya lo hemos expuesto anteriormente, a través del pacto de *non cedendo* el acreedor se obliga frente a su deudor a no transferir su crédito. El contrato de cesión por el cual finalmente cede dicho derecho subjetivo a un tercero es el que genera la lesión del crédito del cedido y los eventuales perjuicios que pueda padecer.

Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿la celebración de un contrato de cesión de crédito -en sí mismo- es una actividad riesgosa o peligrosa? es claro que no. La convergencia de una oferta y una aceptación no configura una actividad de peligro por ningún lado. Siendo ello así, tanto el cedente como el cesionario estarán sujetos a un régimen de responsabilidad subjetivo.

Esto implica que para que sean responsables debe verificarse la presencia del dolo o la culpa en cada uno de ellos. Pasemos a analizar entonces bajo cuál de dichas atribuciones subjetivas actuaron el cedente y el cesionario en el marco del contrato de cesión celebrado por ambos cuando existía de por medio un pacto de *non cedendo* que era conocido -o que pudo haber sido conocido- por este último.

3.1.3.3.1 Análisis desde la óptica del deudor

Conforme a lo ya desarrollado anteriormente el deudor cedente responderá bajo el régimen de la responsabilidad contractual subjetiva. Este régimen de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil el cual indica lo siguiente: “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por **dolo, culpa inexcusable o culpa leve.** (...)*”. Como se observa, en cuanto al factor de atribución subjetivo se refiere, dicha disposición normativa establece tres criterios bajo los cuales el deudor puede ser responsable a causa de un incumplimiento absoluto o relativo: el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve.

suponen un riesgo adicional al ordinario se deberá utilizar el sistema objetivo” (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 117-118).

Desde ya debemos mencionar que es claro que tanto el deudor como el tercero -que conocía o podía conocer el pacto del *non cedendo*- no responderán bajo el criterio de la culpa leve. De eso no queda la menor duda pues no es posible sostener que cuando el deudor incumplió su obligación negativa al transferir su crédito al cesionario, ambos hayan actuado o contratado - dando lugar a la lesión del crédito del cedido- bajo una negligencia leve u ordinaria o bajo un descuido o una imprudencia mínima o ligera.

Ello no es así. La duda se encontraría entonces en si el deudor incumplió su obligación de no contratar bajo el criterio subjetivo del dolo o de la culpa inexcusable. Nosotros creemos que dicho incumplimiento fue realizado dolosamente. Para sustentar ello es necesario saber primero qué implica o qué se entiende por dolo en el marco del incumplimiento de obligaciones.

Al respecto, somos de la idea de que el dolo está configurado por la **intención deliberada** de incumplir una obligación de forma absoluta o relativa. Nótese que no es necesaria la intención directa de ocasionar un daño o perjuicio al deudor, sino que basta con incumplir de forma voluntaria y consciente la obligación. En ese sentido, los profesores Mario Castillo y Felipe Osterling señalan lo siguiente:

“Tradicionalmente el dolo se entiende caracterizado por los siguientes factores o elementos: **(a)** la acción positiva de incumplir, **(b)** el animus nocendi o la intención de causar daño. Respecto de este factor o elemento existen distintas posiciones doctrinarias. Generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, **sino para conseguir ventajas para sí mismo**. Cuando el transportista, por ejemplo, no cumple su obligación de trasladar a una persona de un lugar a otro, usualmente le hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajoso.

Aquí el transportista incumple su obligación **deliberadamente** y no por un simple descuido o negligencia. **Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico**. Es claro que el dolo también se configuraría en caso de que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar un daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis resulta remota, o por lo menos poco frecuente.

(...)

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir.

(...)

(c) conciencia de antijuridicidad en el actor de que obra contra el derecho o contra el deber, por conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva o por saber, cuando menos, que el acto es moralmente reprobable.

(...)

Existen, insistimos en el concepto, tres posiciones distintas en cuanto a la concepción de dolo en el incumplimiento de las obligaciones: (i) dolo consistente en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar, o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa. Interpretan en este sentido Messineo, Larombière Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Ripert y Esmein Mazeaud y Tune, Salvat y De Gásperi, (ii) el dolo en la inejecución de las obligaciones consistente en el incumplimiento **deliberado** de la prestación, **aunque no medie intención de dañar**. El dolo vendría a ser, en este caso, “la conciencia de la infracción de un deber”. Para ilustrar el concepto, Larenz pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pagó más, hay dolo. Comparten este criterio Giorgi, Puig Peña, Lafaille, Colmo, Busso, Borda, Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Salas Carranza y Morello, (iii) El dolo en la inejecución de las obligaciones se daría solo cuando el deudor “malcumple” a sabiendas la obligación con una prestación distinta a la debida. Esta es la interpretación de dada por Dimas Hualde.

En opinión nuestra, como ya lo dijimos, la segunda de las expuestas es la doctrina que prevalece y aquella que, incluso, es adoptada por nuestro Código Civil, cuando en su artículo 1318 prescribe que: “Artículo 1318.- procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta su obligación”.

(...)

Sostenemos que no es inherente al dolo el propósito de perjudicar, ya que el mismo consiste en la sola conciencia de la inejecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir. Por otra parte, para los autores que requieren en la conducta dolosa la presencia de una especial intención de dañar, el incumplimiento deliberado cometido sin ese objetivo dañino, sería un caso de incumplimiento culposo. El error es evidente, porque **la culpa se caracteriza por la negligencia, el descuido, la imprevisión**. Ella supone necesariamente un comportamiento **exento de reflexión precisa** sobre las consecuencias posibles

de la acción de manera tal que **una inejecución cometida deliberadamente, aunque no se tenga un especial ánimo nocivo, jamás podría asimilarse a la conducta culposa**” (énfasis agregado) (Osterling Parodi & Castillo Freyre, Compendio de derecho de las obligaciones, 2008, págs. 840-843).

En ese sentido se ha pronunciado también el profesor Luis Diez-Picazo cuando indica que: “el motivo doloso no tiene que ser un especial ánimo de perjudicar al acreedor. Es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja” (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, págs. 612-613). Del mismo, el profesor Guido Alpa señala que: “el comportamiento doloso se detecta cuando el agente **no solo está decidido a dañar** a otro, intencionalmente, sino cuando manifiesta, además, **indiferencia respecto de las consecuencias dañosas de su acto o comportamiento**” (énfasis agregado) (Alpa, 2006, pág. 317).

Como se observa, para que existe el dolo no necesariamente se debe tener la intención de dañar, basta con el incumplimiento consciente o deliberado de la obligación. Esta inejecución -voluntaria- del deudor puede tener como causa no solo el querer obtener una mayor ventaja patrimonial sacrificando dicho cumplimiento por la ejecución de otra prestación que le resulta más provechosa, sino también por desear ahorrar y no incurrir en los gastos que supondrían cumplir su obligación o, simplemente, por el hecho de no querer cumplir.

Sobre la base de lo expuesto, **podemos concluir entonces que el deudor cedente incumplió su obligación de no transferir su crédito de manera dolosa**. Cuando él incumple es decir cuando cede su crédito- no lo hace a causa de una negligencia grave. No celebra el contrato por un descuido o por una impericia. Queda descartada entonces una actuación culposa. En realidad, cuando contrata es consciente de que está vulnerando el pacto de *non cedendo* y, a pesar de ello, decide no dar marcha atrás. El hecho de que él haya contratado con o sin el ánimo de dañar o perjudicar al cedido no enerva en la más mínimo el hecho de que su incumplimiento sea doloso, pues basta la sola consciencia y el actuar deliberado de incumplir para que se configure ese criterio de atribución.

Ahora bien, la principal consecuencia jurídica de que un deudor haya incumplido su obligación con dolo o culpa inexcusable es que será responsable no solo por los daños que se hayan podido prever cuando ella fue contraída, sino que también responderá por los daños

imprevisibles. Esto se desprende claramente del último párrafo del artículo 1321 cuando establece que: “(...) *si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída*”. Entonces, si la reparación deberá cubrir solo los daños previsibles cuando se haya incumplido por culpa leve, es claro que si se incumplió con dolo o culpa inexcusable se deberá resarcir todos los daños, es decir, tanto los previsibles como los imprevisibles.

Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 1330 del Código Civil, será el acreedor -el cedido- quien deberá probar que el deudor -cedente- incumplió su obligación de forma dolosa²⁰⁷. En el caso del contrato de cesión crediticia la prueba del incumplimiento doloso del deudor es un aspecto que no reviste problema alguno dado que, como ya hemos mencionado antes, es evidente que no existe un descuido o una negligencia grave u ordinaria en su conducta -el no contrata por imprudencia- con lo cual el dolo en el incumplimiento es manifiesto.

Analicemos ahora el factor de atribución subjetivo desde la óptica del tercero cesionario.

3.1.3.3.2 Análisis desde la óptica del tercero

Como es evidente, el cesionario responderá bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual subjetivo. Este régimen de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 1969 del Código Civil el cual indica lo siguiente: “*aquel que por **dolo o culpa** causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. Como se observa, en cuanto al factor de atribución subjetivo se refiere, dicha disposición normativa establece que el causante solo será responsable si ocasionó el daño dolosa o culposamente.

En el caso del contrato de cesión de crédito, es a todas luces claro que el cesionario coadyuvó a que se lesione el crédito del cedido de forma dolosa por la sencilla razón de que él **conocía** el pacto de *non cedendo* a través del cual el cedente se había obligado a no transferir su crédito. A **sabiendas** de esa restricción contraída voluntariamente por el cedente decidió contratar

²⁰⁷ En efecto, el artículo 1330 establece que: “*la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

con él y adquirir ese derecho subjetivo. El conocimiento efectivo del pacto determina entonces que el cesionario haya actuado dolosamente²⁰⁸.

Nótese que, al igual que en el caso del deudor, no es necesario que el cesionario haya contratado con la intención directa de dañar o perjudicar al cedido para que se configure el dolo. Basta con que **deliberadamente** haya decidido adquirir el crédito del cedente a pesar de conocer que este se había obligado antes a no cederlo. Esto determina que es **consciente** de que con su actuar puede ocasionar un potencial daño al cedido. Esta consciencia determina entonces que su conducta sea calificada como dolosa²⁰⁹.

Hasta acá podemos concluir entonces que cuando el tercero haya contrato con el deudor del pacto de no contratar a sabiendas de la existencia del mismo, el criterio de atribución subjetivo con el que habrá actuado será siempre el dolo. Conocimiento efectivo del pacto -y haber contratado a pesar de ello- equivale a una actuación dolosa. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el tercero contrató no a sabiendas de la existencia del pacto sino habiendo podido conocer el mismo? la respuesta a esta interrogante nos conduce al terreno de la culpa. Si se concluye que el tercero pudo razonablemente conocer el pacto de no contratar y a pesar de ello contrató, entonces también habrá responsabilidad de su parte.

En el caso del contrato de cesión de crédito que nos ocupa, creemos que sí es posible que se presente una hipótesis en la cual el cesionario haya contratado con el cedente habiendo podido conocer el pacto del *non cedendo*, con lo cual habrá incurrido en una actuar culposo. Antes de analizar cuál es esa hipótesis, debemos recordar y tener en cuenta lo siguiente:

²⁰⁸ Este conocimiento del tercero sobre la existencia del pacto de *non cedendo* puede haberse dado porque el propio cedente le advirtió sobre ello, porque el cedido le comunicó fehacientemente que existía el mismo o porque el cesionario se enteró por cualquier otro medio sobre dicho acuerdo.

²⁰⁹ Por lo general, como ya se mencionó anteriormente, una persona toma la decisión deliberada y consciente de realizar una conducta que puede ocasionar un daño -a pesar de que no tenga la intención directa de ocasionar el perjuicio- porque a través de esa conducta busca obtener una determinada ventaja para sí mismo.

Por ejemplo, sería el caso del cesionario que, si bien puede que no tenga la intención de dañar al cedido, decida adquirir el crédito por la utilidad económica que esta representa (aunque es consciente de que con esa conducta puede ocasionarle un perjuicio, decide contratar deliberadamente por la ventaja o el provecho que ello supone). En uno u otro caso, sin embargo, estaremos ante la hipótesis del dolo, es decir, se tenga o no la intención de perjudicar, pues basta con la sola consciencia de que se puede generar un perjuicio y a pesar de eso actuar siendo indiferentes a ello.

En el apartado 3.1.1 hemos desarrollado la noción de tercero en el marco de las relaciones patrimoniales. En dicha oportunidad explicamos cuándo un sujeto obtiene la condición de tercero adquirente. Concluimos que tercero es aquella persona que es ajena al vicio que padece el contrato en el sentido de que desconoce o no pudo conocer dicha patología y que no interesa si forma parte o no de dicho contrato (salvo que la patología se trate de una nulidad)²¹⁰. Este desconocimiento de la realidad hace que ese sujeto tenga buena fe y sea considerado un tercero. Si a dicha condición se suma el hecho de que adquirió el derecho a título oneroso, entonces mantendrá su adquisición.

En el caso del contrato de cesión crediticia que venimos analizando concluimos también que el cesionario puede obtener la condición de tercero sin ningún problema. Para ello es necesario que él haya contratado con el cedente desconociendo -o sin que haya podido conocer- la existencia del pacto de *non cedendo*. Si el cesionario no conocía o no pudo conocer dicho pacto entonces no sabía de la patología que padecía el contrato de cesión del cual forma parte, esto es, que la legitimidad originaria del cedente para disponer su crédito había quedado restringida, con lo cual, actúa de buena fe. Si además de ello adquirió el crédito a título oneroso, entonces mantendrá su adquisición.

Sin embargo, si el cesionario conocía o pudo conocer el pacto, entonces no tendrá buena fe, con lo cual, al conocer o haber podido conocer el vicio (ineficacia por existir una restricción en la legitimidad) no tendrá la condición de tercero y perderá su adquisición. Como se habrá podido advertir, la clave se encuentra entonces en el conocimiento o desconocimiento del vicio. Para ello, qué duda cabe, adquieren un rol fundamental los medios de publicidad de titularidades que pueden existir.

Entonces, para tener buena fe, los adquirentes de algún derecho no solo deben desconocer el vicio -en nuestro caso ello se genera a partir del desconocimiento del pacto de *non cedendo*- sino que también deben haber actuado con una diligencia mínima razonable a efectos de poder descartar por completo que no existía tal anomalía. En ese sentido se ha dicho correctamente que:

²¹⁰ Es importante hacer hincapié en que para ser tercero no es necesario no ser parte del contrato en el cual se encuentra el vicio -salvo el caso de la nulidad-, pues muchas veces se ha negado protección a los adquirentes de buena fe y a título oneroso alegando que no tienen la condición de terceros porque forman parte del contrato en el cual se encuentra el vicio. El error se encuentra en equiparar al tercero como un sujeto ajeno a la relación contractual y ello no es correcto.

“no basta ignorar, sino que la ignorancia se dé a pesar de una diligente averiguación por parte del adquirente” (Bullard González, 2011, pág. 395).

Sobre los terceros y el deber de diligencia que estos deben tener en el marco de la contratación a efectos de que adquieran protección, resulta ilustrativo tener en cuenta lo siguiente:

«Por cierto, la concepción de “terceros de buena fe” parte de exigir **razonable diligencia**. Esto implica excluir a los terceros de la protección del ordenamiento si conocían de la causal de anulación (nulidad o anulabilidad) **o si debían razonablemente conocerla**. Este hecho es de la mayor importancia, pues la exigencia de un **adecuado estándar de diligencia**, en virtud del cual el tercero conoció o **incluso debió conocer**, sirve de filtro para excluir situaciones de la protección general.

En efecto, si es evidente que el título del cual emana el derecho del transferente revela la posible existencia de una causal de invalidez o ineficacia, y si el tercero accedió o **pudo acceder** a dicho título el tercero no es protegido. En el fondo, la evidencia de un posible vicio es incompatible con la buena fe. Pensemos en situaciones en las que el título revela que el primer enajenante es incapaz, o transfiere sin la participación del cónyuge, o si el objeto del contrato es imposible, o si carece de fin lícito.

En tales casos, **no hay apariencia, no hay buena fe, no hay protección**. En esta línea, Mejorada explica que: “la protección no funciona cuando el vicio es conocido o **debió conocerse**, o cuando el negocio permite identificar claramente la norma de orden público que se debe cumplir. Si el acto no contiene la voluntad de las partes, si el objeto es imposible, si el fin es ilícito o si el acto es simulado, claramente no habrá buena fe”» (énfasis agregado) (O’Neill De La Fuente, 2017, pág. 101).

En ese mismo sentido se ha indicado que: “por eso, **el tercero será responsable cuando** conociera o **pudiera razonablemente conocer** la existencia del derecho de crédito que resultará lesionado con el contrato que él otorgue” (énfasis agregado) (Fernández Arévalo, 1996, pág. 340).

Como se observa, es necesaria la observancia de un estándar mínimo de diligencia en los terceros a efectos de que puedan mantener sus adquisiciones. Solo si se ha verificado que han actuado de acuerdo a este estándar entonces podrán “dormir tranquilos”. Ahora bien, el hecho de

que ellos deban realizar una actividad diligente no implica tampoco que se les exija que realicen una actividad detallada y pormenorizada a fin de advertir la posible existencia de un vicio o patología en el contrato de su transferente o en el contrato del cual vayan a formar parte.

No se les puede exigir que cumplan un rol de “detectives” a fin lograr encontrar vicios negociales a toda costa. Exigir ello implicaría paralizar por completo las transacciones comerciales por los altos costos que demandaría esa actuación de “policía”, con lo cual el sistema de contratación perdería la flexibilidad y la fluidez que necesita.

En ese sentido, la profesora Ángela Fernández citando al profesor Pietro Trimarchi señala que: “al tercero contratante no se le puede exigir una previa y **exhaustiva** investigación de la situación del que será su deudor, lo que conduciría a **frenar la vida económica general** ante el temor del tercero de las consecuencias lesivas de tal omisión” (énfasis agregado) (Fernández Arévalo, 1996, pág. 340). Es por ello que la diligencia que se debe exigir a los terceros no debe ser una de tipo exhaustiva y rígida, sino una adecuada, pero **razonable**.

Ahora bien, la razonabilidad de la diligencia debe ser evaluada en función a cada caso concreto, es decir, de acuerdo a la peculiaridad de cada negocio que se celebre. Por ejemplo, si el contrato a través del cual se constituye, transfiere o extingue un determinado derecho es susceptible de inscripción -y se encuentra efectivamente registrado-, entonces los sujetos que pretendan adquirir ese derecho deberán verificar en los registros públicos cuál es el estado de dicho derecho (quién es su titular, si existen cargas, gravámenes, cláusulas de restricción o limitación, etc.). Esa sería la actividad adecuada y razonable que cualquier sujeto debería realizar.

Del mismo modo, si en la operación económica no solo se encuentra como único medio de publicidad de titularidades el registro sino también la posesión -como sería el caso de un arrendamiento, venta o superficie sobre un inmueble- la conducta diligente que debería realizar cualquier adquirente sería verificar -en el momento en el cual decida contratar- quién posee el bien, pues a través de dicha constatación -además de poder verificar las condiciones del inmueble- se podrá advertir si la persona que dice ser el titular del mismo es o no poseedor y, si está otra persona y no él, confirmar con este último bajo qué título ostenta la posesión del mismo (puede ser que haya adquirido el bien antes, o que sea un prescribiente con más de 10 años viviendo en el inmueble, etc.).

La diligencia adecuada -razonable- que se exige en el marco de la celebración de este tipo de operaciones negociales -arrendamiento, venta o superficie- implica entonces una verificación del registro y la posesión²¹¹. Teniendo en cuenta lo expuesto, veamos en el caso del contrato de cesión de crédito cuál sería el estándar de diligencia que debería exigirse al cesionario que pretende adquirir el crédito del cedente cuando existe de por medio un pacto de *non cedendo*.

Como bien sabemos, cuando un sujeto pretende adquirir un determinado derecho -llámese propiedad, superficie, crédito, etc.- lo primero que debe verificar es si su transferente es o no el verdadero titular del derecho.

En ese sentido, si lo que se pretende adquirir es la propiedad sobre un inmueble, lo que hará el comprador es solicitar al vendedor que le muestre cuál es el título en virtud del cual adquirió la propiedad que ahora busca transferirle. Eso es lo que cualquier persona diligentemente haría (más allá de que luego se tenga que revisar toda la información registral del predio para verificar, entre otras cosas, las cargas o gravámenes que puedan existir sobre ella).

En el caso de la celebración de un contrato de cesión de crédito ocurre algo similar, pues el sujeto que pretende adquirir el crédito no solo debe verificar que su transferente sea el verdadero

²¹¹ En ese sentido, debe tenerse en cuenta lo siguiente: “(...) para nuestro Código **no basta analizar el aspecto del conocimiento objetivo**. También es importante el **conocimiento subjetivo**, es decir, aquel derivado de la concordancia efectiva (y no simplemente supuesta) entre **la realidad** y el grado de información del individuo. Así, en ciertos casos, el efecto del desconocimiento objetivo se rompe por la existencia del conocimiento subjetivo, llevando a la oponibilidad de la relación más allá de sus fronteras naturales. Por ejemplo, si alguien compra un inmueble de quien en registros tenía facultades para otorgarlo (es decir, de quien objetivamente era conocido como propietario), se verá privado de su adquisición si se demuestra que sabía que era otro el propietario (es decir, que subjetivamente identificaba a otro como titular del dominio). Esto es lo que llamamos buena fe. **La buena fe no es sino el desconocimiento de una realidad diversa a la que las apariencias publicitan**” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 394).

En línea con lo señalado por el profesor Bullard, somos de la idea de que si existe la posibilidad -razonable- de poder contrastar lo publicitado en el registro con la realidad extra registral, debe entonces realizarse tal verificación. En el ámbito de las adquisiciones de muebles e inmuebles, qué duda cabe, la posesión sería el medio idóneo y razonable a través del cual se puede verificar si lo que informa el registro es cierto o no.

Si bien es cierto que para algunos autores no es necesario verificar la posesión debido a los altos costos de transacción que demandaría ello, no compartimos esa posición debido a que para nosotros no se debe verificar la posesión de forma constante desde el momento en el cual se celebra el negocio hasta la fecha en la cual se adquiera efectivamente el derecho, sino solo cuando al agente económico toma la decisión de contratar. Solo en ese momento debería realizar esa conducta diligente, que, creemos, es lo más razonable que se puede exigir. ¿Quién compra, alquila, o usa un bien sin antes verificarlo fácticamente?

Además, creemos que existen medios adecuados como para que la verificación de la posesión no sea costosa. Si por ejemplo el futuro adquirente vive en Tumbes y el bien se encuentra en Tacna, no es necesario que viaje de “frontera a frontera”. Una constatación notarial de las condiciones del bien y de quién posee el mismo sería suficiente.

titular de dicho derecho, sino que, antes de ello, **debe asegurarse que el crédito exista**. Esto es lo que razonablemente debe verificarse primero. Para ello, lo que debe hacer el futuro cesionario es solicitar al cedente que le muestre el título en virtud del cual él adquirió la condición de acreedor.

De la verificación de dicho título se podrá advertir si el crédito existe o no y si él es efectivamente su titular. Del mismo modo, se podrá advertir quién es el deudor, los plazos y otras cosas más. Lo primero es entonces asegurarse que el crédito exista y, para ello, debe observarse el título a partir del cual nace la acreencia. Eso es lo que razonablemente debe hacerse. ¿Quién adquiere un crédito sin antes verificar cuál es el título en virtud del cual nace dicho derecho?

Ahora bien, **si la conducta diligente que debe realizar el sujeto que pretende adquirir el crédito consiste en verificar dicho título entonces eso implica que él está en posibilidad de advertir si en ese contrato el acreedor y el deudor pactaron o no una cláusula de *non cedendo del crédito***. En efecto, dicho sujeto -futuro adquirente- no solo podrá ver en qué consiste la obligación, las cuotas y sus vencimientos, sino también podrá advertir si el crédito que pretende adquirir no puede ser transmitido porque el acreedor y el deudor así lo acordaron.

Entonces, la conducta diligente que deberá exigirse y que deberá cumplir el futuro cesionario a fin de que se concluya que actuó de buena fe es que él solicite al acreedor el título de su acreencia. Solo si revisó dicho título y de su contenido no se advirtió un pacto de *non cedendo*, entonces tendrá buena fe. Nótese que la observancia de esta conducta diligente se encuentra establecida implícitamente en el segundo párrafo del artículo 1210 del Código Civil el cual establece que: “*el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión*”.

En primer lugar, debemos precisar que dicho artículo contiene un error cuando hace referencia a la buena fe. En efecto, como bien señala el profesor Barchi, si el pacto podrá ser opuesto al cesionario porque conocía el mismo al momento de la cesión, no tiene sentido hablar de buena fe, pues justamente él conocía dicho acuerdo (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 243).

El actual anteproyecto de reforma del Código Civil también advirtió dicho defecto, por lo que propone suprimir el término “buena fe” del artículo 1210 en tanto que en ese supuesto el cesionario en realidad carece de buena fe. En efecto, en los comentarios a la propuesta de modificación del señalado artículo se indica lo siguiente: *“El Código incurre en un error al considerar como de buena fe al cesionario, no obstante constar en el instrumento constitutivo de la obligación el pacto de no cesión o habiéndose probado que conocía dicho pacto al tiempo de formalizarse la cesión. En ambos casos el cesionario es de mala fe, por lo que la propuesta suprime tal calificación equivocada y aclara el sentido del artículo”*.

Ahora bien, regresando al tema de la diligencia del cesionario, no debe pasar desapercibido la norma cuando ella indica que el pacto de *non cedendo* será oponible al cesionario *“si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación”*. ¿Qué implica eso? que basta que dicho pacto se encuentre en el título a partir del cual nació la acreencia -la referencia a la “obligación” debe entenderse como a la relación obligatoria en la cual se encuentra el crédito- para que el mismo sea oponible al cesionario.

Esto implica que dicha disposición normativa parte de la premisa de que el cesionario **debe** verificar el título de la acreencia, pues de otra forma no se entiende cómo el pacto -que consta o se encuentra en dicho título- será oponible al mismo. El legislador se representó entonces que si el pacto está contenido en el título el mismo será oponible al cesionario pues este, al revisar dicho “instrumento”, debió percatarse y conocer ese acuerdo, con lo cual queda evidenciado que todo sujeto que pretenda adquirir un crédito deberá revisar el contenido del título para percatarse no solo de la existencia del crédito sino de otras cosas más como sería el caso de la posible existencia de un pacto de *non cedendo*.

Creemos que esta es una exigencia totalmente razonable y que cualquier sujeto -diligente-realizaría, pues, reiteramos, **¿quién adquiriría un crédito sin antes verificar el “instrumento” a partir del cual surge dicho derecho subjetivo?** creemos que nadie, o tal vez solo uno, pero ese “uno” no podrá pretender luego que la cesión sea eficaz pues si el cedido decide oponerle el pacto de *non cedendo* alegará que él pudo conocer dicho acuerdo en tanto que constaba en el título mismo, pero no lo hizo, con lo cual incurrió en una conducta culposa. Esta es la hipótesis a la cual nos referimos antes en la cual el cesionario incurre en negligencia.

Ahora bien, distinto sería el caso si el pacto de *non cedendo* no se encuentra contenido en el título del cual nace el crédito, sino que fue celebrado en un momento posterior y está contenido en una *adenda* separada del título primigenio. En estos casos si el acreedor solo le muestra al tercero adquirente el instrumento que acredita que él es titular del crédito, pero no la *adenda* en la cual consta el pacto de *non cedendo*, entonces no tendrá como conocer la existencia de dicho acuerdo, con lo cual, habrá adquirido el crédito de buena fe, sin haber incurrido en una actuación culposa o negligente²¹².

Queda una interrogante por responder ¿qué ocurre si el tercero cesionario luego de haber celebrado el contrato de cesión se entera de la existencia del pacto de *non cedendo*? ¿ese conocimiento sobreviniente determina que él deba rehusarse a ejecutar las prestaciones pendientes de ese contrato porque ya se enteró de que el cedente no podía ceder su crédito? de no proceder

²¹² Llegado a este punto es pertinente hacer algunas precisiones sobre el derecho subjetivo de crédito y su tratamiento a nivel registral. Como bien sabemos, actualmente el crédito es un bien que -en sí mismo- no es susceptible de inscripción. No existe una partida registral de dicho derecho subjetivo en los cuales puedan extenderse asientos en los que se registre quién es su titular, cuáles son las transferencias que se han realizado sobre el mismo o si ha sido otorgado en garantía o no. Respecto a esto último -la inscripción de garantías mobiliarias sobre un crédito- debemos precisar que, de acuerdo a lo establecido en la nueva Ley de Garantía Mobiliaria, dichos contratos de garantías se deberán registrar ahora en el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM).

Ahora bien, el hecho de que se pueda inscribir el contrato de garantía mobiliaria sobre un crédito no implica que este derecho subjetivo -en sí mismo- sea susceptible de inscripción y que tenga una partida registral propia, como sí lo tiene un auto o una aeronave. El contrato de garantía sobre el crédito se inscribe en el SIGM y no en la “partida registral del crédito”, la cual, reiteramos, no existe actualmente. Del mismo modo, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 19.2 de la nueva Ley de Garantía Mobiliaria, el contrato de cesión de un crédito puede ser registrado en el SIGM. Nuevamente, la transferencia de la titularidad de ese derecho no se registra en la “partida registral” del mismo -que no existe- sino en el señalado SIGM.

Entonces, en principio no sería posible que el pacto de *non cedendo* se inscriba en el registro. Decimos en “principio” porque podría registrarse no en la partida del crédito -pues no existe- sino con ocasión del registro de un contrato susceptible de inscripción, el cual contiene un crédito sujeto a no transmisión. Por ejemplo, sería el caso de una compraventa con reserva de propiedad sobre un inmueble en el cual el comprador y el vendedor acordaron que este último no podrá ceder el crédito que tiene frente a él respecto al pago del precio. Es posible que en el respectivo asiento registral del bien se registre no solo quién es el comprador, el monto del precio, el periodo de las cuotas y el acuerdo de reserva de propiedad, sino que se registre también el pacto de *non cedendo* del crédito que tiene el vendedor.

Como se observa, en el ejemplo antes expuesto es posible que el pacto de *non cedendo* quede inscrito en el registro, pero no porque el crédito tenga una partida registral propia, sino porque el contrato señalado -venta con reserva de propiedad- es registrable. Ahora bien, en dicho caso igualmente el cesionario llegará finalmente a verificar el título del cual nace el crédito que pretende adquirir. En efecto, el cesionario -como ya lo hemos mencionado antes- debe diligentemente solicitar al acreedor que le muestre su título. Ese instrumento podría obtenerlo también del registro -como título archivado-. Entonces, si el cesionario no cumple con solicitar el título al acreedor no podría eximirse de culpa en tanto que en el registro se encontraba inscrito el pacto de *non cedendo*.

Con este ejemplo queremos evidenciar que el cesionario en cualquier caso deberá solicitar al acreedor el título de su acreencia. Si no lo hiciera puede ocurrir que el pacto de *non cedendo* esté inscrito en el registro respectivo -como en el caso antes mencionado-, con lo cual, no podría negar que lo desconocía en atención a la presunción de conocimiento de la información registral establecida por el artículo 2012 del Código Civil.

así ¿su conducta se tornaría en dolosa? esta interrogante, como se habrá podido advertir, ya fue analizada y respondida en el apartado 3.1.2.2.4

En dicha oportunidad señalamos que el hecho de que el tercero se entere luego de celebrado el contrato del pacto de no contratar no implica que su conducta adquiera sobrevinientemente una connotación dolosa y que deba dejar de ejecutar el negocio que celebró, pues el requisito de la buena fe -lo cual supone el desconocimiento del pacto- solo debe exigirse y tenerse al momento de la celebración del contrato y no hasta cuando se adquiera efectivamente el derecho -como ocurre en algunos casos en los que el derecho materia de disposición se adquiere a través de un modo que se verifica luego de la conclusión del mismo-.

En dicho apartado -al cual nos remitimos- desarrollamos los argumentos que sustentan esta conclusión. Entonces, el conocimiento sobreviniente del pacto de *non cedendo* no determina que la conducta del tercero se convierta en dolosa y menos aún en culposa, por lo que no tendrá responsabilidad alguna.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora podemos concluir entonces que es posible que el cesionario haya actuado no solo con dolo, lo cual implica que haya conocido el pacto de *non cedendo*, sino también con culpa, es decir, habiendo podido conocer dicho pacto.

Ahora bien, a diferencia de que lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad contractual, en el régimen de la responsabilidad extracontractual no tiene ninguna relevancia realizar una graduación de la culpa en la que incurrió el causante del daño, pues bajo este sistema él está sujeto a un régimen de reparación integral, lo cual implica que no solo deberá resarcir al perjudicado los daños previsibles sino también los imprevisibles.

En efecto, a diferencia de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil el cual regula tres tipos de criterio de atribución bien diferenciados y cada uno con su propia definición -dolo (artículo 1318)²¹³, culpa inexcusable (artículo 1319)²¹⁴ y culpa leve (artículo 1320)²¹⁵- y en el cual

²¹³ Artículo 1318.- “*Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*”.

²¹⁴ Artículo 1319.- “*Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación*”.

²¹⁵ Artículo 1320.- “*Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

se establece que el deudor que haya incurrido en culpa leve solo responderá por los daños previsibles -por lo que si actuó con dolo o culpa inexcusable reparará los daños previsibles e imprevisibles-, no existe ninguna disposición normativa en la sección relativa a la responsabilidad extracontractual en la cual se establezca un tratamiento diferenciado para el causante del daño respecto a los alcances de los daños de los que deba responder en función a si actuó con dolo o culpa.

Nótese que no existe una sola norma -como si las hay en el régimen de inejecución de obligaciones- que diferencie el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve y le otorgue a cada una de ellas una definición propia bajo la óptica extracontractual. Solo se encuentra el artículo 1969 que hace una referencia general al dolo y la culpa.

Siendo ello así, si el régimen contractual sí distingue entre esos tres criterios de atribución otorgando a ellos consecuencias distintas en cuanto a los alcances de la reparación se refiere y el sistema extracontractual no realiza esa diferencia, entonces no podemos distinguir allí donde las normas -extracontractuales- no distinguen, por lo que se debe concluir que el causante -en este caso el tercero cesionario- responderá tanto por los daños previsibles como por los imprevisibles²¹⁶.

Respecto a quién tiene la carga de la prueba del dolo o la culpa, el artículo 1969 del Código Civil establece que será el supuesto causante -o sea el tercero cesionario- quien deberá probar la ausencia de dichos criterios de atribución subjetivos. En efecto, dicho artículo establece que: “(...) **el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor**”. Sobre este tema, algunos autores han manifestado su disconformidad con esa alteración probatoria -al menos respecto al dolo-.

Así, el profesor De Trazegnies señala lo siguiente:

“(...) es evidentemente claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque **el dolo no se presume nunca**. Por consiguiente, si el demandante se limita a probar el daño y el nexo causal, debe suponerse iuris tantum que ha habido

²¹⁶ Anteriormente hemos demostrado que el cedente, al haber incumplido su obligación de no contratar dolosamente, también está sujeto a un régimen de reparación integral. Ambos causantes deberán resarcir entonces los daños previsibles e imprevisibles.

simplemente culpa, lo que es suficiente para hacer al demandado responsable, dentro de los alcances del artículo 1969. Si el demandante tuviera interés en dejar establecido que no solo hubo culpa sino incluso dolo (**aunque ello parece irrelevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual**), la inversión de la carga de la prueba no lo ayudaría en ese punto y estaría obligado a probar el dolo del autor del daño” (énfasis agregado) (De Trazegnies Granda, 2001, pág. 165).

En ese mismo sentido, el profesor Taboada indica que:

“(…) ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, la doctrina moderna, y en tal sentido nuestro Código Civil, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, lo cual es por regla general bastante difícil, sino que corresponderá al autor del daño demostrar su ausencia de culpa. (...) **Conviene precisar que este artículo contiene un gravísimo error de redacción, por cuanto no puede interpretarse, como lo señala literalmente el artículo, que se presume el dolo del autor; solamente se presume la culpa y en tal sentido debe entenderse el significado del mismo**” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, págs. 113-114).

Como se observa, para los citados autores el artículo 1969 del Código Civil debe ser leído en el sentido de que lo único que debe presumirse es la culpa y no el dolo. Esto se debería a que si -como lo establece el señalado artículo- el supuesto causante es quien debe probar que no actuó con dolo, se le estaría imponiendo la carga de probar un hecho negativo, lo cual, como sabemos, es **casi** imposible. Es por ello que sería mejor que el perjudicado pruebe que el causante sí actuó de manera dolosa. Esto implica la prueba de un hecho positivo que sí podría ser probado por él.

Nótese que muchas veces el dolo implica el conocimiento de un determinado hecho, como ocurre en el caso del contrato de cesión en el cual el cesionario contrató conociendo la existencia del pacto de *non cedendo*. En casos como estos sería el perjudicado quien debería probar que el causante sí conocía ese hecho y no imponerle a él que pruebe que no lo conocía (hecho negativo). Esto se alinea con el hecho de que la buena fe se presume (desconocimiento de la realidad) y que

es el supuesto perjudicado quien debe probar la mala fe (conocimiento de dicha realidad). En ese sentido, el profesor Bullard indica que:

“De todo lo dicho podemos constatar la existencia de dos tipos de buena fe: la buena objetiva (derivada de mecanismos de reconocibilidad objetivos) y la buena fe subjetiva (derivada del conocimiento subjetivo). **La buena fe se presume.** Esto se debe a que la función dinámica del sistema pretende dar validez plena a las operaciones de intercambio, salvo que se demuestre lo contrario. Ello favorece el funcionamiento del mercado, imponiendo a quien quiera negar la validez de una operación por mala fe, la carga de demostrarlo. Esto va hilado con un problema práctico adicional: **la dificultad de hechos negativos.** Probar la buena fe es probar la falla de conocimiento, y será muy difícil poder demostrar que se **desconocían** las circunstancias específicas que harían inoponible la titularidad de su relación jurídica. **Entonces, se presume la buena fe y se obliga a probar el conocimiento de cierta circunstancia, lo que en sí es la prueba de un hecho positivo**” (énfasis agregado) (Bullard González, 2011, pág. 395).

Distinto es el caso de la culpa, pues al establecerse una presunción de este criterio de atribución subjetivo a favor del perjudicado será el causante quien deberá probar que no incurrió en negligencia y para ello deberá demostrar que actuó con diligencia o cuidado, lo cual, como sabemos, sí es posible pues se trata de un hecho positivo.

Teniendo ello en cuenta, en el caso del contrato de cesión que venimos analizando, si el cedido alega que el cesionario es responsable por haber actuado dolosamente deberá probar que él conocía el pacto de *non cedendo*. Es él quien está en mejor aptitud de probar ese hecho, por lo que, en virtud de la carga dinámica de la prueba, la inversión probatoria realizada por el artículo 1969 deberá desplazarse y será el cedido quien tendrá la carga de probar el dolo del cesionario.

Ahora bien, en caso el cedido no impute responsabilidad al tercero a título de dolo sino de culpa, será él -supuesto causante- quién deberá probar que no actuó culposamente sino con la diligencia que las circunstancias negociales exigen, lo cual implica, en este caso, que deberá probar que cuidó de revisar el título a partir del cual nació el crédito del cedente.

Así, si el pacto de *non cedendo* estaba contenido en dicho título y el cesionario no lo revisó, entonces será responsable por culpa. Pero si el pacto no estaba en dicho título sino en una *adenda* acordada en un momento posterior que no pudo conocer -que puede estar documentada o no- y

logró probar que revisó el título de la acreencia, entonces se liberará de responsabilidad al haber actuado diligentemente (salvo que el cedido pruebe que -a pesar de que el cesionario tuvo acceso al título en el cual no constaba el pacto- sí conocía la existencia de la *adenda* que contenía dicho acuerdo).

Si bien este sería el tratamiento probatorio que debería darse al dolo y a la culpa en el caso que venimos analizando desde la óptica del tercero, debemos precisar que -como ya se habrá podido advertir- en términos prácticos no existe utilidad alguna -respecto al cedido perjudicado- en que él impute responsabilidad al cesionario a título de dolo o de culpa, pues en uno u otro caso este deberá resarcirlo por los daños previsibles e imprevisibles que haya podido padecer.

En ese sentido, si por ejemplo es clarísimo que el cesionario actuó negligentemente y, a pesar de ello, el cedido pretende imputarle a toda costa un actuar doloso y para ello se esfuerza arduamente en encontrar material probatorio en base al cual pueda sustentar dicho criterio de atribución subjetivo, bastará que alegue que incurrió en culpa y no esmerarse en probar una conducta dolosa.

Para finalizar este tema relacionado a la prueba del dolo o la culpa del causante debemos señalar que, si bien las reglas establecidas para tal efecto en el régimen contractual y extracontractual son distintos -en el primero se presume solo la culpa leve, mientras que el dolo y la culpa inexcusable deberá ser probado por el acreedor; en el segundo es el causante el que deberá probar la ausencia del dolo o de culpa-, en realidad somos de la idea de que el juez o el árbitro, dependiendo de la peculiaridad de cada caso, deberá analizar cuál de las partes es la que deberá probar el criterio de atribución subjetivo.

Y es que, más allá de reglas probatorias establecidas por cada régimen de responsabilidad, finalmente deberá analizarse la realidad de cada caso particular. La regla debería ser que quien alega un hecho deberá probarlo. Sin embargo, si en el caso concreto el juez o el árbitro advierten que el demandante imputa dolo o culpa al demandado y, por las circunstancias particulares de la controversia, el mismo no está en posibilidad de probar el dolo o la culpa, sino que es el demandado quien puede probar que no procedió de esa manera, entonces será él quien tendrá la carga de la prueba.

A esto podría refutarse ¿no que no se puede probar un hecho negativo? Anteriormente hemos señalado que la prueba de un hecho negativo es casi imposible; pero no absolutamente imposible. Y es que en algunos casos la prueba de algunos hechos positivos -por ejemplo, la realización de actos de diligencia o del cumplimiento de una obligación- determinan que se concluya de manera inevitable la ausencia de, por ejemplo, el dolo.

En otros casos puede ocurrir algo distinto. Por ejemplo, si se imputa responsabilidad por la instigación a la comisión de un daño, el demandado -supuesto instigador- no podrá probar que no instigó. En este caso es el demandante el que deberá probar que él sí realizó los actos de instigación. Dependerá de caso entonces.

La teoría procesal que resulta idónea para analizar quién es el que deberá realizar la actividad probatoria respectiva es la carga dinámica de la prueba. En virtud de esta teoría, quien debe probar un hecho no necesariamente es la parte que lo invoca, sino la parte que se encuentra en mejor posición para poder aportar el material probatorio respectivo. Quien, desde el punto de vista técnico, económico -menos costo- o fáctico, esté en mejor aptitud de probar un hecho es el que deberá probar su ocurrencia o -de ser el caso- su falta de ocurrencia (en caso esto último sea posible).

Ahora bien, no podemos culminar el estudio de este presupuesto de la responsabilidad civil sin antes realizar algunas precisiones en torno a dicho elemento y al tema de la ineficacia del contrato de cesión de crédito, el cual fue desarrollado en el apartado 3.1.2.2. Como hemos demostrado anteriormente, para que exista dolo no se requiere necesariamente la intención directa de ocasionar un daño o un perjuicio a la víctima, basta con ser consciente de que se está incurriendo en una conducta u omisión deliberada a través de la cual se puede generar un daño a dicho sujeto y ser indiferente a ello. En ambos casos (la sola conducta deliberada o la sola intención de dañar) estaremos igualmente ante la hipótesis del dolo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría concluirse que, al constituir ambos supuestos una conducta dolosa, el contrato de cesión celebrado por el cedente y el cesionario sería entonces siempre nulo. Nótese que el hecho ilícito que genera el daño al cedido no es una situación de hecho como normalmente ocurre, sino que se ve materializado en un acto jurídico patrimonial: el contrato de cesión. Entonces, si los dos actuaron dolosamente al celebrar el contrato, el mismo

sería nulo. Se equipararía al dolo con la nulidad. Esta conclusión, que parecería categórica, en realidad no lo es.

En efecto, el negocio de cesión celebrado bajo esos dos supuestos -que se reducen a la hipótesis general del dolo- no siempre deberá ser sancionado con nulidad. Veamos por qué.

Cuando analizamos cuál es el tipo de ineficacia en el que se encuentra inmerso el contrato de cesión de crédito señalamos que es posible que ella padezca dos tipos de ineficacia dependiendo de las circunstancias en la cual el cedente y el cesionario -que conocía el pacto de *non cedendo*- contrataron. Así, en el apartado 3.1.2.1.4 concluimos que, entre otros supuestos, si el cesionario o ambos celebraron el negocio con la intención directa de generar un perjuicio al cedido entonces el contrato sería nulo por ilicitud de su causa (ineficacia estructural), pues la razón determinante por la cual se contrató era contraria al orden público: no se puede tolerar que dos sujetos se coludan con el ánimo de dañar a un tercero²¹⁷.

Sin embargo, si el negocio no fue celebrado con la intención de perjudicar al cedido, sino para que cada uno obtenga ventajas comerciales o negociales dignas de protección a través del intercambio, entonces el contrato no era nulo, sino solo ineficaz en sentido estricto dado que el cedente tenía la legitimidad para disponer restringida como consecuencia del pacto de *non cedendo* que celebró con el cedido. De esta manera surgía en cabeza de este último el derecho potestativo a decidir si ratifica o no ese contrato²¹⁸.

Si se observa con cuidado ambas hipótesis de ineficacia se podrá advertir que la diferencia es que en la primera de ellas (ineficacia estructural) el cedente y el cesionario tienen la intención de ocasionar un perjuicio al cedido (lo cual implica una conducta dolosa) y en la segunda (ineficacia en sentido estricto) si bien ambos no tienen la intención de generarle un daño -pues contratan para obtener un determinado beneficio legítimo- son conscientes de que el contrato que celebran sí puede generar un potencial perjuicio al cedido, aunque esa no sea su intención o deseo (esto también implica una conducta dolosa).

²¹⁷ Los argumentos -y los ejemplos- por los cuales concluimos que el contrato de cesión celebrado por el cedente y el cesionario era nulo por ilicitud de su causa se encuentran en el mencionado apartado 3.1.2.1.4 al cual nos remitimos.

²¹⁸ Los argumentos -y los ejemplos- por los cuales concluimos que el contrato de cesión celebrado por el cedente y el cesionario era solo ineficaz -por la restricción en la legitimidad del cedente- y no nulo se encuentran en el apartado 3.1.2.2.1 al cual nos remitimos.

Nosotros hemos señalado que cuando el cedente y el cesionario contratan con la intención de perjudicar al cedido el contrato será nulo, pero cuando no tengan esa finalidad el negocio será solo ineficaz. Entonces la pregunta que surge es ¿por qué en la hipótesis en la cual el cedente y el cesionario contrataron sin la intención de dañar el contrato no será nulo a pesar de que la conducta de ambos sigue siendo dolosa? ¿no sería incongruente sostener por un lado que ambos son responsables civilmente por los daños generados al cedido a título de dolo y por el otro que el contrato a través del cual se generó el perjuicio no es nulo sino solo ineficaz? ¿cómo entender que una conducta negocial dolosa no acarrea nulidad sino solo ineficacia?

Lo que ocurre es que en el caso en el cual el contrato es solo ineficaz **el dolo en el que incurrieron el cedente y el cesionario no es lo suficientemente fuerte o intenso como para que el contrato sea sancionado con nulidad**. En efecto, si bien ambos sujetos sabían y eran conscientes de que cuando contrataban podían generar un perjuicio al cedido -con lo cual asumieron el riesgo de que se genere algunos daños y deberán responder por los mismos-, no tenían la intención directa y repudiada de perjudicarlo, pues pretendían obtener a partir de dicho intercambio económico sendas ventajas legítimas²¹⁹. Esto determina que la causa del contrato así celebrado no es ilícita: no contrataron para dañar sino para satisfacer intereses legítimos.

En cambio, **si ambos contrataron con la finalidad de dañar al cedido, entonces ese dolo sí es lo suficientemente grave y fuerte como para que el negocio sea nulo**. Este tipo de conductas son intolerables desde cualquier punto de vista. Nótese que en ambos casos (contrato de cesión nulo por tener la intención de perjudicar al cedido y contrato de cesión únicamente ineficaz) el cedido podrá solicitar que se le reparen los daños que haya podido padecer a título de dolo. **Desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad civil esto es claro y desde esta óptica no cabe diferenciar si el cesionario y el cedente tenían o no la intención de perjudicar, pues basta con que sean conscientes de que con su conducta podían generar un perjuicio al cedido para que haya dolo y sean responsables**.

Sin embargo, desde la teoría de la causa del negocio jurídico sí cabe diferenciar ambos supuestos, pues solo cuando ambos tengan la intención de perjudicar al cedido el contrato será nulo por ilicitud de su causa, pero si no es así, solo será ineficaz. Entonces, para efectos de evaluar la validez o no del contrato sí se debe tener en cuenta dicha diferencia. En base

²¹⁹ En la página 241 del presente trabajo expusimos un ejemplo de ese supuesto.

a lo expuesto, podemos concluir que el hecho de que el cedido oponga al cedente y al cesionario el pacto de *non cedendo* y a partir de la teoría del acto jurídico alegue que el contrato es solo ineficaz no es en lo absoluto incompatible con que luego pretenda un resarcimiento a título de dolo.

En atención a todo lo expuesto anteriormente podemos concluir que el deudor responderá por los daños ocasionados al cedido a título de dolo, por lo que deberá resarcirlo por los daños previsibles e imprevisibles. Por el lado del tercero, este podrá incurrir en una conducta dolosa o culposa, sin embargo, en cualquier caso, deberá responder conjuntamente con el deudor por todos los daños antes mencionados.

Analicemos ahora la verificación del cuarto y último elemento de la responsabilidad civil: el daño.

3.1.3.4 Daño²²⁰

Respecto a la definición de lo que jurídicamente constituye un daño, el profesor Taboada ha señalado que: “(...) se han propuesto en la doctrina muchas definiciones o intentos de definir el daño que origina una responsabilidad civil. Sin embargo, la fórmula más exacta nos parece aquella que define el **daño jurídicamente indemnizable** como toda **lesión a un interés jurídicamente protegido** (...)” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, pág. 72).

Como bien sabemos, esos intereses legítimos dignos de tutela jurídica pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Justamente a partir de ello es que casi unánimemente el daño ha sido clasificado en daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ubicándose dentro de los

²²⁰ Llegado a este punto cabe recordar que, conforme a lo ya precisado en el pie de página 179 del presente trabajo, la posibilidad de que se genere un daño al cedido a causa del incumplimiento del pacto de *non cedendo* por parte del cedente es muy remota. En efecto, al menos desde el punto de vista patrimonial, da lo mismo si debe pagar a su acreedor o al cesionario, pues en ambos casos quedará liberado de su obligación.

¿De qué daño puede hablarse entonces? Sin bien esto es cierto, en dicho pie de página precisamos que el estudio de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil resulta útil no solo para esos pocos casos -en los cuales pueden existir daños, por ejemplo, de connotación comercial- sino también para el caso del pacto de exclusividad que analizaremos más adelante, y para otros pactos típicos o atípicos similares a los que venimos analizando.

primeros al daño emergente y al lucro cesante y dentro del segundo al daño a la persona, el cual, a su vez, incluye otras subcategorías como las lesiones físicas y psíquicas, el daño moral y el daño al proyecto de vida²²¹.

En el caso del contrato de cesión de crédito que nos ocupa se deberán resarcir entonces los posibles daños patrimoniales ciertos que se hayan podido ocasionar al cedido. Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con lo establecido por el artículo 1331 del Código Civil, es el acreedor -en este caso el cedido- quien deberá probar los daños y su cuantía²²². Nótese que, si logra probar solo la existencia del daño, pero no es posible determinar su cuantía, entonces será el juez -o el árbitro- quien deberá fijarlo con valoración equitativa²²³.

Respecto a la proporción del pago de los daños, en la medida de que tanto el cedente como el cesionario responderán como coautores del perjuicio, dado que ambos tuvieron una participación igualmente **significativa** en el hecho dañoso -la confluencia de ambos fue necesaria para que se celebre el contrato con el cual se incumplió la obligación del cedente-, es probable que el juez o el árbitro determine que cada uno de ellos deberá pagar la mitad del monto total de los daños (previsibles e imprevisibles), pues el grado de participación de cada uno fue igual.

Ahora, si es que el cesionario no actuó de forma dolosa sino culposa, entonces -sin perjuicio de que seguirá teniendo la condición de coautor- creemos que debería pagar un monto razonablemente menor que el deudor, el cual sí actuó con dolo. En ese sentido, si por ejemplo los daños previsibles e imprevisibles ascienden a la suma de S/ 3000, entonces el deudor debería pagar S/ 1650 y el tercero S/ 1350. Estos montos son solo referenciales. El juez o el árbitro determinará de acuerdo a cada caso los montos exactos.

Lo que buscamos es enfatizar que, si bien ambos coautores están sujetos a un régimen de reparación integral y la conducta de ambos fue determinante para que se genere el incumplimiento,

²²¹ En doctrina existen muchos criterios para clasificar al daño extrapatrimonial. Incluso algunos niegan la existencia de alguna de ellas como es el caso del daño al proyecto de vida. La clasificación y el estudio de estos daños es muy interesante y atractiva, sin embargo, exceden los alcances del presente trabajo. Lo dejamos para una posterior oportunidad.

²²² En efecto, dicho artículo establece lo siguiente: “*la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

²²³ Así lo establece el artículo 1332 del Código Civil: “*si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*”.

el que actuó negligentemente debería pagar un poco menos que el que procedió con dolo. En casos como estos creemos que sí es relevante tener en cuenta el factor de atribución subjetivo con el que actuó el cesionario.

Nótese que dicho análisis se torna en importante solo para efectos del monto que deba pagar como coautor del daño, pero no para determinar si deberá pagar solo los daños previsibles o imprevisibles, pues -como ya hemos analizado anteriormente- responderá por ambos daños independientemente de si actuó con dolo o culpa. De hecho, en el monto que deberá pagar el cesionario -cifra que será menor que la del cedente si actuó culposamente- está incluido también los daños imprevisibles.

A partir de lo todo lo expuesto anteriormente podemos concluir entonces que tanto el cedente como el cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo* serán responsables -en calidad de coautores- por los daños ciertos que haya podido padecer el cedido. Ha quedado claro que no existe ninguna inmunidad o causa de justificación que puedan invocar a efectos de que se descarte la conducta antijurídica en la cual incurrieron ambos.

Del mismo modo, se ha verificado la existencia del nexo de causalidad entre dichas conductas y el daño y el factor de atribución subjetivo de ambos sujetos. Teniendo ello en cuenta, el cedido podrá exigirles a los dos o a cada uno de ellos el íntegro de la reparación en atención a que ambos son solidariamente responsables por los daños ocasionados.

Hasta acá hemos analizado los elementos de la responsabilidad civil que deben verificarse para que el cedido -en base a ellos- pueda reclamar el resarcimiento de los daños que haya podido padecer tanto al cedente como al cesionario. Ahora bien, un aspecto importante que no debe perderse de vista son los plazos de prescripción que el cedido debe tener en cuenta para dirigirse contra ellos, no solo para efectos de interponer una pretensión resarcitoria sino también para solicitar la ineficacia (estructural o en sentido estricto) del contrato de cesión de crédito.

Como se habrá podido advertir, los plazos para la interposición de casi todas esas pretensiones son distintos, por lo que podrían generarse algunos inconvenientes de orden práctico que el cedido deberá tener en cuenta. Veamos cuáles son dichos plazos y en base a ellos cómo se podrían conjugar cada una de esas pretensiones.

3.1.4 Sobre los plazos de prescripción de las pretensiones resarcitorias y de la ineficacia del contrato de cesión

Antes de analizar los plazos de prescripción de las pretensiones antes mencionadas es importante aclarar un tema que muchas veces pasa desapercibido: ¿desde cuándo se debe iniciar el cómputo del plazo de prescripción? si bien el artículo 1993 del Código Civil establece literalmente que: “*la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción (...)*”, en el ámbito de la responsabilidad civil -y también en otros- muchas veces esta norma no es aplicada correctamente y se computa el plazo prescriptorio desde el día en que surgió el daño, cuando ello no necesariamente debe ser así, pues en realidad el mismo debe ser computado desde que la víctima tomó conocimiento de la existencia del perjuicio.

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

«Una interpretación estrechamente literal [haciendo referencia al artículo 1993], haría entender que el plazo comienza a correr después de haberse producido el daño. Sin embargo, **no siempre ambas fechas coinciden**: a veces “el día en que puede ejercitarse la acción” es aquel en el cual la víctima es consciente (**o recién se entera**) que ha sufrido dicho daño. Imagínese el caso de un gerente en una sociedad que ha hecho malversaciones de fondos y ha ocultado esa información y el directorio **conoce** de ello tiempo después de la salida de dicho gerente (que, obviamente, ha ocurrido mucho después de la malversación).

Entonces, el hecho que la víctima esté en la posibilidad de ejercer la acción no coincide, necesariamente, con la fecha en la cual se le produce el daño. Con ello no se pretende incentivar las demandas de los “dañados” poco diligentes, sino evitar generar incentivos para que los “dañantes” no planifiquen una estrategia “dañosa” o que se creen situaciones de injusta indefensión de las víctimas. Por ello, el parámetro de la “**conocibilidad objetiva**” parece ser el más adecuado» (énfasis agregado) (Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, 2011, pág. 355).

En esa misma línea se ha indicado que:

«El plazo prescriptorio de la acción por responsabilidad extracontractual se inicia cuando el daño consecuencia (o las consecuencias del daño) es **conocible** por la víctima. Ello se desprende

de lo establecido por el artículo 1993 del C.C, el cual indica que el cómputo prescriptorio se inicia “(...) desde el día en que puede ejercitarse la acción”; es obvio que la acción no podrá ejercitarse si antes no se ha producido el efecto del daño que se solicita sea reparado (daño consecuencia), **y es difícil que se exija demandar si la víctima no conoce el daño que quiere que se le indemnice (daño conocido)**» (énfasis agregado) (Huanco Piscoche, 2005, pág. 331).

Nosotros compartimos lo señalado por los citados autores. En ese sentido, creemos que **el plazo de prescripción debe computarse no desde la fecha en la cual se produjo efectivamente el daño, sino desde que el afectado o la víctima tomó conocimiento de la existencia del perjuicio**. Y es que la aplicación de la prescripción extintiva parte de la premisa de que el titular de un determinado interés jurídicamente tutelable conozca que dicho interés ha sido justamente lesionado. Sería totalmente arbitrario que se empiece a computar el plazo cuando él no conoce dicha afectación. Ello supondría que a sus espaldas haya comenzado a correr un plazo que podría privarlo de tutela efectiva de forma arbitraria²²⁴.

Es importante tener en cuenta que esta interpretación del artículo 1993 del Código Civil respecto al plazo de prescripción es aplicable no solo a los casos de responsabilidad civil extracontractual, sino también, a los de responsabilidad civil contractual. En estos casos **el plazo de prescripción deberá empezarse a computar desde que el acreedor tomó conocimiento del daño generado por la conducta de su deudor**. De hecho, justamente en el caso del contrato de cesión que nos ocupa puede perfectamente ocurrir que difieran la fecha en la cual se produjo el evento dañoso que dio lugar al perjuicio y la fecha en la cual el perjudicado -esto es, el acreedor- tomó conocimiento del daño.

En efecto, si como ya hemos mencionado anteriormente, la celebración del contrato de cesión determina que el crédito del cedido se vea lesionado y que -aunque de forma muy remota- pueda padecer algunos daños a casusa de ello, es posible que tome conocimiento de la celebración

²²⁴ Veamos un caso que ejemplifique lo hasta aquí explicado. Imaginemos que el día uno Jorge sufre un pequeño accidente de tránsito. El día cien su columna empieza a tener algunas complicaciones internas a causa de dicho accidente, pero él aún no las percibe porque es una patología que- si bien ya surgió ese día- aún no se “exterioriza” a través de determinados signos como sería el caso de un fuerte dolor. El día ciento veinte Jorge tuvo que salir de su trabajo a la clínica porque le dio un insoportable dolor de espalda que no aguantó.

En este caso, conforme a lo ya señalado anteriormente, el cómputo del plazo prescriptorio para que Jorge solicite que se le repare por el daño físico que padece en la espalda deberá realizarse desde que tomó conocimiento de que padecía una lesión, esto es, a partir del día ciento veinte y no desde que se produjo el evento dañoso -día uno- o desde que el daño surgió en él -día cien-.

de dicho contrato de cesión mucho tiempo después de que el mismo haya sido celebrado. Así, puede ocurrir que “B” y “C” hayan celebrado el contrato de cesión el 29 de junio de 2018, pero que “A” (cedido) recién se entere de dicho contrato el día 15 de noviembre del mismo año.

En este caso, el cedido tomó conocimiento de la existencia del hecho que dio lugar al perjuicio (15 de noviembre) mucho tiempo después de que el mismo haya surgido (29 de junio). El plazo prescriptorio deberá computarse, entonces, desde que él pudo ejercer la “acción”, esto es, desde que logró conocer que en su esfera jurídica “dormía” un daño hace varios meses.

Lo mismo ocurre en el caso de la pretensión de nulidad que el cedido decida interponer contra el contrato de cesión de crédito. En casos como estos, el plazo prescriptorio debe computarse desde que él tomó conocimiento no de la existencia del contrato en sí mismo -que puede ocurrir mucho tiempo después de que se haya celebrado-, sino **desde que conoce la causal que determina que dicho negocio sea nulo**. Veamos un ejemplo. Imaginemos que el día 20 de febrero de 2017 “B” y “C” celebraron un contrato de cesión con el objetivo de perjudicar o dañar a “A” (cedido). Como bien sabemos, ese contrato será nulo²²⁵.

Puede ocurrir que “A” tome conocimiento de la celebración de dicho contrato el 28 de mayo del mismo año, pero que el 30 de julio recién se entere de que el mismo fue celebrado por “B” y “C” con la finalidad de ocasionarle un daño. En este caso, el plazo prescriptorio para solicitar la nulidad del negocio debería computarse no desde que el mismo fue celebrado (20 de febrero), ni desde que “A” tomó conocimiento del mismo (28 de mayo), sino desde que conoció la causal de nulidad, esto es, desde que se enteró de la finalidad ilícita del contrato, lo cual ocurrió recién el 30 de julio²²⁶.

²²⁵ En la página 234 y siguientes del presente trabajo graficamos el caso de un contrato de cesión de crédito celebrado por el cedente y el cesionario con el objetivo de ocasionar un perjuicio al cedido. Puede verse ese caso a modo de ejemplo.

²²⁶ Debemos precisar que en el caso de la pretensión de ineficacia de un negocio jurídico celebrado por quien no tenía legitimidad o por quien sí la tenía, pero de manera restringida, no tiene relevancia alguna distinguir entre la fecha en la cual se llegó a conocer dicho negocio y la fecha en la cual se conoció la causal que dio lugar a dicha ineficacia por dos razones:

- (i) Ambas fechas siempre coincidirán. En efecto, cuando el verdadero titular de un bien se entere de que el mismo ha sido transferido por otro sujeto a través de un determinado contrato entonces es claro que ahí mismo sabrá de que ese negocio tiene una patología pues el bien no ha sido transferido por él -su verdadero dueño-; del mismo modo, cuando el poderdante se entere de que la persona a la cual ya le había revocado las facultades celebró un contrato en nombre suyo cuando ya no podía hacerlo -o cuando se arrogaba facultades que nunca tuvo- entonces es claro que en ese momento sabrá de que ese contrato tiene una patología. Finalmente, en caso

Habiendo aclarado desde cuándo debe computarse el plazo prescriptorio que tiene el cedido para que interponga sus pretensiones resarcitorias y de nulidad del contrato de cesión, vemos ahora cuál es el plazo de cada uno de ellos y los aspectos que debe tener en cuenta.

Analicemos primero el caso de las pretensiones resarcitorias. Como es claro, el deudor -cedente- será responsable bajo el régimen contractual y el cesionario bajo el régimen extracontractual y, como bien sabemos, los plazos de prescripción para la interposición de cada una de esas pretensiones son distintos. En efecto, el plazo para solicitar un resarcimiento por responsabilidad contractual es de diez años, mientras que el plazo para solicitar un resarcimiento por responsabilidad extracontractual es de dos años.

Teniendo ello en cuenta, si el cedido decide demandar al cedente y al cesionario y lo hace dentro de los dos años de haber conocido el perjuicio no habría inconveniente alguno; pero si ya transcurrieron más de dos años y decide demandar a los dos -antes del décimo año-, entonces es muy posible que el cesionario deduzca una excepción de prescripción extintiva, la cual será declarada fundada²²⁷. En ese escenario, solo podría cobrar el íntegro del resarcimiento al deudor. Si bien puede suceder que el cesionario sea mucho más solvente que este último -con lo cual le hubiera convenido que demande solo a él- al haber dejado transcurrir el plazo de dos años no le queda otra opción que cobrar la reparación solo al deudor.

Ahora bien, en atención a la solidaridad establecida por el artículo 1983 del Código Civil, si el cedente pagó el íntegro del resarcimiento podrá repetir contra el cesionario por la cantidad que a este le tocaba pagar en proporción al grado de participación que tuvo en el hecho generador del daño. Así lo establece dicha disposición normativa cuando señala que: “*si son varios los*

el acreedor de un pacto de no contratar se entere de que su deudor celebró el contrato que se había obligado a no concluir, entonces en ese momento conocerá que dicho contrato también tiene una anomalía.

- (ii) Conforme a lo ya analizado en el apartado 3.1.2.2.10 dicha pretensión de ineficacia es imprescriptible, por lo que no tiene importancia alguna verificar si difieren o no la fecha de celebración del contrato y la fecha en la cual se conoce la causal de ineficacia, los cuales, por cierto, conforme a lo ya analizado en el punto anterior, no serán distintos.

²²⁷ Nótese que, si el cesionario no deduce la excepción de prescripción extintiva en la oportunidad correspondiente, entonces permanecerá en el proceso sin problema alguno. Esto se desprende claramente de lo dispuesto por el artículo 1992 del Código Civil el cual establece que: “*el juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada*”. Entonces, solo si el cesionario dedujo dicha excepción podrá quedar excluido del proceso, de lo contrario será procesado conjuntamente con el deudor.

responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros (...)”.

Creemos que esta acción de repetición tiene como finalidad **impedir que se produzca un supuesto de enriquecimiento indebido negativo**. En efecto, si el cedente no podría repetir contra el cesionario por la cantidad que a este le tocaba pagar, entonces él se verá beneficiado patrimonialmente de forma irregular, pues su patrimonio no se redujo cuando debió haberse reducido debido a que también es responsable por los daños ocasionados al acreedor cedido, por lo que también debería resarcirlo. Entonces, si bien en un primer momento el cesionario podría “liberarse” del pago del resarcimiento al deducir la excepción de prescripción extintiva, lo cierto es que esa “liberación” no durará para siempre, pues el cedente podría repetir contra él y, por esta vía, tendría que pagar de todas formas lo que le corresponde²²⁸.

Ahora, si el cedido interpone su demanda luego de los diez años, entonces no solo el cesionario podría deducir una excepción de prescripción extintiva, sino también el cedente. De ocurrir ello, el acreedor cedido no tendría nada que hacer.

²²⁸ Teniendo en cuenta entonces que el cedido solo demande el resarcimiento por daños y no la ineficacia del contrato porque decidió ratificar el mismo -lo cual es perfectamente posible, pues esta decisión de ratificar el contrato puede obedecer a que dicho negocio le puede generar alguna gran utilidad pero también un pequeño perjuicio, con lo cual obtendría esa utilidad pero también podría solicitar el pago por esos daños menores (salvo que en el proceso se determine un supuesto de concausa o de hecho determinante de la propia víctima por haber ratificado el negocio)-, lo que debería hacer el cedente -más allá de que la excepción de prescripción extintiva del cesionario tenga sustento-, es presentar una solicitud de aseguramiento de pretensión futura contra él.

Esta figura procesal se encuentra regulada en el artículo 104 del Código Procesal Civil el cual establece lo siguiente: *“la parte que considere tener derecho para exigir de un tercero un resarcimiento por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él”*.

En virtud de esta solicitud, el cedente lograría que el cesionario permanezca en el proceso a fin de que en esta misma vía pueda repetir contra él. De esta forma, no tendría que iniciar otro proceso en el cual solicite la repetición de lo pagado. Esta salida es muy eficiente y además garantiza que no se afecte el derecho de defensa del cesionario, pues en caso este sea excluido del proceso por mérito de la excepción de prescripción el juez igualmente debería determinar el grado de responsabilidad que él tuvo en el ilícito dañoso para que en función a ello establezca cuál es el monto exacto que debería pagar. Y es que para que el cedente repita contra el cesionario es necesario que el juez determine el monto que cada uno debe pagar.

Esto implica entonces que el juez analice no solo el grado de participación que tuvo el cesionario sino también si actuó con dolo o culpa y, como es claro, el análisis de estos aspectos debería realizarse con la participación procesal de él también. De no ser así, se afectaría su derecho de defensa si es que en la sentencia el juez determina que -si bien sea el cedente quien pague el íntegro del resarcimiento- el tercero es coautor del daño a título de dolo o culpa y que le corresponde pagar “X” soles por ello sin que se haya podido defender. El aseguramiento de la pretensión futura permite evitar que se genere esta situación de indefensión.

Veamos ahora el caso de las pretensiones de ineficacia (estructural y en sentido estricto) del contrato de cesión. Como bien sabemos, la pretensión de nulidad de un negocio jurídico prescribe a los diez años desde que se tomó conocimiento de la causal de nulidad. En ese sentido, el cedido debería cuidar de demandar dicha pretensión dentro de ese plazo. Asimismo, podría acumular a dicha pretensión la de resarcimiento por daños.

Ahora, si el contrato de cesión no es nulo y el cedido no opta por la ratificación del mismo sino por pretender su ineficacia, en atención a que dicha pretensión es imprescriptible de acuerdo a lo ya analizado en el apartado 3.1.2.2.10, podría solicitar que se declare ineficaz en cualquier momento. Si además de la pretensión de ineficacia el cedido padeció algunos daños que desea reclamar, entonces sí debería cuidar interponer la pretensión resarcitoria dentro de los plazos respectivos, según lo ya analizado anteriormente²²⁹.

Respecto a la competencia no habría inconveniente alguno en que se acumule la pretensión de ineficacia y/o de nulidad y la de resarcimiento por daños pues en todas ellas no existe problema alguno con el grado, el territorio, la materia, la cuantía o el turno. En cuanto a la vía procedimental, todas las pretensiones se tramitan en la misma vía: la de conocimiento.

Con esto hemos culminado: **(i)** el análisis de los presupuestos de la responsabilidad que se deben verificar para que el acreedor (cedido) se dirija contra el deudor (cedente) y el tercero (cesionario) a efectos de que le reparen los daños que haya podido padecer, **(ii)** el estudio de la

²²⁹ Nótese que si el cedido decide demandar el íntegro del resarcimiento solamente al cesionario o al cedente y además la ineficacia (estructural o en sentido estricto) del contrato, entonces tendrá que demandar necesariamente a ambos. Podría pensarse que como el acreedor a elegido demandar solo al tercero o al deudor, debería demandar entonces solo a uno de ellos. Esto sería correcto si es que únicamente pretendiera el pago de un resarcimiento y no la ineficacia del negocio.

Sin embargo, si además de la pretensión resarcitoria solicita la ineficacia del contrato, entonces -independientemente de que para efectos reparatorios solo haya escogido al cedente o al cesionario- deberá emplazar a ambos, pues cuando se demanda la invalidez o ineficacia de un negocio en general debe demandarse siempre a todos los sujetos que celebraron el mismo.

Teniendo ello en cuenta, puede ocurrir que el cedido haya demandado la nulidad o la ineficacia en sentido estricto del contrato y también la pretensión de daños a ambos sujetos, pero luego de los dos años de haber conocido el perjuicio. En este caso, el cesionario podrá deducir su excepción de prescripción extintiva respecto a la pretensión resarcitoria, pero eso no implica que quede excluido del proceso, pues tendrá que litigar respecto a la eficacia del contrato. Incluso, en caso se concluya que dicho negocio es ineficaz y que existen daños, entonces el juez deberá evaluar el grado de responsabilidad de cada uno y, si bien por efecto de la excepción de prescripción el cesionario en teoría quedaría “liberado”, el cedente podría repetir sin problema alguno contra él en atención a la solidaridad que existe entre ellos.

ineficacia (estructural y en sentido estricto) del contrato de cesión crediticia y **(iii)** los principales aspectos que debe tener en cuenta respecto a los plazos de prescripción de cada pretensión.

Queda demostrado entonces que el acreedor puede dirigirse sin problema alguno contra el tercero que lesionó su crédito de forma conjunta con su deudor. No debe olvidarse que la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato celebrado entre su deudor y el tercero y el hecho de que pueda requerir el pago de un resarcimiento no solo a aquel, sino también a este, son algunas de las herramientas a través de las cuales puede oponer su crédito a dicho tercero. Queda descartado entonces ese mito de que el acreedor solo podía dirigirse contra su deudor y no contra los terceros.

Estudiemos ahora otro supuesto en el cual es perfectamente posible que el acreedor de un pacto de no contratar oponga su crédito al tercero que contrató con su deudor a sabiendas de la existencia de dicho pacto. En este caso también se analizará la ineficacia y/o nulidad de dicho contrato y la responsabilidad civil de cada uno de ellos. Este supuesto es el pacto de exclusividad celebrado en el marco de un contrato de suministro. Veamos:

3.2 El pacto de exclusividad en el marco de un contrato de suministro²³⁰

El pacto de exclusividad es un acuerdo contractual que forma parte de los denominados pactos de no competencia o de no concurrencia en virtud del cual una de las partes -o ambas- se obliga o a no ejecutar una determinada prestación a favor de un tercero o a no recibir una prestación de parte de un tercero. En estricto, a través de estos acuerdos lo que buscan las partes es desplazar a sus competidores del mercado para que así puedan obtener una mayor ventaja patrimonial.

Estos pactos de exclusividad puedan celebrarse en el marco de varios contratos. Los negocios en los que aparece con mayor frecuencia son el de suministro, distribución, edición y trabajo. Por nuestra parte hemos decidido analizar a dicha obligación negativa en el marco de un

²³⁰ Antes de iniciar con el análisis de este tema es necesario precisar que, si bien el contrato de suministro en general tiene varios aspectos interesantes y polémicos que merecen ser estudiados, en el presente trabajo no analizaremos todos y cada uno de dichos temas pues no es este el espacio para analizar todos los artículos que el Código Civil ha dedicado al contrato de suministro. No pretendemos realizar un estudio riguroso sobre todos los alcances de dicho contrato, solo nos centraremos en los artículos y los aspectos pertinentes que tengan una relación directa con nuestra hipótesis de estudio: la oponibilidad de los pactos de no contratar a los terceros que conocían o podían conocer los mismos, en este caso, la oponibilidad de los pactos de exclusividad regulados en los artículos 1616 y 1617 del Código Civil.

contrato de suministro en atención a la importante connotación comercial que tienen ambos en la dinámica de los negocios, pues son acuerdos que se celebran con gran frecuencia. Tan esencial es este negocio -suministro- que el legislador ha decidido no solo regularlo a él expresamente en el Código Civil, sino también al pacto mismo de exclusividad en la sección normativa correspondiente a dicho contrato²³¹.

En efecto, en el artículo 1604 del dicho cuerpo normativo se define al contrato de suministro²³² y en los artículos 1616 y 1617 se regula la exclusividad a favor del suministrante y del suministrado, respectivamente²³³. Antes de analizar cada una de dichas disposiciones normativas desde la óptica de la oponibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas, es necesario precisar un aspecto central que envuelve a los pactos de exclusividad en general. Veamos:

3.2.1 Cuestión previa: no todos los pactos de exclusividad atentan contra la libre competencia

Como hemos mencionado anteriormente, la principal finalidad de dicho pacto es desplazar del mercado a la competencia directa de una de las partes -o de ambas, cuando el pacto ha sido acordado en favor de los dos-. En ese sentido, bien podría señalarse que si a través de dicho acuerdo lo que se pretende es separar o excluir a la competencia, entonces el mismo sería ilícito, pues se generaría una alteración irregular en el mercado que afectaría no solo a dichos competidores directos, sino también a los consumidores.

En esa línea -en el marco del contrato de suministro- el profesor Marco Antonio Ortega ha señalado lo siguiente:

²³¹ De hecho, el análisis que realizaremos de la oponibilidad del pacto de exclusividad en el marco del contrato de suministro -ineficacia del negocio, solicitud de medidas cautelares pertinentes y pretensión resarcitoria- servirá de base para el estudio de la oponibilidad de dicho pacto en otros contratos como los de arrendamiento, edición, trabajo, distribución, etc.

²³² Artículo 1604.- “Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes”.

²³³ Artículo 1616.- “Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación”.

Artículo 1617.- “Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar”.

“Cuando el acuerdo de exclusividad es a favor del suministrado, el mismo presupondría que los bienes sobre los que recae el intercambio solo pueden ser entregados por el suministrante al suministrado, de manera que el pacto está orientado de hecho -como herramienta comercial- a **impedir que terceros puedan adquirirlos**, ¿por qué?, porque los terceros son nada menos que la **competencia del suministrado**, de manera que a este le interesa **excluir, impedir o restringir su acceso a los referidos bienes, asegurándose por esta vía una determinada presencia cuantitativa o cualitativa en el mercado**. Esta situación genera, a mi entender, toda una cuestión sobre la ilicitud de semejante acuerdo, ya que **podría considerarse que representa una práctica restrictiva de la libre competencia** y, conforme a ello, calificarse como una actuación contraria al normal desenvolvimiento del mercado, con el correlativo perjuicio para la sociedad.

Resulta pertinente destacar, por ejemplo, que en la experiencia legislativa colombiana la regulación del pacto de exclusividad a favor del suministrante (...) fue finalmente derogada mediante Ley 256 del año 1996, al considerarse que correspondía a una “**competencia desleal**”. Este tema es particularmente sensible en nuestro medio, por cuando ya existen pronunciamientos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI- sobre la **validez** de los pactos de exclusividad -por giro de negocio-, aunque es cierto que se han generado respecto a contratos de arrendamientos de locales comerciales, lo cual amerita de por sí un trabajo especialmente dedicado para analizar sus implicancias, habiéndose postulado la tesis de que dichos pactos son atentatorios a la libre competencia” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 203).

Como bien señala el profesor Ortega, la licitud del acuerdo de exclusividad no se encuentra librada de cuestionamientos pues es posible que dicho pacto pueda ser considerado -eventualmente- como un acuerdo que atenta contra la libre competencia. De ser así, dicho acuerdo sería nulo, pues estaría contraviniendo el orden público económico.

Esto determinaría que la parte que contrajo la obligación de no contratar por mérito de la exclusividad en realidad no estaría obligada a no vincularse con nadie, pues justamente el pacto es ilícito, con lo cual, la parte a favor de la cual se pactó dicha exclusividad no podría requerirle el cumplimiento de nada y, menos aún, solicitarle un resarcimiento por la inejecución de su “obligación”.

Siendo ello así, podría pensarse que no tiene sentido que estudiemos la oponibilidad del pacto de exclusividad en el marco del contrato de suministro a terceros que contrataron conociendo del mismo, pues al ser ilícito el pacto, no sería jurídicamente posible pretender la oponibilidad del mismo. Esto, sin embargo, no es del todo cierto por una sencilla razón: **no todos los pactos de exclusividad -necesariamente- atentan contra la libre competencia**. De ser ello así, no tendría sentido que el Código Civil lo haya regulado en sus artículos 1616 y 1617.

No es nuestra intención realizar un análisis de dicho pacto desde la óptica del Derecho de la Competencia, pues ello excede los alcances del presente trabajo dado que se tendría que estudiar a dicho acuerdo en el marco de varios contratos, en varios supuestos, con variables económicas complejas y con el marco normativo competencial respectivo.

Solo queremos aclarar que el estudio de la oponibilidad de dicho pacto en el marco del contrato de suministro sí resulta de suma utilidad para los supuestos en los cuales el mismo no atente contra la libre competencia. En estos casos, dicho acuerdo sí sería perfectamente válido, por lo que surtiría efectos sin problema alguno, obligando de forma negativa al sujeto sobre el cual pesa dicho débito.

Nótese que el mismo INDECOPI ya se ha pronunciado sobre la validez de dicho pacto señalando que para que el mismo sea ilícito deben verificarse los siguientes presupuestos:

*“La declaración de **ilegalidad** de una práctica colusoria vertical en la modalidad de **contrato de exclusividad** requiere dos elementos: (i) la ocurrencia de un acuerdo de exclusividad entre dos o más empresas **independientes** entre sí ubicadas en **distintos niveles de la cadena comercial**; y, (ii) la generación -real o potencial- de un **efecto exclusorio en los competidores ubicados en el mercado afectado**; para lo cual se requiere que **al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio**”²³⁴.*

Pero no solo ello, dicha entidad administrativa también ha reconocido las bondades económicas que pueden generar los acuerdos de exclusividad, con lo cual deja entrever que el

²³⁴ Véase la Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008 emitida en el Expediente N° 003-2003/CLC, correspondiente al procedimiento iniciado por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A., por prácticas restrictivas de la competencia.

mismo no necesariamente es ilícito, sino que, muy por el contrario, en determinados casos puede ser óptimo y eficiente para el mercado²³⁵.

Teniendo en cuenta que dicho pacto no necesariamente es nulo, pasemos a estudiar al mismo en el marco del contrato de suministro. Antes de ello, es necesario primero analizar algunos aspectos puntuales sobre la definición legislativa que el Código Civil ha establecido sobre dicho contrato. Veamos:

3.2.2 Algunos comentarios a la definición de suministro establecida por el Código Civil

El artículo 1604 del Código Civil define a dicho contrato en los siguientes términos: “*Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes*”. Este artículo merece algunos comentarios puntuales. En primer lugar, cuando se indica que la ejecución se debe realizar “*en favor de otra persona*”, a quien se está

²³⁵ En efecto, dicha entidad administrativa ha señalado lo siguiente: “*al respecto, es importante precisar que los contratos de exclusividad no están prohibidos en sí mismos. Por el contrario, esta Comisión reconoce que los contratos de exclusividad pueden generar efectos positivos en el proceso competitivo (ganancias en eficiencia). Así, por ejemplo, los contratos de exclusividad:*

- (i) *Permiten una reducción de costos de transacción ya que, al mantener a un único distribuidor en determinada zona geográfica, el productor evita numerosos tratos con diversos distribuidores. Esta reducción de costos de transacción puede permitir la provisión de bienes a menores precios,*
- (ii) *Permiten que se alcancen economías de escala en la distribución del producto. En efecto, el único distribuidor que opera en determinada zona geográfica podrá abastecer a un número de clientes mayor (todos aquellos ubicados en el área geográfica asignada) al que hubiera podido abastecer si en dicha zona operasen más distribuidores. Así, los costos fijos del distribuidor se prorratan y diluyen entre un mayor número de ventas,*
- (iii) *Permiten la corrección de fallas de mercado (externalidades) y del comportamiento oportunista (free rider) de otros distribuidores. En efecto, si el productor mantuviera dos o más distribuidores, podrían generarse desincentivos para que estos inviertan en servicios de pre-venta (folletos informativos, pruebas de funcionamiento, demostraciones, entre otros medios de publicidad),*
- (iv) *Solucionan los problemas del hold up¹⁶⁶ en las inversiones,*
- (v) *Facilitan que un agente económico que no cuenta con su propia organización de distribución pueda lograr la penetración de su producto en el mercado. En efecto, si no otorgara la exclusividad, la empresa distribuidora podría no aceptar encargarse de la provisión del mercado,*
- (vi) *Incentivan la búsqueda de fuentes alternativas de aprovisionamiento, dinamizando de esta manera la competencia inter-marca,*
- (vii) *Cuando no es posible desarrollar competencia dentro del mercado, se puede desarrollar competencia por los derechos de operar en ese mercado. Los contratos de exclusividad obtenidos como resultado de una licitación, por ejemplo, podrán acercar el precio al de competencia, eliminando o reduciendo la posibilidad de ejercicio de poder de mercado del operador monopólico. Este tipo de estrategia es conocida como “Competencia a la Demsetz” o “Competencia por el mercado” (énfasis agregado).*

Véase la Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011 (considerando 258), emitida en el Expediente N° 007-2007/CLC correspondiente a la denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. Sigdelo S.A., Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, por prácticas restrictivas a libre competencia en la modalidad de negativa injustificada y concertada a contratar.

haciendo alusión es al suministrado. En segundo lugar, la norma señala de forma muy general que en virtud de dicho contrato se ejecutan prestaciones de “bienes”.

Este amplio tratamiento legislativo determina que nos preguntemos lo siguiente: ¿es posible celebrar un suministro sobre cualquier tipo de bienes? creemos que no. Pasemos a analizar este punto.

3.2.2.1 Sobre los bienes que pueden ser objeto de un suministro

Sobre este tema resulta ilustrativo lo señalado por el profesor Marco Ortega quien al respecto indica lo siguiente:

«Aunque la categoría de “bienes” incorpora las nociones de cosas y derechos, y **excluye la de servicios**, estimo que para fines del suministro la mención legislativa a “bienes” debería interpretarse, en principio, como referida a las **cosas -bienes materiales, corpóreos, esto es, tangibles-**, conforme está previsto en el Código Civil italiano de 1942, el mismo que representa la fuente legislativa en la cual se “inspiró” el legislador nacional. Y es que, **¿cómo puede haber propiamente entrega de aquello que es inmaterial?**

(...)

El suministro no solo es ajeno a bienes de naturaleza inmaterial o incorpórea, sino que tampoco puede referirse a bienes inmuebles, por cuanto se trata de un contrato orientado a satisfacer determinada necesidad, el abastecimiento operativo -sea de consumo o de uso- sostenido en el tiempo. Y es que tratándose de los bienes incorpóreos se advierte que los mismos no son propiamente susceptibles de entrega material, de un “dar”» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 190-191).

Como se observa, el suministro solo recae sobre bienes muebles tangibles o corpóreos - cosas- los cuales son susceptibles de percepción física y/o sensorial²³⁶. No sería posible concebir un suministro sobre otros bienes en tanto que, como bien señala el profesor Ortega citando a Lorenzetti, “el suministro se asocia a una determinada actividad, **abastecimiento**: entregas a

²³⁶ Dentro de este grupo de bienes se encuentran también el agua, la energía eléctrica, el gas, el petróleo y otros bienes más que se corresponden a la entrega de un suministro continuado.

realizarse por el suministrante en función a las necesidades operativas del suministrado **sostenidas en el tiempo**” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 191).

Y es que solo los bienes muebles corpóreos son los más idóneos y los que más cuajan en un sistema de abastecimiento que se mantiene de forma permanente en el tiempo. Esto último -carácter temporal o de duración del contrato- determina que dichos bienes, además de las características antes anotadas, posean el rasgo de ser -en la mayoría de casos- futuros y no presentes.

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

«(...) por tratarse de un **aprovisionamiento de cosas**, proyectado en una sola operación comercial en el tiempo -en ello radica propiamente su característica **de tracto sucesivo**-, resulta manifiesto que el suministro no solo recae sobre bienes muebles tangibles, sino que los mismos son **ordinariamente futuros, en el sentido que no requieren existir a la fecha de celebración del contrato**, ya que resulta suficiente que sean susceptibles de existencia -probabilidad antes que una mera posibilidad- lo cual explica la determinación del suministrado de contratar, asegurándose el “flujo” de las futuras entregas para fines de sus necesidades operativas (...)» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 194).

Otro aspecto a tener en cuenta es que el artículo 1604 no indica si los bienes que son objeto del suministro pueden ser transferidos solo en propiedad o también en uso o goce, con la consiguiente obligación del suministrado de devolver los bienes que le fue entregado. Analicemos este punto.

3.2.2.2 ¿Suministro en propiedad, suministro en uso, arrendamiento, comodato o mutuo?

Sobre este tema, el profesor Max Arias Schreiber señala que lo que se pretendió a nivel legislativo es asumir una tesis intermedia, en el sentido de que la prestación del suministro pueda consistir no solo en la entrega en propiedad de los bienes sino también la sola cesión de su uso. En efecto, respecto a los bienes objeto del suministro, el referido profesor señala lo siguiente:

“Se trata de bienes generalmente consumibles, que pasan a ser propiedad del suministrado, **aunque puede suceder**, como ya se explicará, que **la prestación consista en el uso o goce de un**

bien no consumible, como sucede con el aprovisionamiento reiterado de trajes y muebles destinados a la actividad teatral (**suministro de uso o goce**)” (énfasis agregado) (como se citó en: Benavides Torres, 1998, pág. 100).

En ese sentido, se ha indicado que «la opción del legislador parece confirmarse de la lectura del artículo 1609 que alude al “suministro de bienes propiedad”, dando a entender que cabría otras modalidades de suministro en las que la entrega de los bienes no se realice “en propiedad” » (Benavides Torres, 1998, pág. 100). Este es un tema que ha generado cierta polémica por cuanto en caso el suministro se haya celebrado solo para efectos de uso o goce -sea a título oneroso o gratuito- se ha señalado que para tal fin el arrendamiento y el comodato podrían cumplir sin problema alguno esa función, respectivamente. Esta la tesis que postula el profesor Benavides quien al respecto señala lo siguiente:

“Discrepamos respetuosa y cordialmente de nuestro querido maestro [haciendo referencia a Max Arias Schreiber]. En este tema, como en el del carácter oneroso del suministro, consideramos que **debemos tener clara la función y utilidad del contrato**. Si la función que se pretende garantizar y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar a través de este contrato está vinculado al abastecimiento del suministrado, dicho abastecimiento demanda la adquisición de los bienes materia del suministro en **propiedad**: la energía, los combustibles, las materias primas, los insumos...son requeridos por el suministrado con carácter definitivo y no para ser devueltos posteriormente.

Cuando el suministrado requiere de bienes para ser **usados y luego devueltos** a su propietario -por ejemplo, una máquina, un grupo electrógeno, etc.- la función que se tiene por delante es otra. **El usuario requiere la utilización del bien por un periodo y para determinada finalidad, función para la cual nuestro derecho contractual nos da otros instrumentos jurídicos impecables: el contrato de arrendamiento y el contrato de comodato**” (énfasis agregado) (Benavides Torres, 1998, pág. 100).

Por ello es que el señalado profesor propone que: “(...) la definición de suministro en el Código Civil sea modificada a fin de precisar que la prestación del suministrante es la de entregar bienes en propiedad, eliminando posibles confusiones con el contrato de arrendamiento y el contrato de comodato” (Benavides Torres, 1998, pág. 101). Sobre este tema de las posibles diferencias o similitudes que pueden existir entre un contrato de suministro en uso con un contrato

de arrendamiento, comodato o incluso con un mutuo, debemos mencionar que coincidimos con la conclusión a la cual llega el profesor Marco Ortega quien, en función a un análisis de calificación típica contractual logra determinar a qué contrato corresponde en realidad lo celebrado por las partes: a un suministro en uso, un arrendamiento, un comodato o a un mutuo.

Nótese que realizar el ejercicio de tipificación contractual es de suma utilidad pues - además de descartar una supuesta duplicidad de tipos contractuales en la legislación- dependiendo del resultado de ese ejercicio se podrá saber cuál es el régimen normativo contractual que se debe aplicar a uno u otro acuerdo. Sobre este tema, el profesor Ortega concluye lo siguiente:

«De acuerdo a lo expuesto, **para fines de la calificación contractual**, bien podría concluirse que tratándose de bienes muebles tangibles **no consumibles** las modalidades contractuales relacionadas a su uso temporal serían las de **arrendamiento o comodato** -aplicables también en caso se pacte la modalidad a “sola exhibición”, cuando se trate de bienes consumibles-, contratos que presuponen **infungibilidad** del bien porque este deba **restituirse, y no devolverse simplemente**. En cambio, tratándose de bienes muebles tangibles **consumibles y fungibles**, la modalidad relacionada a su uso temporal sería la de **mutuo**, siendo que, **de mediar una efectiva transferencia de propiedad, se estaría ante el suministro en propiedad o consumo**. Y en caso que el respectivo bien mueble tangible fuese **fungible más no consumible: suministro en uso**» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 194).

Creemos que los criterios señalados por el profesor Ortega son los que se deberían verificar a efectos de determinar si nos encontramos finalmente ante un arrendamiento, comodato, mutuo o un suministro en uso. Dichos criterios no son otros que verificar si el bien objeto del “suministro” es consumible o no y si es fungible o infungible. El artículo que marca la pauta para ello es el 1648 del Código Civil el cual define al mutuo en los siguientes términos: “*por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de **bienes consumibles**, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad*”.

Como se observa, si el bien que se entrega es uno consumible y existe la obligación de devolver el mismo en la misma especie, cantidad y calidad entonces estaremos ante un mutuo. De ello se desprende lo siguiente: si el bien que se entrega de forma periódica o continuada es uno consumible o infungible y no existe la obligación de devolver el mismo, entonces estaremos ante un suministro en propiedad.

Ahora, si el bien que se entrega de forma habitual es infungible y existe la obligación de restitución -lo cual sería distinto a una devolución, pues dado que el bien es infungible se debe devolver “ese” bien- entonces estaremos ante un arrendamiento (oneroso) o comodato (gratuito) (en este caso también podría hablarse de estos contratos si es que lo que se dio es un bien consumible, siempre que haya sido solo para fines de exhibición); finalmente, si el bien que se entrega de forma regular es uno fungible pero no consumible y existe la obligación de devolver el mismo, entonces estaremos ante un suministro en uso²³⁷.

²³⁷ Si bien los criterios de distinción antes mencionados resultan interesantes **para efectos de distinguir a un contrato del otro**, debemos precisar que el profesor Ortega hace una salvedad respecto a la distinción que él mismo plantea. En efecto, el profesor peruano señala lo siguiente:

“Conforme a lo anterior, **no habría duplicidad negocial entre el suministro en uso -goce- y el arrendamiento -extensivo además inclusive al comodato-** porque estos últimos contratos se estructuran en función de la regla según la cual el bien materia del negocio carece de naturaleza consumible y, de tenerla -excepcionalmente- se incorpora un pacto de “no hacer”, en el sentido que se devolverá sin consumirse, siendo que en cualquiera de dichos casos, el bien no es fungible, dado que el arrendamiento -al igual que el comodato- implica restitución del mismo bien entregado-identidad que no es posible cuando el compromiso de devolución opera por otro bien de la misma especie, cantidad y calidad-.

No obstante, uno debe cuestionarse si dicha diferencia -de admitirse que sea efectivamente tal- no es sino una exquisitez de detalle, ajena a la realidad. Uno debe cuestionarse si **desde la óptica comercial** resulta clara y manifiesta la distinción entre un suministro oneroso en uso y un arrendamiento, porque de no ser así hay un problema por resolver. Si el suministro es un contrato orientado a satisfacer las necesidades operativas del suministrado que se generen en el tiempo, ¿tiene sentido celebrar un suministro de uso conforme al cual se reciben bienes -los mismos bienes- para luego devolverlos, y así sucesivamente?, ¿no sería ello una suerte de convenio marco de arrendamiento?, ¿resulta satisfactoria la explicación que la diferencia radica en la reiteración de entregas, o que en el caso del suministro en uso hay devolución pero en el caso del arrendamiento se debe la restitución?” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 193-194).

Como se observa, desde una óptica estrictamente comercial, el profesor peruano indica que la distinción contractual realizada puede parecer un poco sutil o hasta quizás antojadiza. Este es otro aspecto que se debe tener en cuenta cuando en la realidad de los negocios nos topemos con un “suministro en uso” o un “arrendamiento”: se debe cuestionar si, comercialmente, existe una verdadera distinción entre ambos contratos. Ahora bien, más allá de ese cuestionamiento, reiteramos que **para efectos de tipificar o calificar civilmente a un contrato u otro** -lo cual es necesario realizar para efectos de determinar cuál es el régimen contractual normativo que se debe aplicar a lo acordado por las partes- creemos que sí es útil tener en cuenta los criterios de distinción antes expuestos. A partir de ellos se puede concluir que -al menos civilmente- no existe una duplicidad legislativa conforme a lo ya expuesto anteriormente (esto presupone que en la realidad se presente -aunque es un tanto improbable, pero igualmente hay que tenerlo en cuenta- un suministro que tenga por objeto a un bien no consumible y que sea fungible para efectos de distinguirlo de un arrendamiento o de un comodato).

Para finalizar este tema debemos precisar que, incluso en la hipótesis de que no sea posible distinguir a dichos contratos civilmente o que su distinción sea en realidad una mera exquisitez, para efectos del presente estudio ello no representa obstáculo alguno, pues en el supuesto de que en realidad no se esté ante un verdadero suministro en uso (dado que su ocurrencia es poco probable) sino ante cualquiera de los otros contratos, el análisis del pacto de exclusividad seguirá igualmente en pie y no se verá alterado de ninguna forma. En efecto, en esos casos si bien ya no se hablará de un suministro en uso, es perfectamente posible representarse que se está ante un arrendamiento o un mutuo con exclusividad. No debe perderse de vista que este pacto es accesorio y puede incorporarse a otro contrato, como sería el caso de dichos negocios.

Estos son los principales aspectos que debemos tener en cuenta respecto a la definición del suministro establecida en el artículo 1604 del Código Civil. Analicemos ahora las disposiciones normativas que regulan la exclusividad tanto a favor del suministrante como del suministrado.

3.2.3 Algunos comentarios a la regulación del pacto de exclusividad en el Código Civil

Los artículos 1616 y 1617 de dicho Código son los que regulan el pacto de exclusividad en favor del suministrante y del suministrado, respectivamente. Veamos qué es lo que establecen:

Artículo 1616.- *“Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación”.*

Artículo 1617.- *“Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar”.*

Conforme se puede advertir de cada uno de dichos artículos, cuando el pacto de exclusividad se ha celebrado a favor del suministrante, el suministrado contrae la obligación de no contratar con la competencia del suministrante (en adelante, por un tema de economía de palabras, emplearemos el término “tercero” para referirnos a la competencia del suministrante), de tal manera que no puede recibir de estos los mismos bienes que son objeto del contrato de suministro (tampoco puede abastecerse de ellos por cuenta propia). Esto implica que solo debe adquirir esos productos de parte de su suministrante por el periodo que dure la exclusividad.

Ahora, si dicho acuerdo ha sido celebrado a favor del suministrado, entonces el suministrante contrae la obligación de no contratar con la competencia del suministrado (en adelante, por un tema de economía de palabras, emplearemos el término “tercero” para referirnos a la competencia del suministrado), de tal manera que no podrá abastecer a estos con los mismos bienes que son objeto del contrato de suministro. Si bien ambos artículos parecen ser claros en su regulación, merecen algunos comentarios y aclaraciones puntuales. Veamos:

3.2.3.1 ¿La exclusividad pactada a favor del suministrado contraviene el artículo 882 del Código Civil?

Como se habrá podido advertir, la exclusividad pactada a favor del suministrado supone una **restricción a la disposición de los bienes del suministrante**, pues este se obliga, literalmente, a **no transferir** los bienes que haya producido a la competencia de su contraparte. Únicamente puede disponer de los mismos al suministrado.

Teniendo esto en cuenta, en la hipótesis en la cual se haya celebrado un suministro con exclusividad a favor del suministrado en virtud del cual se haya prohibido al suministrante que transfiera la **propiedad** de los mismos bienes que tiene a un tercero, podría señalarse entonces que dicho pacto -y no el contrato de suministro- contravendría abiertamente el artículo 882 del Código Civil, el cual establece que: “*no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita*”²³⁸.

Este argumento, que parecería contundente y cierto, en realidad no lo es. Para salvar esa supuesta contravención que existe de parte del artículo 1617 al artículo 882 puede que se indique que este último artículo debería ser interpretado en el sentido de que solo prohíbe las restricciones a la enajenación o a los actos de constitución de gravámenes en la medida de que los mismos sean perpetuos o ilimitados, con lo cual sí se permitiría esos acuerdos de limitación en la medida que tengan una duración temporal determinada.

Más allá de que nosotros nos encontramos en contra de lo establecido por el artículo 882²³⁹- pues creemos que sí es muy eficiente en la dinámica actual de los negocios que se pueda celebrar esos pactos de limitación en la medida que sean temporales y no eternos y tengan una

²³⁸ Si lo que se celebró es un suministro con exclusividad a favor del suministrado en virtud del cual el suministrante se obligó a no transferir los mismos bienes en uso o goce entonces no habría inconveniente alguno, pues dicha norma solo prohíbe los pactos que restrinjan los actos de enajenación (transferencia de propiedad) o de gravamen (constitución de garantías), y no los acuerdos de no cesión en uso de un bien, los cuales sí están permitidos.

Si bien, como hemos señalado anteriormente, la ocurrencia de un suministro en uso o goce es remota o casi improbable, igualmente es importante realizar esta precisión. Y es que a veces la realidad puede sorprendernos y se pueden verificar supuestos que creíamos que no se llegarían a configurar nunca. Esto puede ocurrir en estos tiempos en el que la revolución tecnológica avanza de manera vertiginosa y en el que van surgiendo nuevas cosas o productos.

²³⁹ En ese mismo sentido también se inclina, entre otros, el profesor Alfredo Bullard: véase el pie de página 61 del presente trabajo. Del mismo parecer es el profesor Luciano Barchi: (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, págs. 240-242).

justificación legítima, como sería el caso que sea haga uso del mismo como un medio de garantía del pago de una obligación²⁴⁰- no creemos que dicha norma deba ser interpretada en el sentido de que solo prohíbe los acuerdos de restricción perpetuos pero no los temporales por la siguiente razón:

Como bien señala el profesor Barchi, la facultad de disposición general de un bien puede quedar limitada de forma total o parcial. Esta última supone varias hipótesis, como sería el caso en el cual se excluye la disposición, pero solo de determinados actos jurídicos (por ejemplo, no se puede enajenar, pero sí gravar) o cuando si bien no queda impedida la disposición, esta se somete a determinados condicionamientos (por ejemplo, se podrá disponer solo a título oneroso pero no a título gratuito, se podrá disponer solo en favor de un determinado grupo de personas pero no de otras o cuando se establece que no se podrá disponer de los bienes pero solo de manera temporal, por un tiempo determinado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 238).

En cambio, una privación total de la disposición no admite relativización alguna. Simplemente no se podrá disponer de los bienes bajo cualquier circunstancia. Teniendo ello en cuenta, es posible entonces que una norma prohíba los acuerdos de restricción de forma total o parcial. En este último caso, señalaría que sí es posible pactar esos acuerdos, pero bajo determinadas condiciones (por ejemplo, bajo un plazo determinado o dirigido contra un grupo determinado de personas, etc.), mientras que en los otros supuestos estaría prohibido; en el primer caso, por el contrario, prohibiría de forma absoluta o total esos acuerdos, sin importar si tienen condiciones o no. No se admitiría entonces bajo ningún supuesto esa clase de restricciones.

En el caso del artículo 882 -como bien señala el profesor Barchi- el mismo “se refiere a la privación total de la facultad de disposición establecida contractualmente” (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 239) y no a una privación parcial. Coincidimos con lo indicado por el profesor peruano.

²⁴⁰ En efecto, podría suceder que “A” (acreedor) celebre con “B” (deudor) un pacto de no enajenación durante cierto tiempo a fin de que este último no transfiera alguno de sus bienes en ese periodo. Con ello se evita que “B” se deshaga de esos bienes y, de ese modo, en caso se verifique una situación de incumplimiento, “A” pueda ejecutar los mismos sin problema alguno, pues aún estarán en el patrimonio de su deudor. Nótese entonces cómo esos pactos ayudan a combatir posibles transferencias a partir de las cuales puede frustrarse el cobro de lo debido.

El artículo 882 prohíbe toda clase de acuerdos que restrinjan la posibilidad de enajenar o gravar, no importa si esos pactos son perpetuos o temporales, o si solo se refieren a actos onerosos o gratuitos. El supuesto de hecho de la norma es total. Sostener lo contrario implicaría distinguir donde la ley no distingue y eso, como sabemos, no es posible. Dicho artículo no distingue entre los pactos de restricción temporales y los perpetuos; no establece que solo los primeros sí puedan acordarse, pero los segundos no²⁴¹.

Teniendo ello en cuenta, no debe interpretarse dicha norma de forma segmentada, incorporando en su supuesto de hecho una hipótesis que no existe. ¿Qué solución puede darse entonces a esa supuesta contravención que existe de parte del artículo 1617 al artículo 882 del Código Civil? si se observa con cuidado esta pregunta, esta parte de la premisa de que el artículo 1617 contraviene lo establecido en el artículo 882; sin embargo ¿en realidad hay una vulneración a dicha norma? parecería que sí pues la exclusividad a favor del suministrado implica que el suministrante no puede transferir la propiedad de lo que ha producido a la competencia del suministrado, con lo cual existe una clara restricción a su derecho de enajenación.

Al respecto, debemos precisar que, en realidad, no existe tal vulneración normativa. Para demostrar ello debe leerse con cuidado -sobre todo con paciencia- el artículo 882. Veamos nuevamente qué es lo que establece dicha norma. Ella indica que: “*no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita*”. Como se observa, la posibilidad de celebrar un pacto de no enajenación o gravamen, como regla general, está prohibida, **salvo que la propia ley lo permita**.

Esta última parte del artículo no debe pasar desapercibido, pues en el caso que nos encontramos comentado (restricción de la disposición de la propiedad de los bienes del suministrante) exista una ley que permite que se acuerde esa limitación ¿cuál es esa disposición normativa? justamente el propio artículo 1617 del Código Civil. Creemos que esa norma es la que constituye una de las excepciones a la regla establecida por el artículo 882. En efecto, si el propio artículo 1617 permite que las partes **válidamente** puedan celebrar un acuerdo en virtud del cual

²⁴¹ Distinto es el caso del ordenamiento italiano en el cual el artículo 1379 del *Codice* sí establece expresamente que se puede acordar una prohibición de vender, pero siempre que sea temporal y responda a un “interés apreciable”. En este caso la norma sí distingue y precisa que solo este tipo de pactos son válidos, con lo cual queda claro que los pactos perpetuos de restricción de venta sí están prohibidos. En efecto, dicha norma establece lo siguiente: “*La prohibición de venta establecida por contrato sólo tiene efecto entre las partes, y no es válida si no está contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no responde a un interés apreciable de una de las partes*”.

el suministrante solo abastezca con sus productos a su suministrado y no a su competencia, entonces es claro que está contemplando -inevitablemente- la hipótesis de restricción a la disposición de la propiedad de los bienes de dicha parte.

Puede concluirse entonces que el pacto de exclusividad a favor del suministrado regulado en el artículo 1617 -en sí mismo- es un acuerdo de limitación a la propiedad, el cual puede acordarse sin problema alguno. Es el mismo ordenamiento civil el que lo permite y, al ser una ley la que lo autoriza, entonces puede inferirse que la misma es una excepción al artículo 882.

Nótese que dicho pacto de exclusividad cumple con los requisitos que la doctrina exige para que los acuerdos de limitación de disposición sean válidos. Así, se ha señalado que: “la admisión de las cláusulas de indisponibilidad supone básicamente dos requisitos: **(i) duración temporal**, por tanto, no es posible establecer una prohibición perpetua de disponer y **(ii) justificación causal**” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 240).

En el caso de los pactos de exclusividad establecidos en los artículos 1616 y 1617, como se verá en breve, los mismos no son perpetuos pues las propias partes son las que pueden establecer el plazo de duración del suministro (plazo determinado), con lo cual, al vencimiento del mismo -si no es antes-, también se extingue la exclusividad. Ahora, en caso no se haya establecido la duración del contrato (plazo indeterminado), entonces cualquiera de las partes, de conformidad con el artículo 1365 y/o 1613 de Código Civil, podrá ponerle fin al mismo en cualquier momento, con lo cual, nuevamente, la exclusividad también queda sin efecto²⁴².

Respecto a la justificación causal que respalde o justifique el acuerdo, como bien ha señalado el mismo INDECOPI -ver el pie de página 235- dicho pacto puede tener más de un

²⁴² El artículo 1365 señala lo siguiente: “en los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho. Por su parte, el artículo 1613 establece que: “si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días”.

Respecto a esta última norma, como bien señala el profesor Marco Ortega, no era necesaria que la misma se incorpore al ordenamiento, pues basta con la existencia del artículo 1365, el cual cumple su misma función, esto es, permitir que una de las partes de un contrato de ejecución continuada que no tenga un plazo de duración legal o convencional, pueda apartarse del mismo en cualquier momento. Véase: (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 198-201).

motivo legítimo para que sea celebrado. Por ejemplo, el mismo puede responder, no a un intento de impedir el ingreso de un competidor, sino a una condición económica necesaria para hacer viable la inversión inicial de un agente económico, inversión que no necesariamente produciría sus efectos si no se celebraba dicho acuerdo. Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir entonces que el artículo 1617 no constituye una norma que contravenga lo dispuesto en el artículo 882, sino que en realidad es una excepción legítima a la regla que ella establece²⁴³.

Habiendo aclarado ello, veamos otros aspectos a tener en cuenta respecto a los artículos 1616 y 1617.

3.2.3.2 El camuflaje del incumplimiento del pacto de exclusividad

Ambas disposiciones señalan que el sujeto que debe respetar la exclusividad no puede recibir o efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son objeto del contrato de suministro.

²⁴³ ¿Qué podemos hacer entonces en los casos en los cuales se haya acordado un pacto de no enajenación o gravamen y no exista una ley que lo autorice? ¿dicho acuerdo será nulo en virtud a lo establecido por el artículo 882? sin perjuicio de la argumentación que se pueda realizar -en base a lo ya explicado en el apartado 3.1.2.1.1 al cual nos remitimos- sobre la naturaleza de una norma imperativa (a partir de lo desarrollado en ese entonces podría ensayarse un argumento en el sentido de que dicha norma, en realidad, no tiene esa característica -imperativa-en tanto que su *ratio* no busca proteger un interés general sino que, por el contrario, limita arbitrariamente la autonomía privada al prohibir un pacto que resulta eficiente en la dinámica de los negocios), resulta pertinente tener en cuenta lo establecido por el profesor Barchi sobre este tema.

El profesor peruano realiza una interesante interpretación sobre el contenido de dicho artículo. Como se recordará, en las páginas 112 y siguientes del presente trabajo -a los cuales nos remitimos-, desarrollamos la gran diferencia que existe entre una prohibición de disponer y una obligación de no disponer. Sobre la base de esta diferencia el profesor Barchi señala lo siguiente:

“Nosotros consideramos que el artículo 882 del Código Civil debe ser interpretado en el sentido que sanciona con nulidad las cláusulas contractuales de indisponibilidad; pero que **no impide la constitución de una obligación de no disponer**, la cual por su propia naturaleza es de duración temporal y desempeñará una función de garantía o seguridad. **Esta obligación en ningún caso podrá ser opuesta al adquirente, incluso en el caso de que este conozca de la cláusula de indisposición.**”

Las partes en garantía del cumplimiento de una obligación podrían constituir una obligación de no disponer estableciendo una pena convencional en caso de incumplimiento. Ello no afectaría el principio de libertad de comercio, pero **permitiría replantear la figura de la prohibición de disponer a fin de atender las actuales necesidades del tráfico**” (énfasis agregado) (Barchi Velaochaga, La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas, 2003, pág. 242).

Como se observa, dado que el artículo 882 hace referencia expresa a la “*prohibición de enajenar o gravar*” el profesor peruano -de manera ingeniosa- indica que solo las prohibiciones de disponer son las que sería nulas, pero sí sería posible contraer una **obligación** de no disponer. Este tipo de obligación -que no es oponible al tercero adquirente a pesar de que conocía o podía conocer el mismo- es una figura admitida por el *Codice* italiano en su artículo 1372, el cual establece que: “*la prohibición de venta establecida por contrato sólo tiene efecto entre las partes (...)*”.

Sobre este punto debemos tener en cuenta un aspecto muy importante: el sujeto - suministrante o suministrado- que está obligado a no contratar con terceros no solo incumplirá su obligación negativa cuando celebre con dichos terceros otro contrato de suministro a través del cual entregue o reciba los mismos bienes que son objeto de dicho contrato, **sino también cuando -con la finalidad de “sacarle la vuelta” o no al pacto- si bien no haya celebrado un contrato de suministro con los terceros sobre dichos bienes, sí haya concluido otro contrato a través del cual, igualmente, de una u otra forma, se haga entrega o se reciba esos mismos bienes.** Ejemplifiquemos este supuesto.

“A” (suministrante) celebra con “B” (suministrado) un contrato de suministro de trigo en virtud del cual se obligó a hacerle entrega de tres toneladas mensuales de dicho producto durante cuatro años (con ese insumo “B” elabora cuantiosos litros de cerveza de trigo). Ambas partes incorporaron al contrato una cláusula de exclusividad en favor de “B”. En base a este acuerdo, “A” quedó obligado a no abastecer a terceros de ese mismo producto durante cuatro años. Sucede que al segundo año de ejecución contractual “A” no resiste más las ofertas de la competencia de “B” y toma la decisión de contratar con ellos también.

Imaginemos que su abogado le sugiere que -para efectos de “maquillar” o “disfrazar” el incumplimiento del pacto de exclusividad- no celebre con los terceros un contrato de suministro de trigo, sino un contrato de distribución o una compraventa con el pago del precio y la entrega de las toneladas de trigo de forma diferida o tal vez una permuta.

En caso “A” siga la recomendación de su abogado y celebre uno de dichos contratos ¿habría incumplido el pacto de exclusividad que celebró con “B”? creemos que sí. En efecto, no es un requisito indispensable para que se configure una hipótesis de incumplimiento que el sujeto que debe respetar la exclusividad en el marco de un contrato de suministro deba celebrar - necesariamente- otro contrato de suministro con los terceros. **El vehículo contractual o el negocio puede ser de otro tipo. Lo importante es verificar que a través de ese contrato se entregue o se reciba el mismo producto a los terceros.** Si ello es así, como ocurre en el ejemplo anterior, entonces se estará ante una hipótesis de inejecución de obligación.

Nótese que la “astucia” de algunos agentes de negocio puede llegar incluso a este extremo: imaginemos que “A” no resista las ofertas de la competencia de “B” y decida contratar con ellos, pero no un contrato de distribución o de permuta, sino que celebra un contrato de suministro en

uso. En este caso “A” podría alegar que no estaría incumpliendo el pacto de exclusividad pues si bien hará entrega de algunas toneladas de trigo a los competidores de “B”, estos tienen la obligación de devolverle dicho insumo en la misma cantidad y calidad, con lo cual, en realidad, sería solo una entrega “pasajera”.

Más allá de que en realidad se esté ante un mutuo y no ante un suministro -pues el trigo es un bien consumible y existe la obligación de devolver el mismo- este argumento no sería para nada aceptable pues es claro que por más que los competidores de “B” devuelvan el trigo que se les dio, el mismo habrá sido utilizado en el proceso de elaboración de sus propias cervezas y eso es justamente lo que se busca evitar con el pacto de exclusividad²⁴⁴.

En este caso, al igual que el anterior, de igual forma se habrá incurrido en una situación de incumplimiento pues, como ya se mencionó antes, no es un requisito indispensable para que se configure dicha situación que el sujeto que debe respetar la exclusividad deba celebrar -necesariamente- otro contrato de suministro con los terceros. **Lo esencial es verificar si a través del otro contrato se está transfiriendo o recibiendo el mismo bien (sea en propiedad o en uso).** En estos casos, igualmente, el sujeto que contrató con la competencia de su contraparte habrá incurrido en un incumplimiento.

Otro aspecto a tener en cuenta es la razonabilidad que debe tener todo acuerdo de exclusividad, pues el mismo no puede suponer una limitación absoluta a la parte que se encuentra sujeta a ella. Veamos:

3.2.3.3 Sobre la razonabilidad del pacto de exclusividad

Sobre este tema, creemos que el artículo 1617 se excede de forma descomunal cuando señala que el suministrante no podrá “(...) *efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar*”. Una interpretación literal del artículo en mención llevaría a concluir que el suministrante no podría abastecer con los mismos bienes que son objeto

²⁴⁴ Distinto sería si los terceros con los que contrató “A” no sean agentes que se dediquen a la elaboración de cervezas de trigo al igual que “B” sino que utilicen dicho insumo para elaborar otros productos como sería el caso de galletas o panes de trigo. En estos casos dichos terceros no forman parte de la competencia de “B” por lo que “A” no estaría incumpliendo el pacto de exclusividad. Este último punto se relaciona con la razonabilidad del pacto de exclusividad, el cual será analizado en breve.

del suministro a otros sujetos en ninguna parte del mundo. Esta interpretación es a todas luces inadmisibles.

En efecto, imaginemos que “A” suministra a “B” -con exclusividad a favor de este último- ciertas toneladas de uvas las cuales son destinadas a elaboración de los mejores vinos en gran parte de la región sur del país (Arequipa, Moquegua y Tacna). Sucede que “A” decide suministrar las mismas uvas que produce en sus fundos a “C”, quien se encuentra en Brasil y que destina las uvas a la producción de una crema de belleza para el cutis, las mismas que son comercializadas en Puerto Rico. En este caso, ¿“A” incumplió el pacto de exclusividad? es claro que no. Incluso en la hipótesis que “C” también produzca vinos con las uvas, no habría un incumplimiento de dicho pacto, pues su ámbito de comercialización se encuentra en otro país y no en la región sur del Perú.

Se debe tener cuidado entonces con los alcances de dicha norma. No puede interpretarse la misma de forma literal. Este desliz normativo ha sido advertido también por los profesores Eduardo Benavides y Marco Ortega quienes al respecto indican lo siguiente:

“Coincidimos con Arias Schreiber en la **inconveniencia** de haber establecido en el artículo 1617 que la limitación impuesta al suministrante en el pacto de exclusividad a favor del suministrado sea ilimitada: “en ningún otro lugar”. Si bien las partes pueden fijar libremente la extensión en el espacio de esta obligación de exclusividad, **de no hacerlo lo normal y conforme con la intención común de las partes y la práctica comercial es que se entienda que han querido que la exclusividad comprenda los territorios en que desarrollan sus operaciones o negocios**” (énfasis agregado) (Benavides Torres, 1998, pág. 108).

En ese mismo sentido, se ha indicado que:

“(…) aunque el señalado artículo legal indica expresamente que el suministrante no puede ejecutar prestaciones semejantes “en ningún otro lugar”, **esto último debería entenderse en el sentido que la obligación negativa se extiende a todo lugar en que pueda haber afectación del interés del suministrado**, siendo lo usual que las partes cuiden de pactar expresamente la respectiva circunscripción geográfica o ámbito territorial de la exclusividad” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 208).

Como bien señala el profesor Ortega, lo usual es que las partes pacten cuál es el lugar o el ámbito geográfico de la exclusividad. Ahora, en caso se haya omitido dicha determinación territorial, se debe entender que la exclusividad solo abarca o comprende los lugares en los cuales el suministrado ejerza su actividad comercial, esto es, donde se encuentre su área de influencia. En dichos lugares se encontrarán los agentes de mercado que constituyen su competencia directa y es allí donde el suministrante debe cuidar de no ingresar y contratar con ellos.

Otro aspecto a tener en cuenta -relacionado también con la razonabilidad del pacto y que ya fue advertido anteriormente- es que no solo se debe verificar el ámbito geográfico en el cual el suministrante está obligado a respetar la exclusividad sino también el objeto social -o el giro del negocio- de los otros agentes a quienes pretenda suministrar los mismos bienes que constituyen el objeto del suministro. Así, si esos terceros usan los mismos bienes que el suministrado, pero para la elaboración de un producto distinto al que él produce, entonces no formarán parte de su competencia, por lo que en caso el suministrante decida entregar a ellos dichos bienes no habrá incumplido el pacto de exclusividad. En el pie de página 244 -al cual nos remitimos- expusimos un ejemplo al respecto²⁴⁵.

Ahora bien, como se habrá podido advertir, el acuerdo de exclusividad -en el fondo- determina que la parte que deba respetar el mismo -esto es, aquella que se haya obligado a no contratar- vea restringida la posibilidad de obtener un mayor ingreso u obtener algún otro beneficio económico si contratara con los terceros competidores. Esta desventaja, como bien señala el profesor Ortega, debería ser compensada a través de una adecuada estructura de precios. En ese sentido, señala lo siguiente:

“(...) al tratarse la exclusividad a favor del suministrado de un pacto restrictivo que afecta la posibilidad de disposición del suministrante, el mismo debería estar compensado adecuadamente a través de la respectiva estructura de precio aplicable al suministro, ya que **el suministrado debería absorber toda la elaboración o producción del suministrante, sea materialmente o por sustituto dinerario.**

²⁴⁵ Estos puntos relacionados a la razonabilidad del pacto de exclusividad deben tenerse siempre presentes pues si lo que se quiere es evitar algún cuestionamiento a la validez del mismo por atentar contra la libre competencia, entonces deberá cuidarse de no redactar o interpretar dicho pacto de una forma antieconómica y sin alguna limitación racional.

Y cuando el acuerdo de exclusividad sea a favor del suministrante sustentado en el interés de este de excluir a su competencia, acordando que el suministrado solo podrá adquirir los respectivos bienes -bajo cualquier título jurídico- de él, al igual que en el caso anterior, debería entenderse que **esta restricción a la posibilidad de adquisición por parte del suministrado - respecto a otras fuentes de aprovisionamiento temporal- también deberá estar adecuadamente compensada, de manera que los precios o las condiciones de pago sean más que competitivas**” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 203-204).

Veamos ahora -como último punto- un aspecto que, si bien parecería no generar ningún tipo de duda, merece igualmente algunos comentarios en atención a que sobre el mismo se han realizado algunas interpretaciones interesantes. Nos referimos al plazo del pacto de exclusividad.

3.2.3.4 ¿El pacto de exclusividad está sujeto a un determinado plazo?

Dentro de la regulación normativa del suministro el Código Civil no ha establecido un plazo de duración de dicho pacto especial. Esto determina que dicho acuerdo -como máximo- quedará sin efecto cuando el contrato de suministro en el cual se encuentra contenido se haya extinguido²⁴⁶.

Ahora bien, este contrato -suministro- puede culminar -regularmente- de dos formas: **(i)** al vencimiento del plazo que las partes hayan convenido o **(ii)** tratándose de un contrato a plazo indeterminado, cuando cualquiera de ellas decida finalizarlo. Nótese que es posible que las partes -tratándose de un contrato de suministro a plazo determinado- acuerden que dicho pacto especial tenga un plazo de duración menor al de dicho negocio o, en caso tenga una duración similar al mismo, que lo dejen sin efecto antes del vencimiento del suministro. Del mismo modo, es posible que -tratándose de un contrato a plazo indeterminado que aún no haya sido finalizado por ninguna de las partes -pongan fin -únicamente- a dicho pacto.

²⁴⁶ No debe olvidarse que la exclusividad solo puede vincular a las partes que lo celebraron siempre que exista de por medio un determinado contrato, es decir, dicho acuerdo solo tiene sentido cuando ha sido celebrado al interior de un negocio jurídico, en este caso, el de suministro. En ese sentido, dicho pacto es **accesorio y no autónomo**, pues no sería posible celebrar únicamente un acuerdo de exclusividad sin que esté asociado a ningún contrato ya que en virtud de este acuerdo especial una de las partes de dicho negocio jurídico principal -o ambos- se obliga o a no ejecutar una determinada prestación a favor de un tercero o a no recibir una prestación de parte de un tercero. Dicha prestación - que solo debe ser ejecutada en favor de la contraparte contractual o recibida de dicha parte- corresponde justamente al contrato al cual se encuentra asociado el acuerdo de exclusividad.

Hasta aquí parecería que no existe inconveniente alguno respecto al plazo del pacto, pues el mismo finalizará en cualquiera de los casos antes mencionados. No es pues un acuerdo perpetuo o eterno. A pesar de lo mencionado, existe una interesante lectura interpretativa de parte del profesor Marco Ortega sobre el plazo de dicho pacto. Para el profesor peruano, es posible sostener que el referido acuerdo especial tiene un plazo de duración de cinco años. Este plazo se encuentra establecido en el artículo 1614 del Código Civil el cual se ocupa de regular el pacto de preferencia en el marco de un suministro²⁴⁷. Veamos cuáles son las razones por las cuales el profesor Ortega concluye que es posible asociar el plazo establecido en dicho artículo al pacto de exclusividad.

Para sustentar su conclusión, parte de la siguiente premisa: “la tesis asumida para este trabajo es que **el pacto de exclusividad es el soporte material del acuerdo de preferencia, por lo que una preferencia sin exclusividad carece de racionalidad económica** y, por consiguiente, no se justificaría, pero nada impide negocialmente una exclusividad sin ulterior preferencia” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 202). Luego indica lo siguiente:

«Desde la perspectiva enunciada, dado que se trata de **excluir a la competencia porque su participación generaría un efecto adverso al interés del suministrado y/o del suministrante, lo lógico es que las partes se representen qué es lo que ocurriría cuando finalice** -la situación ex post referida por Torres- **el contrato de suministro que los vincula** -que es precisamente el título jurídico que sustenta la exclusividad-, sea por vencimiento del plazo determinado establecido en su oportunidad, o en función a lo establecido en el artículo 1613 del Código Civil -comentado anteriormente-.

Y es que, representando finalmente la exclusividad una obligación con contenido prestacional de no hacer, dicho vínculo se habría extinguido con la terminación temporal del contrato y **cada parte habría readquirido plena libertad para contratar con terceros** en los términos y condiciones más convenientes para sus propios intereses, esto es, el suministrante para proveer a terceros- la competencia directa del suministrado- y el suministrado para adquirir los

²⁴⁷ Dicho artículo establece lo siguiente: “*en caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor*”.

Por su parte, el artículo que sucintamente establece en qué consiste la preferencia es el 1615 el cual señala lo siguiente: “*en el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitante a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia*”.

bienes de terceros -la competencia directa del suministrante-. Conforme a ello, **¿Cómo “evitar” dicha contratación si es que representa la afectación sobreviniente del interés de la parte a cuyo favor se pactó la exclusividad? Respuesta propuesta: recurriéndose al pacto de preferencia.**

Debe retomarse, en consecuencia, la lectura del artículo 1615 del Código Civil; el ejercicio de la preferencia deriva en que se pueda celebrar finalmente un nuevo contrato en función de las condiciones propuestas, ofertadas, por terceros, **lo cual se explica cuando existe y se mantiene un interés en excluir a dichos terceros.**

Por ello estimo que **la preferencia solo se explica comercialmente en función a un acuerdo de suministro exclusivo, ya que de lo contrario no habría propiamente un interés relevante** que es lo que ampara propiamente la legitimidad de los contenidos contractuales establecidos en función de la libertad contractual como manifestación de la autonomía privada. En efecto, de no haber exclusividad, ni a favor del suministrado ni a favor del suministrante, las respectivas contrapartes podrían contratar libremente, sea de manera simultánea o posterior, con terceros sobre la misma materia u objeto del suministro.

Así, por ejemplo, dado que el suministrante carece de exclusividad, durante la vigencia del respectivo contrato el suministrado bien podría haber negociado y contratado con terceros suministradores; en ese orden de ideas, **¿qué justificaría un acuerdo de preferencia que se “activa” cuando finaliza la relación a la cual se adscribe?, ¿por qué limitar la posibilidad de contratar con terceros, una vez finalizado el suministro, cuando durante su vigencia no aplicaba restricción alguna?»** (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 204).

Finalmente, en base a lo expuesto precedentemente, el profesor Ortega concluye lo siguiente:

«Ya se ha reproducido la opinión de Arias Schreiber en el sentido que el plazo de la preferencia, por su propia naturaleza, debe ser breve. Coincido con dicho autor. Es más, **en realidad no veo la necesidad de que el Código Civil regule un plazo máximo, porque la limitante temporal la genera, y debe generarla, el propio dinamismo de mercado.** (...)

En tal virtud, no debería sostenerse que el plazo quinquenal sancionado en el artículo 1614 del Código Civil corresponde a la vigencia del pacto de preferencia y que, como consecuencia de ello, la preferencia se mantendrá dentro los cinco años siguientes de extinguido el contrato del cual proviene. Me explico. **Si partimos de la premisa ya expuesta de asociar la preferencia con la exclusividad, la redacción del señalado artículo 1614:** “la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor”, **debería entenderse en el sentido que lo sometido al plazo máximo de duración es la exclusividad en sí misma y, de ser el caso, el contrato mismo si es que la indicada exclusividad fuese medular.**

La “obligación” señalada en el artículo 1614 del Código Civil vendría a ser el **vínculo contractual, el suministro al cual se adscribe el pacto de preferencia y que presupone exclusividad.** Conforme a ello, bien podría sostenerse que, **vencido el indicado plazo máximo legal,** tratándose de un contrato de suministro exclusivo, **permanece el vínculo sin exclusividad -de manera semejante a la figura del “poder irrevocable”-, o se extingue simplemente porque el acuerdo de exclusividad era sustancial»** (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 206).

En este punto sí discrepamos -de manera respetuosa y cordial- con el profesor Ortega, pues no creemos que el plazo establecido para el pacto de preferencia corresponda en realidad al pacto de exclusividad por las siguientes razones:

Como se observa, para el profesor peruano la exclusividad es el presupuesto necesario para que pueda celebrarse un pacto de preferencia. En ese sentido, señala que una preferencia sin exclusividad, sencillamente, no tendría racionalidad económica alguna. Para justificar este planteamiento parte de la siguiente premisa: cuando se celebra un contrato de suministro con exclusividad, lo que pretende la parte -o las partes- a favor de la cual se pactó la exclusividad es excluir a su competencia directa.

Entonces, las partes -señala- deberían representarse qué es lo que sucederá cuando culmine el contrato de suministro con exclusividad, pues cuando ello ocurra cada una de ellas será nuevamente libre en el sentido de que podría contratar con los terceros sin problema alguno. ¿Qué sucedería si luego de finalizado el respectivo contrato, la parte -o las partes- a favor de la cual se pactó la exclusividad mantiene aún el interés por excluir a su competencia? para estos casos en los cuales **existía** y se **mantiene** dicho interés indica que debería recurrirse al pacto de preferencia.

Es por ello que se pregunta “¿qué justificaría un acuerdo de preferencia que se “activa” cuando finaliza la relación a la cual se adscribe?, ¿por qué limitar la posibilidad de contratar con terceros, una vez finalizado el suministro, cuando durante su vigencia no aplicaba restricción alguna?”.

Acá se origina -respetuosamente- nuestra discrepancia. Por nuestra parte, nosotros creemos que sí es posible que se celebre un pacto de preferencia independientemente de si el contrato de suministro que existía antes haya sido acordado con o sin exclusividad. Nos explicamos. Es perfectamente posible -y está fuera de discusión- que el **interés** de una de las partes del contrato -o de ambas- en excluir a su competencia pueda surgir al momento de la celebración del suministro, en el curso de su ejecución o incluso **luego** de que el mismo haya finalizado.

Cuando dicho interés haya nacido concomitantemente a la celebración del contrato o en el transcurso de su ejecución, entonces las partes tiene dos alternativas excluyentes: incorporar al suministro o un pacto de exclusividad o un acuerdo de preferencia en favor de una sola de ellas²⁴⁸.

²⁴⁸ Nótese que sí sería posible que se celebre un pacto de exclusividad a favor de una sola de las partes y una preferencia a favor de la otra que no es la que se encuentra favorecida con la exclusividad. Así, por ejemplo, podría acordarse una exclusividad en favor del suministrado y paralelamente a ello una preferencia a favor del suministrante. Esto implica que el suministrante solo debe abastecer al suministrado y que este, en caso reciba ofertas de otros suministrantes, deberá trasladar las mismas a su suministrante para ver si este las iguala o no.

Del mismo modo, podría acordarse una exclusividad a favor del suministrante y paralelamente una preferencia a favor del suministrado. Esto implica que el suministrado solo debe recibir bienes de su suministrante y que este, en caso reciba ofertas de los terceros -competidores del suministrado-, deberá trasladar la mismas a este último para ver si las iguala o no.

Ahora bien, decimos que la posibilidad de incorporar al contrato de suministro vigente un pacto de exclusividad y de preferencia -a favor de una sola parte- son excluyentes por lo siguiente: si se celebra un acuerdo de exclusividad no podría incorporarse un pacto de preferencia de forma paralela a ella por el mismo plazo y a favor de la misma parte pues la exclusividad implica que la parte que deba observarla se obliga a no celebrar con los terceros (competencia de su contraparte) otro contrato a través del cual entregue o reciba los mismos bienes.

Por su parte la preferencia implica que la parte que deba observarla se obliga a trasladar al beneficiario del mismo la oferta de los terceros para ver si las iguala o no. Esto es justamente incompatible con la exclusividad, pues el obligado a respetar este último acuerdo, en virtud al mismo, no puede -bajo ninguna circunstancia- contratar con los terceros. En consecuencia, no tiene sentido que reciba las ofertas y las traslade a la otra parte cuando en el fondo, en ningún caso, podrá contratar con ellos.

En ese sentido, el profesor Benavides señala que: “**la interpretación de Arias Schreiber que el pacto de preferencia del artículo 1614 debe entenderse referido a los contratos con exclusividad no nos parece justificada.** Entendemos que la preferencia tiene un mayor sentido precisamente en la medida que **no haya exclusividad** pues cuando se tiene la protección de la exclusividad la contraparte no puede celebrar contratos con terceros” (énfasis agregado) (Benavides Torres, 1998, págs. 107-108).

Podrá discutirse si una es más eficiente que otra para efectos de desplazar a la competencia. Ello dependerá de las circunstancias del caso concreto y sobre esa base las partes evaluarán cuál de ellas es la que más les conviene acordar.

Ahora bien, puede ocurrir que el interés en desplazar a la competencia surja, **recién**, a la finalización del contrato de suministro, lo cual implica que durante su vigencia no hubo ese interés y, por tanto, el suministro no tenía incorporado un pacto de exclusividad o de preferencia (o, de pronto, sí hubo ese interés, pero no se llegó a incorporar uno de esos pactos porque, por ejemplo, la otra parte no lo aceptó). En estos casos, al no poder celebrarse un pacto de exclusividad - como ya hemos mencionado antes -ver pie de página 246- este pacto especial solo puede acordarse en el marco de un determinado contrato- entonces el mecanismo a través del cual una de las partes o ambas puedan satisfacer su interés de excluir a su competencia -en caso no lleguen a celebrar un nuevo suministro con exclusividad- sería celebrar un pacto de preferencia²⁴⁹.

En estos casos, como se observa, el contrato de suministro que precedió al pacto de preferencia no tenía exclusividad pues no existía en ese entonces el interés de excluir a la competencia. Entonces ante la pregunta formulada por el profesor de *¿por qué limitar la posibilidad de contratar con terceros, una vez finalizado el suministro, cuando durante su vigencia no aplicaba restricción alguna?* debemos responder que dicha limitación de contratar con los terceros -expresada a través del pacto de preferencia- puede activarse -celebrarse- una vez

Lo que sí podría acordarse en el marco de un suministro vigente es un acuerdo de exclusividad y de preferencia a favor de una misma parte, pero no de forma paralela, sino que dentro de un determinado plazo regirá uno y, luego de su vencimiento, iniciará recién la vigencia del otro pacto. O puede darse el caso que se celebre un acuerdo de exclusividad en virtud del cual se excluya, no a todos los competidores de la parte a favor de la cual se acordó dicho pacto, sino solo a algunos de ellos. En este caso, sí se podría celebrar -paralelamente a dicho acuerdo exclusivo- un pacto de preferencia en favor de esa misma parte, pero referida -como es claro- no los competidores con los cuales no podrá contratar la otra parte -en atención a la exclusividad a la que se encuentra sujeta-, sino respecto a los otros competidores a los cuales no se encuentra dirigido dicho pacto exclusivo.

²⁴⁹ Nótese que, a diferencia del pacto de exclusividad, el pacto de preferencia **no es accesorio** sino autónomo, pues **no requiere de un negocio jurídico previo para que exista**. Justamente la hipótesis que estamos comentando ahora -preferencia celebrada luego de la finalización de un suministro- es un ejemplo claro de ello. En este caso, el productor de un determinado insumo -suministrante- y el productor de un determinado bien que requiere dicho insumo -suministrado- podrían celebrar **únicamente** un pacto de preferencia en favor de una de ellas o de ambas, **sin que sea necesario que exista a la fecha de celebración de dicho pacto especial un suministro entre ambos**, pues en virtud de dicho pacto, a lo que se obligan es -sencillamente- a trasladar la oferta de los terceros -competidores de su contraparte- para que el beneficiario de la preferencia los evalúe y decida si los iguala o no.

En caso los iguale, entonces deberá ser preferido frente a dichos terceros. Con esa preferencia está logrando desplazar a los otros ofertantes, los mismos que constituyen su competencia directa.

finalizado el contrato porque, **recién, en ese momento, surgió el interés de una de las partes o de ambas en excluir a su competencia.**

Es por ello que al término del contrato las partes recién decidieron celebrar dicho pacto especial²⁵⁰. Esto determina entonces que la exclusividad no sea un presupuesto indispensable o necesario para la celebración de un acuerdo de preferencia.

Este pacto podría celebrarse durante la vigencia del suministro o después de finalizado el mismo, sin que en este último caso sea requisito para su celebración que dicho contrato haya contado con una cláusula de exclusividad. Ahora bien, respecto al acuerdo de preferencia celebrado durante la vigencia del suministro, resulta interesante el comentario realizado por el profesor Ortega quien al respecto señala lo siguiente:

«De no haber exclusividad, y de postularse que solo se pretende “mejorar” las condiciones del suministro **vigente, ¿no sería lo lógico que el interesado -supuesto beneficiario de la preferencia- ejerza su poder negocial y dirija una oferta, su propia oferta, a su contraparte o, en todo caso, le formule una invitación a ofrecer?, ¿por qué limitarse a términos y condiciones ajenos, que al menos debería igualar para ser preferido?** En cambio, cosa distinta ocurre cuando la preferencia se asocia a la exclusividad, ya que **el propósito de ser preferido radica en la necesidad de mantener una determinada relación comercial**, aun cuando sea en condiciones distintas a las del contrato original, ya que se trata finalmente de excluir a terceros, a la competencia. Eso, no puede perderse de vista, al menos a mi entender» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 205).

Al respecto debemos señalar que, las razones por las cuales ambas partes deciden celebrar durante la vigencia del suministro un acuerdo de preferencia a favor de una de ellas -o de ambas- y no un pacto de exclusividad a fin de relegar a su competencia puede darse por muchas razones legítimas. Por ejemplo, puede ocurrir que no se decida celebrar una exclusividad porque, como

²⁵⁰ Las razones por las cuales puede surgir el interés en excluir a la competencia recién al término del contrato pueden ser varias. Por ejemplo, puede suceder que durante la vigencia del suministro los sujetos que representan la competencia directa de las partes sean agentes que recién están comenzando a ingresar al mercado, con lo cual no representan una “amenaza” considerable para ellos. Pero puede ocurrir que a la finalización del suministro se presente o irrumpa un gigante comercial cuya presencia sí representa una gran competencia para una de las partes, con lo cual, recién, en ese momento, puede surgir el interés en excluirlo a él y a otros más. Esto determina que, recién, se negocie la posibilidad de celebrar un nuevo suministro con exclusividad o sino únicamente un pacto de preferencia.

bien ha señalado el profesor Ortega, la celebración de un pacto de exclusividad -para que puede ser eficiente a ambas partes- debe tener como contrapartida un ajuste en el precio que se haya acordado.

En ese sentido, puede ocurrir que la parte a favor de la cual se vaya a pactar la exclusividad, en el marco de las negociaciones y luego de varios cálculos, concluya que no le conviene celebrar una exclusividad pues la compensación que debería verificarse como contrapartida de ello en el monto del precio le trae más desventajas que beneficios. Es por ello que puede que le sea más rentable celebrar un pacto de preferencia.

Por ejemplo, imaginemos que “A” -suministrante- está negociado con “B” -suministrado- la incorporación a favor de suyo de una cláusula de exclusividad. “B” le indica que, de llegarse a celebrar dicho acuerdo, como contrapartida a ello, el monto que debería abonarle debería ser considerablemente menor y con algunas facilidades de pago en cuanto al plazo se refiere, pues se verá privado de negociar con otros suministrantes y, por tanto, de eventualmente obtener los mismos bienes a un menor precio. “A” evalúa la propuesta y concluye que no le es útil, pero aún tiene interés en -de alguna u otra forma- excluir a su competencia. ¿Qué puede hacer en estos casos? pues celebrar un pacto de preferencia. Es posible que este pacto le sea mucho más rentable que pactar una exclusividad en cuanto al ajuste del precio se refiere.

Además, puede ocurrir que sus competidores sean agentes que recién están emergiendo en el mercado y que la posibilidad de que contraten con su suministrado sea muy baja, con lo cual un pacto de preferencia caería bien, pues cuando -eventualmente- haya una oferta de parte de ellos a dicho suministrado, entonces este deberá trasladar el mismo a él para evaluar si activa o no la preferencia que tiene a su favor, con lo cual el interés que tiene de excluir a su competencia se verá realizado. **Por esas razones es que sería mejor no emitir una propia oferta, sino evaluar si se iguala o no la oferta de los terceros competidores.** Sí existen motivos entonces para optar por una preferencia y no por una exclusividad. Dependerá del caso concreto, de las condiciones y de los intereses de las partes.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, es perfectamente posible entonces que un pacto de preferencia sea incorporado a un contrato de suministro al momento de su celebración o en el curso de su ejecución. Del mismo modo, si el interés que tienen las partes -o una de ellas- en excluir a sus competidores surge recién cuando finalizó dicho contrato, entonces podrían

celebrar dicho pacto especial, sin que sea necesario que el contrato que lo precedió haya tenido exclusividad (en caso sí haya tenido exclusividad y luego se celebre una preferencia, se entiende entonces que el interés en excluir a los terceros no surgió recién cuando finalizó el contrato, sino que el mismo, sencillamente, se mantiene, pues viene desde antes).

En base a todo lo expuesto, no compartimos -respetuosa y cordialmente- la conclusión a la cual llega el profesor Ortega cuando indica que:

«Si partimos de la premisa ya expuesta de asociar la preferencia con la exclusividad, la redacción del señalado artículo 1614: “la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor”, debería entenderse en el sentido que lo sometido al plazo máximo de duración es la exclusividad en sí misma y, de ser el caso, el contrato mismo si es que la indicada exclusividad fuese medular» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 206).

Y es que, conforme a lo ya analizado anteriormente, somos de la idea de que la preferencia no es dependiente de la exclusividad. A juicio nuestro, no está sujeta a la existencia de dicho pacto. Adicionalmente a ello, el profesor Ortega indica lo siguiente:

«La “obligación” señalada en el artículo 1614 del Código Civil vendría a ser el vínculo contractual, el suministro al cual se adscribe el pacto de preferencia y que presupone exclusividad. Conforme a ello, bien podría sostenerse que, vencido el indicado plazo máximo legal, tratándose de un contrato de suministro exclusivo, permanece el vínculo sin exclusividad -de manera semejante a la figura del “poder irrevocable”-, o se extingue simplemente porque el acuerdo de exclusividad era sustancial» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 206).

Entendemos que cuando se hace referencia al *“suministro al cual se adscribe el pacto de preferencia y que presupone exclusividad”* se está haciendo alusión a que la preferencia ha sido adherida o incorporada a un suministro vigente -pues se hace referencia a una “adscripción”- y que dicho contrato, a su vez, tiene exclusividad (el hecho que tenga exclusividad implica que el suministro esté vigente, pues, como sabemos, la exclusividad -al ser accesoria- solo puede subsistir cuando está asociada a un contrato).

Si esto es así, deberíamos entender entonces que se está ante un supuesto en el cual se pactó la preferencia a favor de una parte y la exclusividad a favor de la otra, pues, como hemos mencionado antes -ver pie de página 248- no es posible que se celebre un pacto de exclusividad y de preferencia de forma paralela y por el mismo tiempo a favor de una sola parte.

Ahora bien, incluso teniendo ello en cuenta -respetuosamente- creemos que no sería posible sostener que al vencimiento de los cinco años el contrato de suministro -en sí mismo- aún permanecería, pero esta vez sin exclusividad, como si se tratara de un “poder irrevocable”, pues ello implica que igualmente el plazo quinquenal de la preferencia se debe aplicar a la exclusividad, y ello, a su vez, parte nuevamente de la premisa -de la cual discrepamos- de que la preferencia está sujeta a la existencia previa de un suministro con exclusividad. En realidad, lo sometido al plazo máximo de cinco años no es el pacto de exclusividad sino el de preferencia, conforme lo establece expresamente el propio artículo 1614.

Nótese que a nivel legislativo ninguno de los artículos que se ocupan de regular al pacto de exclusividad (1616 y 1617) y al pacto de preferencia (1614 y 1615) establecen que este último solo pueda celebrarse cuando antes haya existido un suministro con exclusividad. El Código Civil no sujeta la preferencia a una previa exclusividad, con lo cual no podría asociarse el plazo de cinco años de dicho pacto a ese otro acuerdo especial.

En ese sentido, el profesor Ortega señala lo siguiente:

«Sin embargo, ante la “imprecisión legislativa” e invocándose inclusive razones como las expresadas en párrafos anteriores, **admito que al no haberse asociado legislativamente la preferencia a la exclusividad, nada “impediría” -invocando la autonomía privada- pactar un derecho de preferencia sin que haya mediado un acuerdo de suministro exclusivo.** Así como nada impediría pactar un suministro gratuito, conforme ya hemos examinado» (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 205-206).

Como se observa, es perfectamente posible que, en virtud a la autonomía negocial de las partes, estas celebren un pacto de preferencia sin que haya existido previamente un suministro con exclusividad. No obstante ello, el profesor Ortega indica lo siguiente:

“Sin embargo, **insisto**, si durante la **vigencia** del suministro **no existía limitación para las partes en contratar concomitantemente con terceros** operaciones de suministro, **¿qué sentido tendría restringir ello a futuro -mediante un acuerdo de preferencia- y una vez finalizado el suministro**, máxime cuando no podrían afectarse las operaciones de suministro en ejecución al desprenderse de contratos celebrados en su oportunidad de manera plenamente legítima?” (énfasis agregado) (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 206).

Como ya hemos señalado antes, el sentido de restringir o limitar a una de las partes -o a ambas- la posibilidad de contratar con terceros una vez finalizado el suministro a través de un acuerdo de preferencia puede obedecer al hecho de que, **recién**, en ese momento, surgió el interés en desplazar a la competencia.

A partir de lo expuesto podemos concluir que **el pacto de exclusividad no está sujeto al plazo de cinco años establecido por el artículo 1614 del Código Civil**. Dicho pacto especial finalizará como máximo a la culminación del contrato de suministro sometido a plazo determinado - o antes de ello si se dejó sin efecto el mismo o si su plazo de duración fue menor al del suministro - o cuando una de las partes decida poner fin al suministro tratándose de uno sometido a plazo indeterminado (podría existir un supuesto en el cual la exclusividad finalice antes de la extinción de un suministro a plazo indeterminado: cuando las partes hayan pactado, por ejemplo, una exclusividad de un año desde la celebración del contrato y una de ellas ponga fin al suministro al tercer año de celebrado el mismo).

Entonces, serán las partes las que finalmente decidirán de acuerdo a sus intereses cuál es el plazo que mejor les conviene tanto para el suministro como para la exclusividad. Frente a esto se ha señalado lo siguiente: “(...) si la exclusividad es finalmente un acuerdo de no concurrencia, un acuerdo de dicha naturaleza no debería estar librado en su duración a la sola discrecionalidad de las partes, sino sujeto a una regulación considerando el efecto macrosistémico” (Ortega Piana M. A., 2013, págs. 206-207). Al respecto debemos señalar lo siguiente: los agentes económicos que se encuentran inmersos en la dinámica de las relaciones comerciales son sujetos que deben tomar decisiones en base a una **racionalidad económica mínima**.

Este sentido de razón es el que debe guiar cada una de sus negociaciones. Teniendo ello en cuenta, si dos sujetos celebraron un contrato de suministro a plazo indeterminado con una cláusula de exclusividad a favor de una o de ambas partes, es claro que a ninguna de ellas le

convendría estar sometida a una exclusividad perpetua o prolongada. Para poner fin a dicha exclusividad, bastaría con que una de ellas decida terminar con el contrato de suministro en el momento que más le convenga. Ese momento dependerá de cómo se encuentre la dinámica de los negocios en el mercado²⁵¹.

Del mismo modo, tratándose de un suministro a plazo determinado, es claro que a ninguna de las partes le convendría estar sujeta a una exclusividad muy extensa. Entonces, en el marco de las negociaciones evaluarán la conveniencia de celebrar una exclusividad relativamente corta, para que de esa forma su facultad de disposición o adquisición no se vean limitadas prolongadamente²⁵².

Nótese que, al tratarse finalmente de un pacto de no concurrencia, para efectos de cuidar la validez del mismo, su plazo de duración debería ser corto. Y es que, como bien señala el profesor Ortega citando al profesor Benavides -aunque el comentario sea respecto al pacto de preferencia, creemos que también podría aplicar a la exclusividad, pues ambos son acuerdos de no concurrencia- "(...) la limitante temporal la genera, y debe generarla, el propio dinamismo del mercado" (Ortega Piana M. A., 2013, pág. 206), y si las partes se exceden de dichos límites racionales de tiempo generados por el propio mercado al punto de vulnerar la libre competencia, entonces dichos acuerdos serán nulos.

²⁵¹ Somos conscientes de que, si bien tratándose de un suministro con exclusividad a plazo indeterminado cualquiera de las partes podría ponerle fin al mismo en el momento que más le convenga, es posible que dos sujetos celebren un suministro exclusivo en esas condiciones, pero no con el objetivo de que cada uno se beneficie legítimamente, sino con fines de concertación para perjudicar a un competidor de manera irregular.

En ese sentido, a fin de perjudicarlo, por un tiempo muy prolongado ninguno de ellos pondría fin al suministro exclusivo. Este es uno de los "riesgos" que se debe asumir como contrapartida al hecho de que no exista una limitación legal a la duración del pacto. Sin embargo, si bien es posible que se presenten esos "riesgos" -acuerdos de exclusividad que pretendan solo perjudicar a un competidor- los mismos deberán ser declarados nulos luego de que la autoridad administrativa respectiva -en nuestro caso el INDECOPI- advierta que ellos han sido celebrados con el objetivo de perjudicar la libre competencia.

Nótese incluso que, a pesar de que exista una limitación legal a la duración del pacto de exclusividad, igualmente los agentes que se coluden para perjudicar a un competidor, al término del plazo de duración del pacto, podrían renovar el mismo por otro periodo similar. Con esto queremos enfatizar que ese "riesgo" de menoscabar a un competidor siempre existirá, haya o no un plazo máximo de duración para dicho pacto y, en caso se celebre un acuerdo de esa naturaleza, el mismo deberá ser declarado nulo.

²⁵² Al igual que en el caso anterior, es posible que las partes celebren un suministro exclusivo a plazo determinado, pero por un periodo muy extenso y no con la finalidad de beneficiarse cada una de ellas, sino con el objetivo de perjudicar irregularmente a un competidor (imaginemos una exclusividad de 20 años). En estos casos, el INDECOPI igualmente debería intervenir para sancionar esas conductas que solo buscan atentar contra la libre competencia.

Sobre la base de cada uno de los aspectos estudiados hasta ahora respecto a la definición legislativa del contrato de suministro y del pacto de exclusividad, centrémonos ahora en una situación particular de dicho pacto especial: el estudio de su incumplimiento.

3.2.3.5 Sobre el incumplimiento del pacto de exclusividad

Para efectos de analizar la inejecución de dicho pacto especial, es necesario reproducir nuevamente lo establecido por los artículos 1616 y 1617 del Código Civil, los cuales se ocupan de regular el referido acuerdo a favor del suministrante y del suministrado respectivamente. Dichas disposiciones normativas establecen lo siguiente:

Artículo 1616.- *“Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación”.*

Artículo 1617.- *“Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar”.*

Como se observa, en ambos casos, tanto el suministrante como el suministrado se obligan a una prestación de contenido negativo: no contratar con los terceros que constituyen la competencia de su contraparte de tal forma que no abastezcan o reciban de ellos los mismos bienes que constituyen el objeto del suministro. De este modo, se incurrirá en un supuesto de incumplimiento si finalmente celebran un contrato con ellos a través del cual les entreguen o reciban esos bienes.

Ahora bien, al igual que en el caso del pacto *non cedendo* y el contrato de cesión de crédito antes estudiado, en este caso nosotros postulamos la siguiente tesis: ante una situación de incumplimiento, el beneficiario de la exclusividad (acreedor de dicho pacto especial) podría dirigirse no solo contra su deudor, es decir, a quien se obligó a no contratar, sino también contra el tercero -que vendría a ser su competencia- y **oponerle** su crédito si este **conocía** (mala fe) dicho pacto al momento en el que celebró el contrato por el cual adquirió o dispuso los mismos bienes objeto del suministro.

¿Cuál es el fundamento en base al cual el beneficiario de la exclusividad podría oponer dicho pacto al tercero que conocía el mismo pero que no forma parte de la relación obligatoria del suministro? pues, conforme hemos estudiado a lo largo del acápite 2 del presente trabajo, el deber general de no dañar o perjudicar la esfera jurídica ajena.

Ya al final del acápite 1 hemos desarrollado y concluido que todas las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja son oponibles *erga omnes*, sin importar si llevan el calificativo o rotulado de “real” o “personal”. En ese sentido, se ha señalado correctamente que: “la tutelabilidad **erga omnes** es una característica **no exclusiva de algunas, sino propia de todas las situaciones de ventaja** y, por lo mismo, también de todos los derechos subjetivos sin excepción” (énfasis agregado) (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, & Natoli, 1995, pág. 382).

Del mismo modo, en el ya referido acápite 2 -al cual nos remitimos- hemos analizado con detalle en qué consiste el deber genérico de no dañar a nadie o deber jurídico como medio de protección (*alterum non laedere*), figura sobre la cual se edifica la tutela aquiliana del derecho de crédito y la noción de oponibilidad de dicho derecho subjetivo, oponibilidad que, por cierto, no tiene nada que ver con el principio de la relatividad contractual.

En efecto, si bien en base a dicho principio el contrato solo surte efectos entre las partes contratantes en cuanto a las obligaciones se refiere, ello no determina que los demás -terceros- cuenten con una licencia abierta para dañar o lesionar las situaciones jurídicas subjetivas que emanan de dichos contratos -como sería el caso de los créditos o derechos potestativos- por la sencilla razón de que todos tenemos el deber de respetar la satisfacción de las situaciones jurídicas ajenas en general una vez que tomamos conocimiento de su existencia.

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

“La tesis dogmática de la absoluta irrelevancia de la relación obligatoria para los terceros y de la total separación entre la relación obligatoria y la esfera jurídica de los terceros, **se encuentra hoy en gran medida superada en la doctrina**. En general, se propende a **admitir la existencia de un deber de respeto del derecho de crédito por parte de los terceros que no es nada más que una consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera ajena**. Por ello, se ha pensado que el tercero que viola, dolosa o negligentemente un derecho ajeno, **asume por este solo hecho una**

determinada responsabilidad y debe resarcir al titular del derecho los daños que como consecuencia de ello se le siguen” (énfasis agregado) (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, 1996, pág. 605).

Teniendo ello en cuenta, en el marco del contrato y del pacto que nos encontramos analizando, se ha señalado correctamente que:

“(…) en un contrato de suministro con exclusividad o en un contrato de distribución con la misma obligación de no hacer o de no contratar con terceros, es notorio que los efectos de la celebración del contrato que inicialmente perseguían las partes se han extendido hacia los terceros, **quienes están impedidos de celebrar un contrato de distribución similar con una de las partes**” (énfasis agregado) (Osterling Parodi, Los principales principios contractuales, 2010, págs. 3-4).

Dicho impedimento surge justamente a raíz del deber de no lesionar el crédito que tiene el sujeto a favor del cual se pactó la exclusividad. En consecuencia, en caso el tercero **-a sabiendas** de la existencia de dicho pacto especial- celebre un contrato con el sujeto que se había obligado a no hacerlo, será responsable conjuntamente con dicho deudor por los posibles daños que haya podido padecer el acreedor del referido pacto. Hasta acá podemos inferir de la hipótesis que nos encontramos estudiando dos supuestos claros: **(i)** que el tercero conozca el pacto de exclusividad al momento de la celebración del contrato y **(ii)** que el tercero no conozca dicho pacto.

¿Por qué si el tercero no conoce dicho pacto -y contrató a título oneroso- no le es oponible el mismo y, por tanto, en el caso de una exclusividad a favor del suministrado, mantiene la adquisición de los bienes muebles materiales y, en el caso de una exclusividad a favor de suministrante, su contrato con el suministrado no se verá afectado? pues porque actúa en base a una situación de apariencia que lo protege: el desconocimiento del pacto y, por tanto, su actuación en **buena fe**.

En estos casos, se debe proteger al contratante que confió en la situación inicial y en base a la cual tomó la decisión de contratar -adquirir o disponer los bienes muebles- y no podría oponérsele la situación real. En otras palabras, **prima la apariencia de verdad por sobre la verdad material**. En el caso del pacto de exclusividad imaginemos que “A” (suministrante) celebra con “B” (suministrado) dicho pacto a favor de este último (“B”) y “A” -a pesar de

obligarse a no contratar- celebra finalmente con “C” (tercero) otro contrato a través del cual le abastecerá de los mismos bienes que entrega a “B”.

Ocurre que al momento de la celebración del contrato “C” no conocía ni pudo conocer la existencia de ese pacto especial y celebró dicho negocio con “A” a cambio de una contraprestación. Luego de dos meses se entera que en realidad “A” se había obligado frente “B” a hacerle entrega de esos mismos bienes únicamente a él hasta que finalice su contrato. ¿Puede oponerse al tercero “C” dicho pacto cuando este no lo conoció al momento de celebrar el contrato con “A”? es claro que no.

Cuando se celebró el contrato entre “A” y “C” este desconocía que aquel se encontraba prohibido de disponer los bienes muebles que tenía o producía (apariencia de verdad). El hecho de que en realidad había un pacto de exclusividad (verdad material) y que el mismo haya sido conocido luego de la celebración del contrato no implica que se frustre la confianza (buena fe) de “C”. **Nótese que el sistema debe otorgar protección a los contratantes de buena fe -esto es, a los terceros- que hayan contratado a título oneroso.** En la medida que se cumplan estos dos requisitos (ostentar la condición de tercero y la onerosidad de la operación), el contratante estará protegido. Veamos:

3.2.4 Los requisitos necesarios para obtener una protección plena: la condición de tercero y la onerosidad de la operación

Respecto al primer requisito, al igual que el caso del cesionario en el supuesto del pacto de *non cedendo*, es claro que en el ejemplo antes expuesto “C” ostenta la condición de tercero. ¿Cuándo se logra tener dicha condición? ya en el apartado 3.1.1 -al cual nos remitimos- hemos explicado qué es lo que se necesita para que un sujeto adquiriera dicha condición, la cual resulta necesaria -además de la onerosidad en la operación-para que se proteja su adquisición.

En dicha oportunidad concluimos que lo importante para que un sujeto sea considerado un verdadero tercero es que **desconozca** la patología o el vicio que rodea a su adquisición (buena fe). Nótese que dicho sujeto puede incluso formar parte del negocio en el cual se encuentra el vicio, pero lo importante es que no conozca esa anomalía. **El desconocimiento del vicio o del hecho que dio lugar al mismo es lo que hace que tenga la condición de tercero y no si forma parte o no del acto jurídico que lo contiene.**

Esto es lo que ocurre en el caso del pacto de exclusividad antes expuesto, pues el hecho de que “C” desconozca dicho pacto **determina que desconozca también el vicio que se encuentra en su contrato: ineficacia por la restricción a la legitimidad** de “A”²⁵³. Esto determina que sea un tercero respecto a dicha patología y al no poder advertir esa anomalía entonces es claro que está actuando de buena fe, por lo que el suministrado “B” (acreedor del pacto) no podría oponerle dicho pacto. En efecto, cuando contrató con el suministrante lo hizo en base a una situación de apariencia: de que este no se había obligado antes a no contratar con otros sujetos como él.

Nótese que la protección de la confianza de los terceros es de suma importancia para no frenar el intercambio. La tutela de la confianza genera los incentivos necesarios para que los agentes económicos contraten pues, de no ser así, nadie se vincularía negocialmente por temor a que se frustre sus adquisiciones de forma arbitraria. En ese sentido la profesora Cecilia O’Neill, citando al profesor Martín Mejorada señala lo siguiente:

“(…) se debe distinguir entre la razón para proteger a los terceros y el requisito que estos deben cumplir para ser acogidos. Ambos están vinculados porque lo primero sirve para interpretar lo segundo. En este caso, **el requisito es la buena fe del tercero**, mientras que **la razón es la necesidad de proteger el libre mercado de bienes, generando confianza y certeza en los operadores económicos**. Solo así se cumplen los presupuestos del régimen económico” (énfasis agregado) (O’Neill De La Fuente, 2017, pág. 98).

Respecto al requisito de la onerosidad, en el apartado 3.1.1 -al cual nos remitimos nuevamente- hemos explicado por qué es necesario -además de la buena fe- que se verifique también dicho presupuesto a efectos de que el tercero - “C” en el ejemplo antes expuesto - mantenga la adquisición de los bienes que le fue entregado. Solo si el contrato celebrado entre “A” y “C” es oneroso -esto implica que “C” deba abonarle una contraprestación al suministrante “A” por los mismos bienes que recibe- su adquisición no correrá peligro alguno. Teniendo ello en cuenta, podemos concluir entonces que si “C” hubiera contratado con “A” a título gratuito -a pesar de que hubiera desconocido el pacto de exclusividad (buena fe)- su adquisición sí se vería afectada.

²⁵³ Más adelante analizaremos por qué el contrato celebrado entre “A” (suministrante) y “C” (competencia del suministrado “B”) es ineficaz debido a que “A” tenía la legitimidad para contratar restringida.

En ese caso, “B” podría solicitar sin problema alguno la ineficacia del contrato y, como consecuencia de ello, que se ordene la restitución prestacional respectiva. Nótese que en estos casos en los cuales el tercero adquiere de buena fe, pero a título gratuito, el fundamento para negarle protección a su adquisición -lo cual implica que prosperará la demanda de ineficacia-radica, **no en una responsabilidad por ilícito en tanto que él actúa de buena fe -con lo cual no será responsable de los posibles daños ocasionados al acreedor-, sino como una aplicación del principio que impide a un sujeto enriquecerse gratuitamente a costa del perjuicio ajeno**, en este caso, en perjuicio del crédito del sujeto a favor del cual se pactó la exclusividad. El interés del acreedor prima sobre el enriquecimiento gratuito del tercero, pues tutelar el crédito es más eficiente que proteger una adquisición gratuita.

A partir de todo lo expuesto, queda claro entonces que **no se puede prescindir del requisito de la onerosidad**, por lo que en el caso del pacto de exclusividad es necesario que el tercero haya realizado un desembolso patrimonial a cambio de los bienes que pretende adquirir. Esto, sumado a su buena fe, permitirá que el acreedor de dicho pacto especial no pueda oponerle su crédito²⁵⁴. En caso contrario (actuación de mala fe, o habiendo buena fe, pero si se contrató a título gratuito), primará el interés que tienen el acreedor en que su crédito no sea lesionado, en este caso, el interés del beneficiario de la exclusividad en que se cumpla dicho pacto, por lo que podrá oponer su crédito -no solo a su deudor vía relatividad-, sino también a “C”²⁵⁵.

Ahora bien, ¿de qué forma puede el acreedor (beneficiario de la exclusividad) oponer al “tercero” el crédito que tiene en virtud de dicho pacto celebrado con su deudor (sujeto que debe respetar la exclusividad)? como ya se habrá podido advertir y de hecho ya se mencionó cuando analizamos el caso del pacto de *non cedendo*, una de las formas a través de las cuales puede hacer oponible su crédito es solicitando la ineficacia del contrato celebrado entre su deudor (quien se obligó a no contratar) y dicho tercero²⁵⁶. En las líneas que siguen analizaremos cuál es el tipo de ineficacia que corresponde aplicar en esos casos. Veamos:

²⁵⁴ En estos casos, si bien el tercero “C” mantendrá su adquisición, el acreedor del pacto cuyo crédito ha sido lesionado -en este caso el suministrado “B”- podrá dirigirse contra su deudor -el suministrante “A”- a fin de requerirle el pago de un resarcimiento por los daños que haya podido padecer como consecuencia de su incumplimiento.

²⁵⁵ Esto no implica que “C”- adquirente de buena fe y a título gratuito- se vea perjudicado del todo, pues, si bien perderá la adquisición de los bienes -y no será responsable de los posibles daños que haya padecido “B” por el incumplimiento de “A” pues actuó de buena fe- en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar un resarcimiento a su contraparte, esto es, al suministrante “A”.

²⁵⁶ Debemos precisar que cuando hacemos referencia al “tercero” nos estamos refiriendo al sujeto que -a **sabiendas** de la existencia de la cláusula de exclusividad- contrató con la parte que se había obligado a no contratar. Hacemos

3.2.5 Sobre la pretensión que debería formularse ¿cuál es el remedio que debería aplicarse a fin de hacer oponible este pacto?

La ineficacia del acto jurídico es uno de los temas más relevantes e interesantes del cual se ha ocupado la doctrina. De hecho, existen muchas clasificaciones sobre dicha categoría. Por nuestra parte nosotros creemos que es factible dividirla en tres clases: (i) ineficacia estructural, (ii) ineficacia en sentido estricto e (iii) ineficacia funcional. Ya en los apartados 3.1.2.1 y 3.1.2.2 -a los cuales nos remitimos- nos ocupamos de analizar con detalle, respectivamente, en qué consisten los dos primeros tipos de ineficacia (la tercera clase de ineficacia no fue analizada en tanto que no tiene relación alguna con los supuestos que nos encontramos estudiando).

Sobre la base de esas explicaciones ya dadas a continuación nos limitaremos únicamente a estudiar en cuál de dichas ineficacias se encuentra inmerso el negocio jurídico celebrado entre el sujeto que debe respetar la exclusividad y el tercero que contrató con él sabiendo que existía un pacto de exclusividad que obligaba al primero a no contratar. Veamos:

3.2.5.1 Ineficacia estructural

Como hemos mencionado, en el apartado 3.1.2.1 del presente trabajo -al cual nos remitimos- nos ocupamos de analizar con detalle en qué consiste este tipo de ineficacia, sus características y sus consecuencias. Basta con mencionar que ella no es sino una derivación o consecuencia de un acto jurídico inválido y que una de las principales consecuencias de la decisión jurisdiccional que declare inválido el negocio es que la misma tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato. Esto implica que en caso las partes hayan realizado alguna actividad prestacional sobre la base de ese negocio inválido, deberán -como regla general- restituirse todo lo que hayan ejecutado.

uso del término “tercero” en el sentido de que él es justamente un tercero, pero **respecto al contrato de suministro que contiene la cláusula de exclusividad** y que **conoce** la existencia de este pacto especial. No es que sea un tercero en los términos que hemos estudiado antes, esto es, un sujeto que desconoce el vicio o la anomalía que rodea a su adquisición. Teniendo ello en cuenta, cuando queramos hacer alusión a esta última noción de tercero, nos referiremos al “tercero adquirente o contratante de buena fe” para evitar confusiones. Entonces, si solo hacemos mención al término “tercero” debe entenderse que nos estamos refiriendo al sujeto que, a pesar de conocer el pacto de exclusividad (y que no es sino la competencia comercial de la parte favorecida con dicho pacto), decidió contratar con la parte sujeta a ese acuerdo especial.

Teniendo ello en cuenta y retornando a la hipótesis materia de nuestro estudio nos preguntamos, ¿el hecho de que el tercero haya celebrado con la parte sujeta a exclusividad un contrato sobre los mismos bienes objeto del suministro **a sabiendas** de que existía dicho pacto especial, determina que dicho contrato se encuentre inmerso en alguna de las causales de invalidez establecidas por los artículos 219 o 221 del Código Civil?

Nosotros creemos que no (salvo un supuesto específico que estudiaremos más adelante). No es pertinente analizar cada una de las causales establecidas en los dos artículos antes señalados, sino solo aquellos bajo los cuales se pueda -razonablemente- alegar un supuesto de invalidez. Somos de la idea de que las causales que podrían invocarse **por el hecho de que el tercero contrató con la parte del suministro sujeta a exclusividad habiendo conocido dicho pacto especial**, son las siguientes: **(i)** nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible, **(ii)** nulidad por vulnerar el orden público y las buenas costumbres y **(iii)** nulidad por ilicitud de la causa. Analicemos cada una de dichas causales y su aplicación al negocio celebrado por el tercero y la parte sujeta a exclusividad.

3.2.5.1.1 La supuesta nulidad por estar ante un objeto jurídicamente imposible

Como bien sabemos, el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo “*cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable*”. Con relación al contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial, podría alegarse que el mismo es nulo toda vez que no sería jurídicamente posible que el sujeto obligado a no contratar transfiera y/o reciba finalmente los mismos bienes objeto del suministro cuando el mismo se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, no sería jurídicamente posible también que el tercero transfiera y/o reciba dichos bienes cuando sabía que su contraparte se había obligado a no realizar dicha actividad. Esta argumentación, como veremos, no es correcta.

Para demostrar ello es necesario analizar qué es el objeto del acto jurídico y cuándo estamos ante un supuesto de imposibilidad jurídica del mismo. Ya en el apartado 3.1.2.1.2 del presente trabajo -al cual nos remitimos- hemos estudiado con detalle en qué consiste dicho elemento de existencia del negocio jurídico y cuando se incurre en un supuesto de imposibilidad jurídica del mismo, por lo que no es necesario hacer nuevamente un análisis minucioso sobre su contenido.

Basta con señalar que el objeto del negocio jurídico puede ser entendido como la **relación jurídica** que surge como consecuencia de las declaraciones de voluntad (objeto entendido como finalidad); la o las **situaciones jurídicas subjetivas** que pueden originarse a partir de una declaración o de una relación jurídica (objeto entendido como finalidad también), el **bien** materia de dicha relación jurídica (objeto entendido como entidad) o, finalmente, la **prestación** contenida en dicha relación (objeto entendido como entidad también).

Teniendo en cuenta la definición antes expuesta veamos por qué el solo hecho de que el tercero haya conocido el pacto de exclusividad al momento de celebrar el contrato con la parte sujeta a dicho pacto especial a través del cual transfirió y/o recibió los mismos bienes del suministro, no determina que estemos ante un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto de dicho negocio. Para demostrar ello, como es lógico, es necesario saber primero cuál es el objeto de ese contrato.

Según lo expuesto anteriormente, el objeto del contrato a través del cual el tercero adquiere y/o dispone los mismos bienes del suministro no es otro que la **relación jurídica** creada por dicho tercero y la parte sujeta a exclusividad (objeto como finalidad); la **prestación** consistente en una conducta que implica dar determinados bienes (objeto como entidad); **los bienes muebles** materia de disposición -los cuales deben ser los mismos que el del suministro- (objeto como entidad) y, de ser el caso, **el bien** (objeto también como entidad) que haga las veces de la contraprestación pagada por el tercero y/o la parte sujeta a exclusividad a cambio de los bienes muebles que se adquiere y/o se transfiere (dinero, por ejemplo). Analicemos todas esas acepciones.

Respecto al objeto del negocio como relación jurídica, como se ha mencionado, podría señalarse que la relación jurídica contractual creada por el tercero y la parte sujeta a exclusividad es nula toda vez que no sería jurídicamente posible que dicha parte transfiera y/o adquiera los mismos bienes del suministro cuando se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, no sería jurídicamente posible también que el tercero adquiera y/o transfiera dichos bienes cuando sabía que su contraparte se había obligado a no cederlo. Esto, sin embargo, no es correcto.

Como ya hemos mencionado en su momento, la imposibilidad jurídica del objeto del negocio entendido como relación jurídica supone que dicha relación creada por las partes **no cumpla con los requisitos básicos que el ordenamiento establece en determinadas normas imperativas, cuando contravenga el orden público o las buenas costumbres.**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que **no existe ninguna norma imperativa** que prohíba a la parte sujeta a exclusividad a que finalmente transfiera y/o adquiriera los mismos bienes del suministro y sancione con nulidad el negocio a través del cual realizó dichas transacciones. Y es que el hecho de que finalmente dicha parte transfiera y/o adquiriera los mismos bienes del suministro a pesar de que se había obligado a no hacerlo, no implica que el negocio sea nulo, sino que simplemente se está ante un **supuesto de incumplimiento** bajo el cual será el acreedor -el beneficiario de la exclusividad- quien decidirá qué acciones realizar frente a ello.

Será él quien **-en función a su interés eminentemente privado-** determine si, entre otras cosas: **(i)** intima en mora o no a su deudor, **(ii)** si le otorga un plazo de gracia o no, **(iii)** si solicita la “ejecución forzada” de la obligación, **(iv)** si resuelve el contrato de suministro, **(v)** si solicita un resarcimiento por los daños que se le haya podido ocasionar, etc. Más adelante analizaremos que el acreedor, además de esas alternativas -sobre la base de que el contrato no sea nulo- podría oponer el pacto de exclusividad que tiene al tercero a través de una pretensión de ineficacia en sentido estricto o, de lo contrario, ratificar dicho negocio. Entonces, **dependerá de él** qué hacer frente al incumplimiento.

Respecto a la contravención de dicho contrato al orden público y a las buenas costumbres, nos remitimos al apartado siguiente en cual analizaremos la posibilidad de alegar la nulidad de dicho negocio por una supuesta contravención a dichos pilares fundamentales del sistema jurídico. A modo de adelanto, debemos señalar que el hecho de que el objeto de ese contrato entendido como finalidad (relación jurídica) sea imposible jurídicamente, dependerá de si la causa del mismo es lícita o no.

Respecto a la prestación, es claro que esta conducta, en sí misma -que en este caso implica la entrega de determinados bienes-, no riñe con ninguna norma imperativa, con el orden público o las buenas costumbres.

Finalmente, con relación al bien que es materia del contrato -los bienes muebles materiales y el bien que se paga como contraprestación, de ser el caso- no existe tampoco ningún supuesto de imposibilidad jurídica que determine que el negocio sea nulo. Debe tenerse en cuenta que la noción o definición de bien en el marco de las relaciones contractuales es una de naturaleza jurídica. Eso determina que haya algunos bienes que no estén dotados de juridicidad por no cumplir los requisitos propios de un bien en el sentido jurídico de la palabra. La falta de

cumplimiento de dichos requisitos determina entonces la nulidad del negocio por estar ante un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto.

Como ya se estudió anteriormente, un bien es aquella entidad material o inmaterial que tiene la aptitud de satisfacer un interés digno de tutela. Además de ello es necesario que dichos bienes sean **susceptibles de libre transmisión en el comercio por cuanto la ley no lo prohíbe**. Esto implica que el ordenamiento no lo haya excluido del tráfico patrimonial. Esta exclusión ocurre debido a que se pretende **salvaguardar valores, principios o intereses generales** (de ahí que, como ya lo mencionamos antes, la imposibilidad jurídica del objeto implica la vulneración de normas imperativas, del orden público y/o de las buenas costumbres).

Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de los objetos que forman parte del patrimonio cultural, de los bienes públicos de dominio público, de animales que -en algunas temporadas- se encuentren en veda como sería el caso de los camarones o de algunos otros bienes que, por razón de su peligrosidad, se encuentran prohibidos como sería el caso de la cocaína. Entonces, **si la propia ley deja fuera del comercio a determinados bienes, es claro que ellos no pueden ser, jurídicamente, objetos de ningún negocio jurídico y en caso se pretendiera ello, dicho negocio sería nulo por imposibilidad jurídica del objeto**.

Siendo ello así, en la medida que los bienes muebles objeto del suministro y, de ser el caso, el bien que se pague como contraprestación por ellos, no hayan sido excluidos por el ordenamiento del tráfico comercial en razón de salvaguardar algún principio, valor o interés público -como sería el caso de la cocaína o el éxtasis- entonces el contrato no será nulo²⁵⁷.

Habiendo concluido entonces que el contrato celebrado por el tercero y la parte sujeta a exclusividad no es nulo por imposibilidad jurídica de su objeto, analicemos la siguiente causal por la cual, razonablemente, se podría invocar la nulidad de dicho negocio.

3.2.5.1.2 La supuesta nulidad por la vulneración del orden público y las buenas costumbres

²⁵⁷ Nótese que cuando haya una patología en el bien por no estar dotado de juridicidad, habrá también un vicio en la relación jurídica misma que lo contiene. Esto determina que el negocio sea nulo por imposibilidad jurídica del objeto, entendida esta como una finalidad (relación jurídica) y como un ente (bien).

Como bien sabemos, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que: “*es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres*”. Con relación al contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial, podría alegarse que el mismo es nulo por vulnerar a ambas categorías fundamentales en atención a lo siguiente:

Desde la óptica de la parte sujeta a exclusividad (deudor del pacto) se podría alegar que no es “ético” o “moralmente correcto” que el mismo haya transferido y/o adquirido los mismos bienes objeto del suministro cuando se había obligado a no hacerlo. Del mismo modo, por el lado del tercero se diría que no es “ético” o “moralmente correcto” que este haya contribuido con su conducta negocial a que el deudor del pacto haya incurrido en incumplimiento al adquirir y/o transferir dichos bienes sabiendo que él se había comprometido a no cederlos, con lo cual, se afirmarían, estaría vulnerando la regla del *neminem laedere* o el deber general de no perjudicar esferas jurídicas ajenas como sería, en este caso, el crédito del beneficiario de la exclusividad.

Se diría que la regla del *neminem laedere* forma parte del orden público por lo que su inobservancia a través de la celebración del contrato entre el tercero y la parte sujeta a exclusividad genera la nulidad del mismo.

Esta argumentación, como veremos, no es del todo correcta. Para demostrar ello, como es lógico, es necesario analizar primero qué es el orden público y las buenas costumbres. Ya en el apartado 3.1.2.1.3 del presente trabajo (véase también el pie de página 119) -a los cuales nos remitimos- hemos estudiado con detalle en qué consisten dichas categorías fundamentales, por lo que no es necesario hacer nuevamente un análisis minucioso sobre sus contenidos.

Basta con señalar que el orden público está compuesto por un conjunto de reglas y principios de carácter social, económico, político, ético y otros más los cuales constituyen los pilares fundamentales y base del sistema jurídico. Un aspecto muy importante a tener en cuenta y que no debe perderse de vista es que dichos **principios y reglas fundamentales** que conforman el orden público son de **interés general**, es decir, buscan tutelar o proteger **intereses sociales** (de orden político, económico, ético, cultural etc.) que **van más allá de la esfera personal de los sujetos**.

Con relación a las buenas costumbres, esta categoría está compuesta por principios o reglas de carácter eminentemente ético y que -en el caso de las reglas- son compartidos por una generalidad de personas en un momento y lugar determinado y es relativo en el sentido de que puede variar lo que hoy se entiende por éticamente correcto. Al igual que el orden público, dichas reglas o principios éticos son de **interés general**, pues es el **standard social** o la **colectividad** la que rechaza o reprueba las conductas que las contraviene. Va más allá de la esfera privada de las partes.

A partir de lo expuesto en dicha oportunidad concluimos que las buenas costumbres, en realidad, forma parte de del orden público. En efecto, si el orden público es el conjunto de principios o reglas de diversa índole -entre los cuales se encuentra el de carácter ético- los mismos que buscan tutelar intereses generales o sociales y que -en el caso de las reglas- pueden cambiar de un lugar o a otro o de un tiempo a otro, es claro entonces que las buenas costumbres es solo un componente más del orden público.

Teniendo claro en qué consisten dichas categorías fundamentales, veamos ahora si el contrato celebrado por el tercero y la parte sujeta a exclusividad vulnera a alguna de ellas. Analicemos primero la supuesta vulneración a las buenas costumbres (**reglas o principios de carácter ético**) desde la óptica del deudor (la parte sujeta a exclusividad) y del tercero.

Hemos señalado que respecto a la parte sujeta a exclusividad se podría alegar que no es “ético” o “moralmente correcto” que él haya transferido y/o adquirido los mismos bienes del suministro cuando se había obligado a no hacerlo y, correlativamente a ello, por el lado del tercero se diría que no es “ético” o “moralmente correcto” que este haya contribuido con su conducta comercial a que el deudor del pacto especial haya incurrido en un incumplimiento al adquirir y/o transferir dichos bienes sabiendo que él se había comprometido a no cederlos. Esto, que *a priori* parecería razonable o correcto y por tanto daría lugar a la nulidad del negocio, en realidad no es así.

Los argumentos en virtud de los cuales dicha alegación no es correcta ya los hemos desarrollado detenidamente cuando analizamos la supuesta nulidad del contrato de cesión crediticia por vulnerar a las buenas costumbres en tanto que había sido celebrado cuando existía de por medio un pacto de *non cedendo*. Como se habrá podido advertir, la hipótesis estudiada en dicha oportunidad es similar a la que estamos analizando ahora, pues en ambos casos existe un

pacto de no contratar que es incumplido por el deudor quien finalmente contraviene el mismo al contratar con un tercero que conocía dicho pacto.

Los argumentos esgrimidos en dicha oportunidad resultan entonces plenamente aplicables para desvirtuar la tesis de la nulidad del contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía el mismo por una supuesta vulneración a las buenas costumbres. Solamente debemos precisar que cuando se repase dichos argumentos deberá adecuarse algunas palabras o conceptos a la hipótesis que nos encontramos estudiando ahora.

Así, cuando se haga referencia al pacto de *non cedendo*, deberá leerse el mismo -para efectos de adecuar dichos argumentos al supuesto que nos encontramos analizando en el presente apartado- como el pacto de exclusividad. Del mismo modo, deberá reemplazarse los siguientes términos: cedido o acreedor del pacto de *non cedendo* por beneficiario de la exclusividad o acreedor de dicho pacto; cedente o deudor del pacto de *non cedendo* por la parte sujeta a exclusividad o deudor de dicho pacto; cesionario por tercero; crédito por los bienes del suministro; contrato de cesión de crédito por el contrato a través del cual se transfiere y/o adquiere los mismos bienes del suministro.

Finalmente, en dicha oportunidad realizamos también un pequeño análisis del objeto del contrato de cesión de crédito. Cuando se llegue a ese momento, deberá tenerse en cuenta la definición que anteriormente hemos expuesto sobre el objeto del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero.

A partir de la lectura de cada uno de los argumentos expuestos en ese entonces (véase el apartado 3.1.2.1.3) se podrá verificar que el contrato celebrado entre dichos sujetos no vulnera a las buenas costumbres en atención a que, como se podrá advertir, las supuestas conductas “inmorales” en las que incurrieron cada uno de ellos **no inciden en un elemento estructural del mismo y porque las consecuencias de dichas conductas corresponden al interés privado del beneficiario de la exclusividad (pues en lo que se incurre es en una situación de incumplimiento). No tienen un grado de relevancia social o general desde el punto de vista moral, por lo que no se justifica la imposición de una nulidad.**

Veamos ahora la presunta nulidad de dicho contrato por la vulneración al orden público. Este análisis también ya fue desarrollado cuando examinamos el caso del contrato de cesión

crediticia y la presunta nulidad del mismo por contravenir a dicho pilar fundamental del sistema jurídico. Basta con señalar que en dicha ocasión precisamos que el contrato celebrado -en este caso por la parte sujeta a exclusividad y el tercero- será nulo por contravenir el orden público solo en la medida que se esté ante uno de los dos supuestos o hipótesis que señalamos en ese momento, supuestos que serán desarrolladas detenidamente cuando analicemos en el siguiente apartado la presunta nulidad de dicho contrato por tener un fin ilícito.

Cabe precisar que, al igual que en el caso del análisis de la contravención a las buenas costumbres, cuando se repasen los argumentos respectivos, deberá adecuarse algunas palabras o conceptos a la hipótesis que nos encontramos estudiando ahora, según lo ya precisado anteriormente. Nos remitimos entonces a los argumentos ya expuestos en esa oportunidad (véase el apartado 3.1.2.1.3)²⁵⁸.

3.2.5.1.3 La supuesta nulidad por fin ilícito

Como bien sabemos, el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil establece que: “*el acto jurídico es nulo: (...) 3. Cuando su fin sea ilícito*”. Con relación al contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero podría alegarse que el mismo es nulo por tener un fin ilícito en atención a que aquel transfirió y/o adquirió los mismos bienes objeto del suministro cuando se había obligado a no hacerlo y porque dicho tercero adquirió y/ transfirió esos bienes a sabiendas de que existía un pacto de exclusividad. Esto, se diría, demuestra que ambas partes tienen por finalidad lesionar la situación jurídica subjetiva crediticia del beneficiario de la exclusividad por lo que el negocio sería nulo.

La respuesta a dicha alegación de nulidad dependerá, como ya se mencionó, de ante cuál de las hipótesis o supuestos antes descritos estemos. Solo en el primero de ellos el contrato será nulo por tener un fin ilícito, en el otro supuesto no. Para demostrar ello, como es obvio, es necesario saber primero qué es la causa del negocio jurídico y cuándo estamos ante un supuesto de ilicitud del mismo.

Ya en el apartado 3.1.2.1.4 del presente trabajo -al cual nos remitimos- hemos estudiado con detalle en qué consiste la causa o el fin del acto jurídico. Del mismo modo, en dicha sección

²⁵⁸ Una vez que se haya concluido con la lectura de dichos argumentos, se podrá analizar recién la pretendida nulidad del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero por un supuesto fin ilícito.

también hemos analizado cuándo dicha causa o fin es ilícita, por lo que no es necesario hacer nuevamente un análisis minucioso sobre esos aspectos.

Basta con señalar -de manera muy sucinta- que la causa o el fin del negocio jurídico puede ser entendido en un sentido objetivo y subjetivo. La causa objetiva no es otra cosa que la función jurídica que un determinado contrato está en aptitud de desempeñar y responde a la pregunta del “qué”. Por su parte, la causa subjetiva está compuesta por los intereses o motivos que impulsaron a que las partes contraten. En otras palabras, es la razón determinante por la cual contrataron. Este aspecto de la causa responde a la pregunta del “para qué”. Finalmente, en dicha oportunidad concluimos que, para efectos de evaluar la licitud de la causa, se debería examinar esta en su aspecto subjetivo y que ella solo será ilícita en la medida que contravenga al orden público.

A partir de lo estudiado en las referidas páginas, veamos si el contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial es nulo o no por tener un fin ilícito. Conforme hemos precisado antes, la nulidad de dicho contrato solo se configurará en el primero de los dos supuestos ya enunciados anteriormente. Veamos cuáles son dichas hipótesis y analicemos cada una de ellas:

El primer supuesto implica que la parte sujeta a exclusividad y el tercero -o solo uno de ellos- hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de exclusividad conocido por este último- con el **ánimo o la intención** concreta y clara de dañar o perjudicar al beneficiario de la exclusividad. Esto implica que ambos -o solo uno de ellos- se hayan **coludido** a través de la celebración del contrato con la **finalidad** de lesionar, menoscabar o afectar la esfera jurídica de él (entiéndase su crédito, y otros aspectos más relacionados a este). En este caso, somos de la idea de que el negocio jurídico así celebrado sí es nulo por tener un fin ilícito y, por ello mismo, la relación jurídica que se haya entablado en esas condiciones adolecerá de un supuesto de imposibilidad jurídica (objeto como finalidad).

En efecto, cuando el **motivo o la razón determinante** de la parte sujeta a exclusividad y del tercero consista en generar de forma deliberada un perjuicio o daño al beneficiario de dicho pacto especial, entonces es claro que el contrato celebrado por ellos tiene un fin que es del todo ilícito. En estos supuestos, **el ánimo de ocasionar un perjuicio -en este caso, al beneficiario de la exclusividad- constituye la ratio o la razón justificante del contrato celebrado por las**

partes. En otras palabras, **para eso** ellas contrataron. A este tipo de contratos un sector de la doctrina comparada las ha denominado contratos en daño de terceros²⁵⁹.

Ahora bien, ¿cómo determinar o saber si la parte sujeta a exclusividad y el tercero tenían como motivo o razón compartida perjudicar al beneficiario de dicho pacto especial? como ya hemos advertimos antes -cuando analizamos los principales aspectos de la causa ilícita-, muchas veces el interés o motivo no se expresa en el contrato, y muchos menos será expuesto si lo que pretenden las partes es ocasionar un perjuicio a un tercero.

Esto ya es un tema eminentemente probatorio. Sin embargo, no por ello los supuestos de contratos en daño de terceros desaparecerán del todo, y en caso de celebrarse, deberían ser cuestionados con medios probatorios o indicios a partir de los cuales se pueda evidenciar la ilicitud de su causa. Por ejemplo, piénsese en el siguiente caso -que constituye la primera de las hipótesis antes mencionadas en el cual el contrato así celebrado sí es nulo por fin ilícito - cuya ocurrencia es perfectamente posible:

“A” -suministrante de leche pura de vaca- y “B” -suministrado que destina dicho insumo en la preparación de quesos y yogures y que recientemente acaba de ingresar al mercado- celebran un pacto de exclusividad en favor de este último por el plazo de cinco años a través del cual “A” se obliga a no abastecer dicho producto a cualquier otro tercero que también elabore quesos y yogures dentro de la zona geográfica en la cual él ejerza su actividad comercial. A pesar de ello, “A” celebra un contrato con “C” -quien conocía el pacto de exclusividad y quien también se dedica a la producción de quesos y yogures en la misma zona en la cual “B” realiza su actividad económica- a través del cual se obliga a hacerle entrega de la leche que producen sus vacas durante cinco años (el mismo plazo de duración de la exclusividad).

Ocurre que luego de celebrado el contrato entre “A” y “C”, “B” logra encontrar unos correos electrónicos de fecha anterior a la celebración de dicho contrato en los cuales “A” y “C”, de forma clara y expresa, manifestaban su intención de celebrar el referido contrato con el objetivo premeditado de perjudicarlo. En dichos correos “C” señalaba que las actividades a las que en realidad se dedica son la minería y los hidrocarburos. Indica que en esos rubros le va de maravilla

²⁵⁹ Véase las páginas 233-234 en la cual citamos al profesor Luis Díez-Picazo quien señala que la sanción que corresponder aplicar a ese tipo de contratos es la nulidad dado que el mismo tiene un fin ilícito.

y que recién hace una semana constituyó la empresa de quesos y yogures, pero con el objetivo de ahogar el negocio de “B”.

Así, señala que no le interesa que la compañía que acaba de constituir tenga éxito, sino que solo busca que la actividad comercial de “B” no prospere en lo absoluto y que se enteró de que había celebrado con él -es decir “A”- un suministro con exclusividad y que ahora busca evitar de cualquier forma que esa exclusividad no prospere y, de esa forma, pueda impedir que la inversión de “B” genere utilidades.

En ese sentido, para efectos de “maquillar” el incumplimiento del pacto de exclusividad -nótese que no se trata de un mero incumplimiento como cualquier otro sino de uno que encubre o lleva implícita la intención de dañar a “B”- y así aparentar que no se lesionó el crédito que tiene “B”, le ofrece celebrar no un contrato de suministro sino un contrato de “distribución” de la misma leche que producen sus vacas. Asimismo, le indica que en los hechos le haga entrega de los litros mensuales de leche y que el ingreso de dicho insumo a sus instalaciones quede debidamente registrado para que no exista sospecha alguna de que “C” no tiene un verdadero interés en ingresar al mercado de quesos y yogures.

Le ofrece celebrar dicho contrato de “distribución” a través del cual le haga entrega de casi todos los litros de leche que produzcan sus vacas mensualmente de tal forma que solo abastezca a “B” con una mínima cantidad de dicho insumo y así ella no pueda producir la cantidad de quesos y yogures que tenía programados. Para ello, intencionalmente, no fijarían cuál es el volumen de la cantidad que se le deba entregar periódicamente y así, aplicando “analógicamente” el artículo 1606 del Código Civil, “C” fingiría que necesita una gran cantidad de litros para que “A” le haga entrega de los mismos²⁶⁰.

Finalmente le dice que de todos litros de leche que va a recibir, solo el 40 % lo destinará a la producción de quesos y yogures para evitar que se levante sospechas sobre sus verdaderas intenciones y así se descarte la hipótesis de que no tiene la intención de emerger en el mercado de dichos productos. El otro 60 %, simplemente, los desaparecerá. De esta forma logrará que “B” produzca solo una mínima cantidad de quesos y yogures y así no pueda prosperar su negocio.

²⁶⁰ El artículo 1606 del Código Civil establece lo siguiente: “*cuando no se haya fijado el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato*”.

A todo esto se suma “A” y le da todo su apoyo y respaldo y le indica que está dispuesto a celebrar el contrato con él y que incluso lo ayudaría a desaparecer los litros de leche que no usará, pero todo a ello a cambio de una buena retribución dineraria que finalmente “C” acepta pagar.

El contenido de los correos electrónicos descubiertos por “B” demuestran claramente la verdadera finalidad o el verdadero motivo por el cual “A” y “C” contrataron: perjudicarlo de todas las formas posibles. **Para** eso celebraron el contrato de suministro. El éxito del negocio de quesos y yogures era lo último en lo que pensaba “C”. Este buscaba adquirir la mayor cantidad de litros de leche con la participación de “A” para, conjuntamente con él, dejar sin insumos a “B” y, de esa forma, logre impedir que su reciente inversión pueda rendir poco a poco sus frutos.

En estos casos, el sistema no tolera esos motivos o intenciones y sanciona con nulidad el contrato que los viabiliza por ser manifiestamente ilícitos. En el supuesto que hemos planteando, el contrato de “distribución” entre “A” y “C” sería nulo entonces por tener un fin ilícito. Ahora bien, anteriormente hemos señalado que la causa es ilícita cuando ella contravenga al orden público. Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿qué aspecto o significado del orden público se ha vulnerado? creemos que el relacionado al orden público económico, ético y social.

En efecto, cuando “A” y “C” se coluden para celebrar el contrato lo que buscan es dañar o perjudicar la esfera jurídica de “B”. Esta intención o finalidad de perjuicio y menoscabo, que duda cabe, colisiona o contraviene abiertamente el principio del *neminem laedere* o el deber general de no causar un daño a nadie el cual, como ya se desarrolló anteriormente (ver la página 210), forma parte del orden público social y, eventualmente, dependiendo del caso concreto, del orden público ético también.

Y es que es claro que una finalidad o motivo de ese tipo -en este caso compartido por ambas partes- contraviene uno de los más básicos principios éticos y sociales que toda sociedad ansía mantener: el respeto mutuo por la plena realización de los demás, lo cual implica que nadie debería pretender dañar o perjudicar los intereses ajenos. La observancia de dicho principio da lugar a una pacífica convivencia social en la cual los sujetos puedan satisfacer sus intereses sin que los demás interfieran en ellos. Siendo ello así, qué peor forma de ir en contra de dicho principio si las partes del contrato ilícito -premeditadamente- acuerdan, paso a paso, cada uno de los actos por los cuales afectarán la esfera jurídica de “B”.

Es clara también la vulneración al orden público económico, pues a través de dicho contrato se pretende afectar ilícitamente a un competidor, ahogándolo comercialmente al no permitir que sus inversiones puedan generar las utilidades respectivas. Teniendo ello en cuenta, el contrato celebrado entre “A” y “C” sería nulo por cuanto esos motivos o intereses ilícitos compartidos por ambos: **(i)** inciden o se asientan directamente en un **elemento estructural del contrato**: la causa y **(ii)** contravienen -objetivamente- **un valor o principio fundamental** que es de **interés general**: la observancia del principio del *alterum non laedere*.

Al ser nulo el contrato, lo que correspondería -en principio- es que ambas partes se restituyan las prestaciones que hubieran ejecutado. Así, “A” debería devolver a “C” lo que este le hubiere pagado por los litros de leche que recibió, y, a su vez, “C” debería devolverle los litros que le fue dado.

Sin embargo, conforme hemos señalado en su momento, en casos como estos en el que un contrato es nulo por tener un fin ilícito e inmorale -de acuerdo a lo establecido por el artículo 1275 del Código Civil- se produce una excepción a la regla de la restitución prestacional que debería operar como consecuencia de la declaración de nulidad²⁶¹.

En este caso, es claro que tanto “A” como “C” tenían como motivo o razón común dañar a “B”, lo cual contraviene abiertamente al orden público ético y social. Siendo ello así, la restitución prestacional no procede, por lo que “C” no podría solicitar la recuperación de lo que pagó por los litros de leche que le fueron entregados y “A” tampoco podría solicitar que se le devuelvan esos litros que entregó. El Estado no debería activar su estructura jurisdiccional y ponerla en marcha para atender las pretensiones de dos sujetos que actuaron de esa forma. En estos casos, dichas prestaciones serán destinadas a la institución encargada del bienestar familiar.

Ahora bien, es perfectamente posible que solo “C” desee perjudicar o dañar a “B”. Sería el caso en el cual este último, a través de correos o chats, logra probar que la intención o finalidad de “C” al contratar con “A” era adquirir los litros de leche para perjudicarlo de todas las formas posibles. Por ejemplo, piénsese que en los chats entre “C” y otra persona este le indica los verdaderos intereses que tiene (no le interesa emerger en el mercado de quesos y yogures y solo

²⁶¹ Como se recordará, en el caso de la nulidad del contrato de cesión crediticia por fin ilícito analizamos un caso en el cual se pagaron prestaciones para obtener un fin ilícito o inmorale. En dicha oportunidad concluimos que en ese supuesto -al igual que en el caso del suministro bajo análisis- no procede la repetición de lo pagado.

quiere ahogar comercialmente a “B”) y que realizaría cada una de las acciones que antes hemos detallado (le solicitaría a “A” la entrega de casi todos los litros que produzca mensualmente para dejar sin insumos a “B”, solo usaría el 40 % de los litros que se le entregue, desaparecería el 60 % de lo que resta, celebraría un contrato de distribución en lugar de un suministro, etc.).

Por el lado de “A”, imaginemos que la razón o el motivo que tiene para contratar sí es lícito, por ejemplo, porque le parece atractiva la oferta económica de “C” y no quiere perder la oportunidad de obtener esa utilidad o porque, de pronto, necesita con suma urgencia una gran cantidad de dinero para poder pagar una deuda muy alta a un banco internacional, de lo contrario este ejecutaría de inmediato uno de sus predios que fue otorgado en garantía hipotecaria (imaginemos que no puede exigirle a “B” la entrega de esa suma dineraria pues este aún no se encuentra obligado a pagarle monto alguno dado que todavía no ha llegado el próximo periodo en el cual deba hacerle entrega de los litros de leche). En ese momento “C” lo contactó y le dijo que no había ningún problema con que le pueda adelantar un pago equivalente a la suma que necesitaba. Fue así que finalmente celebraron el contrato de “distribución” de litros de leche.

En este caso, qué ocurre si “A” -quien no tiene un motivo ilícito- conocía el interés ilícito de “C” y aun sí contrató con él. ¿El contrato sigue siendo nulo? para hacer un poco más “trágico” o “polémico” el caso ¿qué ocurre si “A” no conocía el motivo o la razón ilícita de “C” y celebró el contrato creyendo que todo estaba bien? ¿el contrato es nulo también? en ambos casos la respuesta es afirmativa.

En efecto, en el primer caso es claro que, si bien “A” no tenía un interés o motivo ilícito para contratar, sí conocía el interés o la razón ilícita de “C” y, a sabiendas de ello, contrató con él, con lo cual permitió o contribuyó a que este pueda satisfacer o ver realizado su interés nefasto: dañar o perjudicar a “B”. En el segundo caso a pesar de que “A” desconoce el motivo ilícito de “C” -con lo cual contrata confiando en que no existe ningún vicio-, conforme hemos señalado y sustentado en su momento, la sanción de la nulidad se debe imponer sobre dicha confianza y, por tanto, el contrato celebrado en esas condiciones debe ser dejado sin efecto.

Nótese que, en ese sentido, el actual artículo 1162 del Código Civil francés -modificado en el año 2016- señala que: *“el contrato no puede derogar el orden público, ya sea por sus estipulaciones o por su propósito, ya sea que este último haya sido conocido o no por todas las partes”*. Como se observa, el *Code* es claro en señalar que a pesar de que una de las partes no

haya conocido que las otras tenían una **finalidad o propósito** contrario al orden público, entonces el contrato celebrado no puede permanecer o sostenerse como tal. Y es que no es posible que el sistema tolere la razón o el motivo ilícito de “C” y permita que el contrato celebrado por él siga surtiendo efectos y, con ello, que pueda finalmente lograr su cometido: perjudicar a “B”.

Ahora bien, esto no implica que “A” se vea perjudicado pues en realidad él actuó de buena fe -tenía un motivo lícito para contratar y desconocía el fin ilícito de “C”- por lo que si bien el contrato será nulo de todas maneras podrá solicitar además de la restitución de los litros de leche que entregó, un resarcimiento a “C” por los daños que, de ser el caso, haya podido padecer como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de “distribución” que celebraron²⁶². Respecto a lo pagado por “C” por los litros de leche que recibió -conforme a lo ya expuesto anteriormente- el mismo deberá ser entregado a la institución encargada del bienestar familiar pues “C” realizó dicho pago para lograr perpetrar su finalidad ilícita e inmoral.

Cabe precisar que en todos estos supuestos no es que “B” esté oponiendo el pacto de exclusividad que tiene con “A” a “C”, si no que el contrato en sí mismo celebrado entre ellos, al tener un fin ilícito (sea porque solo uno de ellos o ambos tenía un motivo contrario al orden público), adolece de nulidad absoluta, lo cual determina que sea ineficaz. Ahora bien, podría suceder que solo “A” tenga por finalidad perjudicar o dañar a “B”, pero “C” no. En teoría ello sí sería posible y, en caso ocurra, entonces el contrato será nulo por fin ilícito.

En conclusión, la hipótesis en la cual el contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero es nulo por fin ilícito es cuando -entre otros casos- ambas partes o solo uno de ellos tienen por motivo o interés el ocasionar un perjuicio o daño al beneficiario de la exclusividad. **Para eso** contrataron. Esa la justificación o *ratio* del negocio que celebraron y que

²⁶² Es posible que los litros de leche ya no puedan ser restituidos pues lo más probable es que “C” ya los haya desaparecido. En este caso, conforme hemos señalado en el pie de página 128 -al cual nos remitimos-, “C” debería restituir entonces el valor de los litros de leche, aun cuando dicho insumo haya desaparecido por causa no imputable a él.

Es posible también que “A” solicite el pago de un resarcimiento por daños, como sería el caso, por ejemplo, del flujo dinerario que dejará de percibir como consecuencia de la nulidad del contrato. Él tenía programado el ingreso de una cierta cantidad de dinero que hubiera obtenido de mantenerse vigente el contrato de “distribución”. Ahora que se ha declarado la nulidad del mismo por culpa de “C” (quien tenía un motivo ilícito) podría solicitarle el pago de esas utilidades que ya no obtendrá.

determina que el contrato sea nulo^{263 264}. Veamos ahora el otro supuesto en el cual el contrato celebrado por el tercero y la parte sujeta a exclusividad, supuestamente, también sería nulo por ilicitud de su causa.

La segunda hipótesis es que dichos sujetos hayan contratado -habiendo de por medio un pacto de exclusividad conocido por el tercero- pero no con el ánimo concreto de dañar o perjudicar al beneficiario de la exclusividad ni bajo cualquier otro motivo ilícito. Es decir, en este caso ambas partes no se han coludido al celebrar el negocio con la intención deliberada de afectarlo, con lo cual el mismo no adolecería de ningún vicio en su estructura que ocasione su nulidad. Esto implica entonces que ambos celebraron el contrato **para** satisfacer intereses dignos de tutela y protección que no son ilícitos.

Por ejemplo, en el caso que hemos desarrollado anteriormente, piénsese que “A” se haya obligado a transferir los litros de leche a “C” por cinco años a cambio de cierto monto dinerario que necesitaba -y que le entregaría en ese momento- para cancelar con urgencia una deuda que tenía con la SUNAT, pues, de lo contrario, este iniciaría el procedimiento de ejecución coactiva respectivo sobre varios de sus bienes (imaginemos que no puede exigirle a “B” la entrega de esa suma dineraria pues este aún no se encuentra obligado a pagarle monto alguno dado que todavía no ha llegado el próximo periodo en el cual deba hacerle entrega de los litros de leche)²⁶⁵.

²⁶³ Cabe precisar que cuando ambas partes -o solo una de ellas- tienen por fin o motivo contratar para dañar o perjudicar al beneficiario de la exclusividad, se está configurando un claro supuesto de abuso de derecho. Ya en el pie de página 132 -al cual nos remitimos- hemos desarrollado en qué consiste dicha figura. Si bien en dicha oportunidad explicamos cómo esta categoría jurídica incide o se presenta en el caso del contrato de cesión crediticia, lo desarrollado en ese momento resulta igualmente aplicable a la hipótesis que nos encontramos estudiando ahora: el incumplimiento de un suministro exclusivo.

²⁶⁴ Debemos precisar que los supuestos que hemos analizado (nulidad del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero en el cual ambos o solo uno de ellos buscan perjudicar al beneficiario de la exclusividad) no son los únicos que determinan una hipótesis de nulidad de un contrato a través del cual se incumple una obligación de exclusividad en el marco de un contrato de suministro. En efecto, existen otros casos en los cuales un contrato por el cual se incumple dicho pacto especial puede ser nulo por fin ilícito.

Sería el caso en el cual ambas partes de dicho contrato o solo uno de ellos, tiene un fin o motivo ilícito que no implica perjudicar al beneficiario de la exclusividad (ya en la página 225 hemos señalado un ejemplo que puede graficar este último supuesto: suministro de litros de lejía. Si bien en el ejemplo desarrollado en ese entonces no había un pacto de exclusividad, imaginemos que sí lo había). Las hipótesis de nulidad del contrato por el cual se incumple una exclusividad pueden darse entonces cuando se tenga la intención de dañar al beneficiario del mismo o cuando no se tenga esa intención sino otro motivo, pero igualmente ilícito.

²⁶⁵ Puede ocurrir que el incumplimiento de “A” obedezca también a lo siguiente: como bien señala el profesor Marco Ortega -véase la página 396- una exclusividad a favor del suministrado implica una restricción en la disposición de los bienes del suministrante, pues solo deberá abastecerlo a él y no a los terceros que realicen ese mismo giro de negocio en la zona geográfica donde desempeñe su actividad económica. Para mitigar esta desventaja, esta debería

Por el lado del “C”, imaginemos que este haya decidido contratar la adquisición de dicho insumo para destinarlos a la efectiva producción de quesos y yogures pues sí tiene un verdadero interés en crecer en el mercado de esos productos y así obtener utilidades, por lo que no los desperdiciará de ningún modo.

En estos casos, si bien existe de por medio un pacto de exclusividad conocido por “C”, **es claro que el motivo, los intereses o razones por los cuales ambas partes contrataron son del todo lícitos.** Y es que lo que se debe analizar en estricto para determinar si un contrato es nulo o no por ilicitud de la causa son los intereses o la *ratio* que motivaron a las partes a contratar. Solo se debe examinar ello. Ahora bien, a esto se podría objetar que el hecho de que exista un pacto de exclusividad de por medio **conocido** por ambos y que aun así hayan contratado ya implica que existe en ellos el ánimo de perjudicar al beneficiario de dicho pacto especial, con lo cual el negocio sería nulo por ilicitud de su casusa. Esto, sin embargo, no es correcto por dos razones:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el hecho de que exista un pacto de exclusividad conocido por el tercero y que haya sido incumplido por la parte del suministro que debía cumplirlo no implica que en ambas partes haya un ánimo o una intención deliberada de dañar al beneficiario del mismo. El solo conocimiento del pacto y el incumplimiento del mismo no determina que ambos hayan contratado -sin discusión alguna- con la finalidad de perjudicarlo. **Si bien es cierto que con la celebración del contrato se incumple el pacto, dicho incumplimiento, en sí mismo considerado, no genera o acarrea la nulidad del negocio. A partir de ese solo hecho no puede concluirse de forma automática que existe la intención de dañar o lesionar.**

Nótese que no negamos que la intención ilícita de dañar pueda probarse no solamente a través de medios probatorios, sino que también es posible que dicha intención logre ser acreditada a partir de determinados hechos que, en su conjunto, razonablemente permitan inferir que existe ese deseo de perjudicar. Sin embargo, cuando no existe ningún medio probatorio que logre probar

trasladarse o reflejarse en el precio que se acuerde. Así, como bien señala el profesor peruano, el suministrado debería absorber toda la elaboración o producción del suministrante, sea materialmente o por sustituto dinerario.

En estos últimos casos, puede ocurrir que a pesar de que el suministrado pague o solicite al suministrante todo lo que haya producido mensualmente, este haga un nuevo cálculo y concluya que puede producir más litros de leche y así abastecer a los terceros competidores quienes a cambio de ello le pagarían una mayor retribución a comparación del pago que le viene realizando el suministrado. En otras palabras, cumplir la exclusividad le resultaría más “caro” que incumplirlo, pues si incumple, obtendría una mayor utilidad.

Esta puede ser la razón por la cual decida incumplir el pacto de exclusividad y finalmente contrate con los terceros: obtener una mayor ventaja económica.

ello, sino que solo se cuente con dichos hechos -que no son otra cosa que indicios-, es necesario que estos sean muy categóricos y contundentes, pues, de lo contrario, no podría concluirse que existe ese deseo o ánimo de lesionar o perjudicar.

Siendo ello así, en el caso que hemos descrito, nos preguntamos ¿existe algún medio probatorio -como sí lo había en el supuesto en el que “B” encontró correos y chats- que acredite que “A” y “C” contrataron con la intención de dañar al beneficiario de la exclusividad? la respuesta es que no. El único hecho o “indicio” que existe sería el mero incumplimiento del pacto de exclusividad. Teniendo ello en cuenta, nos volvemos a preguntar ¿puede inferirse razonablemente a partir de ese **único hecho** que ambas partes tuvieron la finalidad de perjudicar a “B” cuando contrataron? es claro que no.

La intención, el deseo, o la finalidad de perjudicar debe probarse y no inferirse de forma instantánea a partir de un solo hecho como es un simple incumplimiento. Solo si se logra probar que el motivo por el cual contrataron las partes era perjudicar al beneficiario de la exclusividad entonces la estructura del negocio padecerá de una anomalía. Su causa será ilícita debido a que se determinó (probó) que ese era el objetivo final.

Sostener entonces que el hecho de que se haya contratado a sabiendas de la existencia del pacto de exclusividad determina que ya exista un ánimo de dañar al beneficiario del mismo resulta un verdadero despropósito. Ello implicaría asumir -de manera absoluta- que existe la intención o el deseo de dañar y ello, como es claro, no es correcto, menos aun cuando resulta claro cuáles son los intereses que motivaron a que “A” y “C” contraten.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que el pacto de exclusividad es un acuerdo que es **ajeno o externo a la estructura del contrato celebrado por el tercero y la parte que debe cumplir dicho pacto especial** (agente, voluntad, causa y objeto) **en el sentido de que no se asienta o incide en ninguno de dichos elementos** por lo que al ser un elemento exterior que no tropieza con ninguno de ellos no deben ser tomado en cuenta para efectos de analizar la validez del contrato.

Teniendo en cuenta esto último y que las razones o intereses que motivaron a las partes a celebrar el contrato no son ilícitos, entonces dicho negocio es perfectamente válido. Sin embargo, si bien queda descartada la posibilidad de la sanción de la nulidad y la anulabilidad (en el

entendido de que no haya ningún vicio en la voluntad, un supuesto de simulación relativa o algún defecto en la capacidad), es claro que dicho contrato “algo raro” debe padecer -que no es una patología de invalidez- por cuanto ha sido celebrado por alguien (parte sujeta a la exclusividad) que se había obligado a través de dicho pacto especial a no transferir y/o adquirir los mismos bienes materia del suministro y por un tercero que conocía dicho pacto.

¿Cuál es esa patología o anomalía que tiene el contrato celebrado en esas circunstancias? Como se verá a continuación, lo que ocurre con ese negocio es que existe en él una restricción o limitación en la **legitimidad que se tiene para contratar**, el cual es un requisito **externo** a la estructura del acto que, por tanto, no afecta su validez, sino solo la eficacia del mismo. Veamos:

3.2.5.2 Ineficacia en sentido estricto

Conforme hemos mencionado antes, somos de la idea de que el contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial es ineficaz y no nulo. ¿De qué tipo de ineficacia se trata? nosotros creemos que la ineficacia que se encuentra de por medio es una ineficacia en sentido estricto y, dentro de ella, específicamente, la relacionada a la legitimidad que se tiene para contratar. Veamos:

3.2.5.2.1 La legitimidad para contratar: legitimidad originaria o directa, derivada o indirecta y restringida o limitada

Ya en el apartado 3.1.2.2 -al cual nos remitimos- hemos analizado con detalle en qué consiste la ineficacia en sentido estricto. Del mismo modo, en el apartado 3.1.2.2.1 -al cual nos remitimos también- hemos estudiado con detenimiento en qué consiste la legitimidad para contratar, cuáles son sus clases y cuál es la consecuencia jurídica del contrato celebrado por quien tenía la legitimidad restringida y por quien no la tenía.

Basta con señalar que la legitimidad para contratar no es otra cosa que la **competencia** o **aptitud** que se tiene para poder **transferir, adquirir** o **comprometer** determinadas situaciones jurídicas subjetivas. Ahora bien, ¿quiénes son los que están en aptitud o tienen la competencia necesaria para poder disponer, adquirir o comprometer dichas situaciones jurídicas subjetivas? En primer lugar, como es obvio, el **titular** de la situación jurídica objeto del contrato. En este caso la

legitimidad se identifica o coincide con la titularidad, es por ello que a este tipo de legitimidad se le conoce también como originaria o directa.

En segundo lugar, quien también se encuentra legitimado es aquel que se encuentra **autorizado** para disponer de la situación jurídica subjetiva. Esta autorización puede haber sido concedida por el titular de dicha situación jurídica (representación voluntaria) o por la ley (representación legal). En este caso, la legitimidad no se identifica o coincide con la titularidad, es por ello que a este tipo de legitimidad se le conoce también como derivada o indirecta. El que contrata, si bien no es el titular, sí tiene las facultades para disponer, adquirir o comprometer la situación jurídica objeto del contrato.

Finalmente, creemos que también tiene la aptitud o competencia para transferir, adquirir o comprometer una determinada situación jurídica quien siendo titular de la misma **no tiene ninguna restricción o limitación temporal que le venga impuesta por la ley o por la autonomía privada** para realizar una de esas acciones. Este último caso -restricción vía autonomía privada- se da cuando **el titular de la situación jurídica subjetiva acuerda con otro sujeto que no podrá disponer, adquirir, o comprometer el mismo por cierto tiempo, de manera total o parcial.**

Este tercer significado de la legitimidad es justamente el que se presenta en el caso del pacto de exclusividad que venimos estudiando. Como bien sabemos, este pacto especial puede ser acordado a favor del suministrado y/o del suministrante. En el primer caso, el suministrante se obliga a no contratar con los terceros competidores del suministrado de tal forma que **no pueda transferir** a ellos los mismos bienes objeto del suministro. En el segundo caso, el suministrado se obliga a no contratar con los terceros competidores del suministrante a fin de que **no adquiera o reciba** de ellos los mismos bienes objeto del suministro.

Nótese que en el primer caso no es que el suministrante no sea el titular de los bienes que da en suministro, pues sí lo es, con lo cual tiene legitimidad originaria para disponer de ellos. Lo que ocurre es que, siendo propietario de dichos bienes, la posibilidad de que los transfiera ha quedado restringida. En el segundo caso, el suministrado se obliga a no recibir o adquirir los mismos bienes objeto del suministro de parte de otros suministrantes (competidores de su contraparte). Esto determina que la capacidad de goce que tiene respecto a los bienes producidos

por esos terceros (es decir, la potencial aptitud para ser titular de un derecho -en este caso de propiedad- sobre los mismos), ha quedado restringida temporalmente.

Esto implica que **la aptitud o competencia -legitimidad-** que tenía el suministrante para **transferir** sus bienes a los terceros (**poder de disposición**) y la aptitud o competencia que tenía el suministrado para **recibir** los bienes de los terceros (**poder de adquisición**) han sido **limitados** por efecto del pacto que celebraron con el beneficiario de la exclusividad. Es por ello que a este tercer significado de la legitimidad la denominamos también legitimidad restringida o limitada, pues se restringe -vía autonomía privada o a través de la ley- el poder de disponer, de adquirir o de comprometer una determinada situación jurídica subjetiva²⁶⁶.

Finalmente, respecto a la consecuencia jurídica aplicable al contrato celebrado por quien tenía la legitimidad restringida -como sería el caso del suministrante y/o del suministrado sujetos a exclusividad que no pueden disponer y/o adquirir los mismos bienes objeto del suministro- o por quien carecía de dicha legitimidad, analizamos y concluimos en su oportunidad que dicho negocio no es nulo sino sencillamente ineficaz -en sentido estricto- toda vez que la legitimidad

²⁶⁶ Somos de la idea de que también puede quedar restringido no solo el poder de disposición o de adquisición, sino también el poder de constituir un gravamen (garantía). Es por ello que cuando definimos a la legitimidad mencionamos que ella no es otra cosa que la aptitud o competencia que se debe tener para disponer, adquirir, o **comprometer** una determinada situación jurídica subjetiva. Cuando decimos “comprometer” estamos haciendo referencia -entre otras cosas- a la posibilidad de constituir un gravamen.

Ahora bien, decimos “entre otras cosas” porque también creemos que no solo puede hablarse de la legitimidad para contratar en el marco de negocios que impliquen el dar o recibir un determinado bien, sino que también podría darse en el marco de obligaciones de hacer o de no hacer. Por ejemplo, imaginemos que “A” es un perito experto en las áreas de minería y petróleo y se dedica a prestar servicios de auditoría a las empresas de esos rubros (obligación de hacer). Sucede que él había otorgado poder a “B” para que celebre los respectivos contratos de servicios con algunas empresas en nombre suyo. Un buen día le revoca el poder a “B” y lo inscribe en el registro de mandatos y poderes.

La compañía Yanacocha S.A, quien no revisó dicho registro, contrata con “B” quien le dice que sigue siendo representante de “A”. Dicho contrato, ¿es nulo? claro que no. ¿Es ineficaz? pues sí. ¿Qué tipo de ineficacia? una ineficacia en sentido estricto debido a que “B” no tenía legitimidad para contratar y comprometer a “A”. Cuando contrató con Yanacocha S.A, ya no estaba autorizado (facultado) para hacerlo, es decir, carecía de la legitimidad derivada o indirecta que se requiere para contratar. Ello determina que el contrato sea simplemente ineficaz y “A” podrá elegir entre ratificarlo o no. Y es que el único sujeto que tiene la aptitud o competencia para comprometerse a hacer o a no hacer algo es uno mismo, salvo que se haya otorgado facultades a otra persona para que lo haga en nombre nuestro.

Este es un caso más en el cual no se encuentra de por medio el poder de disposición o de adquisición de una determinada situación jurídica subjetiva. Y es que casi siempre solo se habla de transferir o recibir un bien, pero no de un hacer o un no hacer. En estos casos también puede ocurrir perfectamente que se presente un supuesto de falta de legitimidad. Cuando hacemos referencia entonces a la palabra “comprometer” en la definición de la legitimidad nos estamos refiriendo a estos casos -falta de legitimidad derivada, pero en supuestos de obligaciones de hacer y no hacer- y a los casos en los cuales se restrinja la posibilidad de constituir una garantía.

para contratar es un requisito **externo** a la estructura del acto, con lo cual no afecta o incide en su validez sino solo en su **eficacia**.

Ahora bien, esta declaratoria de ineficacia del contrato celebrado entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero implica que, en caso haya prestaciones pendientes por ejecutar -entrega o recepción de los mismos bienes objeto del suministro-, estas **ya no deberían realizarse** y, en caso que antes de dicha declaratoria se haya realizado algún desplazamiento o ejecución prestacional, entonces estas deberán **restituirse**, puesto que el negocio es ineficaz desde un **inicio**, esto es, desde su celebración.

Nótese que esta consecuencia de la declaratoria de ineficacia es sumamente importante pues con ella el beneficiario de la exclusividad logra finalmente oponer dicho pacto especial a su deudor y al tercero al punto de lograr paralizar la ejecución del contrato **-que es lo que buscaba impedir al haber pactado la exclusividad-**, con lo cual **evita** que se le genere un daño cierto o que se **mitigue o paralice** el que se le viene ocasionando.

Asimismo, con dicha declaratoria, como hemos mencionado antes, se logra que los bienes que tenga el tercero en su poder (en el caso de la exclusividad a favor del suministrado) sean devueltos al suministrante que incumplió el pacto (este, a su vez, deberá devolver la contraprestación que haya recibido). Finalmente (en el caso de la exclusividad a favor del suministrante), el suministrado -que incumplió el pacto- deberá devolver al tercero los bienes que recibió de él (este, a su vez, deberá devolverle la contraprestación que haya recibido).

A partir de todo lo expuesto, podemos concluir entonces que el contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial es ineficaz- en sentido estricto- y no nulo, puesto que la legitimidad que tenía para disponer o adquirir ha quedado restringida por dicho pacto. Queda un aspecto fundamental por analizar ahora. Si bien los negocios celebrados en los cuales haya un defecto en la legitimidad son ineficaces, existe la posibilidad de que el tercero afectado -en nuestro caso el beneficiario de la exclusividad- **ratifique** el contrato celebrado. Veamos:

3.2.5.2.2 La ratificación del contrato celebrado por quien tiene la legitimidad para contratar restringida o limitada

Ya en el apartado 3.1.2.2.2 -al cual nos remitimos- hemos analizado con detenimiento qué es la ratificación, en cuál de los supuestos de ineficacia en sentido estricto existe la posibilidad de ratificar el contrato respectivo y, dentro de estos casos, cuándo puede proceder la ratificación y cuando no.

Basta con señalar que la ratificación es un acto jurídico unilateral recepticio a través del cual se dota de efectos jurídicos a un negocio que es ineficaz por cuanto fue celebrado por quien carecería de legitimidad o por quien, aun teniéndola, había quedado restringida o limitada. En dicha oportunidad concluimos que la facultad de ratificar un contrato ineficaz solo es posible en esos casos (cuando se encuentre de por medio la legitimidad para contratar). En los demás supuestos de ineficacia en sentido estricto no cabe la ratificación del negocio.

Ahora bien, en dicho apartado precisamos un aspecto sumamente importante: dentro de los tres significados de legitimidad que hemos estudiado, **no siempre en todos los casos el tercero perjudicado podrá ratificar el contrato, sino que ello dependerá de si la parte que contrató con el sujeto que no tenía legitimidad o, aun teniéndola, esta se haya encontrado restringida, haya actuado de buena fe y contratado a título oneroso. Si esto es así, entonces el derecho potestativo que tenía el tercero de ratificar el negocio queda desplazado.** Ejemplifiquemos cómo ocurre esto en el caso de la legitimidad restringida y su aplicación a la hipótesis que venimos estudiando ahora: el contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero.

El incumplimiento de un pacto de exclusividad en el marco de un contrato de suministro puede contemplar dos hipótesis **(i)** que el tercero conozca el pacto de exclusividad al momento en que celebró el contrato con la parte sujeta a ella y **(ii)** que dicho tercero no conozca dicho pacto especial. Conforme ya hemos analizado en su momento, la oponibilidad solo es posible en el primer supuesto.

¿Por qué si el tercero no conoce dicho pacto -y contrató a título oneroso- no le es oponible el mismo y, por tanto, en el caso de una exclusividad a favor del suministrado, mantiene la adquisición de los bienes y, en el caso de una exclusividad a favor de suministrante, su contrato con el suministrado no se verá afectado? pues porque actúa en base a una situación de apariencia que lo protege: el desconocimiento del pacto y, por tanto, su actuación en buena fe.

En estos casos se debe proteger al contratante que confió en la situación inicial y en base a la cual tomó la decisión de recibir o de entregar periódica o continuamente los bienes y no podría oponérsele la situación real. En otras palabras, **prima la apariencia de verdad por sobre la verdad material**. Así, imaginemos que “A” (suministrante que se dedica al cultivo de trigo) celebra con “B” (suministrado que se dedica a la producción de panes de trigo) un pacto de exclusividad a favor de este último (“B”). Sucede “A” -a pesar de obligarse a no contratar- celebra finalmente con “C” (tercero que también se dedica a la producción de panes de trigo en la misma zona comercial que “B”) otro contrato a través del cual le abastecerá mensualmente de ciertas cantidades de dicho insumo.

Ocurre que al momento de la celebración del contrato “C” no conocía ni pudo conocer la existencia de ese pacto especial y celebró dicho negocio con “A” a cambio del pago mensual de cierta suma de dinero. Luego de dos meses se entera que en realidad “A” se había obligado frente “B” a hacerle entrega de esos mismos bienes únicamente a él hasta que finalice su contrato. ¿Puede oponerse a “C” dicho pacto cuando este no lo conoció ni lo pudo conocer al momento en que celebró el contrato con “A”? es claro que no.

Cuando se celebró el contrato entre “A” y “C” este desconocía que aquel se encontraba prohibido de disponer los bienes que tenía (apariencia de verdad). El hecho de que en realidad había un pacto de exclusividad (verdad material) y que el mismo haya sido conocido luego de la celebración del contrato no implica que se frustre la confianza (buena fe) de “C”.

No debe olvidarse que -conforme hemos analizado y reiterado en varias oportunidades- **el sistema debe otorgar protección a los contratantes de buena fe -esto es, a los terceros- que hayan contratado a título oneroso**. En la medida que se cumplan estos dos requisitos (ostentar la condición de tercero y la onerosidad de la operación), el contratante estará protegido. En este caso, “C” sí ostenta la condición de tercero y contrató a título oneroso, con lo cual su contrato y, por tanto, su adquisición, no se verá afectado.

Nótese que, si mantenemos la posición de que todo contrato que sea ineficaz por falta o restricción de la legitimidad es susceptible de ratificación, entonces en este caso la adquisición de los bienes en suministro de “C” dependería de la decisión de “B” de si ratifica o no dicho contrato. ¿Qué pasa si decide no hacerlo? como ya hemos visto anteriormente, ello afectaría la buena fe y la onerosidad con la que actuó “C”, el cual es un tercero respecto al vicio del contrato -pues

desconoce la verdad material, esto es, que la legitimidad de “A” se encuentra restringida- por lo que sí merece protección.

En casos como estos es que **la facultad de ratificación que tiene “B” queda desplazada por valores que el sistema hace bien en hacer prevalecer como son la buena fe (confianza) y la onerosidad** con la que contrató “C”²⁶⁷.

Distinto sería el caso en el cual “C” sí haya conocido el pacto de exclusividad y, a pesar de ello, haya celebrado el contrato con “A”. En este caso es claro que “C” **no actúa con buena fe** por cuanto sabía que él se había obligado antes frente a “B” -beneficiario de la exclusividad- a no transferir los mismos bienes objeto del suministro a otros sujetos que constituyen su competencia. Siendo ello así, en este caso el derecho potestativo que tiene “B” de decidir si ratifica o no el contrato no se ve desplazado. Dependerá de acuerdo a su interés si decide o no dotar de efectos jurídicos a ese negocio. Y es que al haber actuado “C” con mala fe -con lo cual **no tiene la condición de tercero** pues conocía la restricción a la legitimidad de “A”- entonces el sistema no lo protege.

Cabe precisar que en caso “C” haya contratado de buena fe, pero a título gratuito, entonces igualmente será “B” quien decidirá el futuro de ese contrato, pues para obtener protección plena, como ya hemos mencionado antes, además de tener la condición de tercero (lo cual implica actuar de buena fe, en este caso, desconocer el pacto de exclusividad) se requiere que la adquisición se haya realizado a título oneroso.

Nótese que en estos casos en los cuales el tercero - “C”- contrata de buena fe, pero a título gratuito, el fundamento para negarle protección a su contrato y, por tanto, a la adquisición de los bienes (trigo) -lo cual implica que prosperará la demanda de ineficacia- radica no en una responsabilidad por ilícito de él en tanto que contrató de buena fe **-con lo cual no será responsable de los posibles daños ocasionados al acreedor “B”-**, sino como una **aplicación del principio que impide a un sujeto enriquecerse gratuitamente a costa del perjuicio ajeno**, en este caso, en perjuicio de “B” que es el beneficiario de la exclusividad. En este último caso, **el**

²⁶⁷ En este caso, si bien el contrato de “C” no se verá afectado -por lo que mantendrá la adquisición de los bienes- “B” podrá dirigirse contra “A” a fin de requerirle el pago de un resarcimiento por todos los daños que haya podido padecer como consecuencia de su incumplimiento.

interés del acreedor prima sobre el enriquecimiento gratuito de “C”, pues tutelar el crédito es más eficiente que proteger una adquisición gratuita²⁶⁸.

A partir de lo expuesto hasta ahora podemos concluir que el contrato celebrado por quien tenía la legitimidad para contratar restringida -como sería el caso de la parte sujeta a exclusividad- es ineficaz. En este caso, el beneficiario de dicho pacto especial, si así lo decide, podrá ratificar dicho contrato. Sin embargo, **esta ratificación no es absoluta** en el sentido de que solo podrá efectuarse si el otro contratante - “C”- conocía la restricción a la legitimidad de “A”, o incluso si desconocía el mismo, haya contratado a título gratuito. Por el contrario, si desconocía la restricción a la legitimidad de su contraparte y contrató a título oneroso, entonces el derecho potestativo de ratificación de “B” quedará desplazado y el contrato, así celebrado, desplegará toda su eficacia sin problema alguno.

En este caso, si bien en teoría el contrato es ineficaz, el sistema opta por relegar dicha ineficacia y su posibilidad de ratificación en aras de proteger la buena fe (confianza en la contratación) y la onerosidad (sacrificio patrimonial efectuado). **No olvidemos que una de las formas de alentar e incentivar las inversiones es dar seguridad a la contratación, y para ello, qué duda cabe, es primordial proteger los contratos que se hayan realizado en buena fe, es decir, bajo la confianza razonable de que se estaba contratando bien, y, adicionalmente a ello, cuando haya de por medio una adquisición onerosa, pues este tipo de transacciones son las que generan una mayor maximización de la riqueza.**

Entonces, en el caso del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero existen dos posibilidades: **(i)** si dicho tercero no conocía el pacto de exclusividad y contrató a título oneroso, entonces él tendrá la “sartén por el mango” pues dicho pacto especial no le será oponible, por lo que el contrato que celebró será plenamente eficaz; **(ii)** si el tercero conocía el pacto de exclusividad o, desconociendo el mismo, contrató a título gratuito, quien tendrá la “sartén por el mango” será el beneficiario de la exclusividad, pues será el quien decidirá si ratifica o no el contrato.

²⁶⁸ Esto no implica que “C”, tercero contratante de buena fe y a título gratuito, se vea perjudicado del todo pues, si bien su contrato será ineficaz, en caso haya sufrido un perjuicio (hipótesis muy poco probable) podrá reclamar -de ser el caso- un resarcimiento a “A”.

Y es que -en este último caso- si la legitimidad que tenía el suministrante y/o suministrado para disponer y adquirir -respectivamente- algunos bienes se ha visto limitada por un acuerdo (autonomía privada) con su suministrado y/o suministrante, es claro y lógico que el levantamiento de dicha restricción -únicamente para un caso concreto- solo opere cuando ellos **-que son los sujetos a favor de los cuales se acordó la exclusividad-** decidan ratificar el contrato celebrado²⁶⁹.

Ahora bien, esta decisión de ratificar el contrato obedece a una valoración subjetiva de conveniencia del beneficiario de la exclusividad. Dependiendo de su interés optará por hacerlo o no. Por ejemplo, podrá ratificar el contrato si advierte que el mismo le es útil por alguna razón (podría negociar con el tercero y con el obligado por la exclusividad para que, a cambio de la ratificación, le paguen un monto dinerario o para que el obligado le dé algunas facilidades en el suministro original que celebraron) o tal vez porque en realidad no le ocasiona ningún perjuicio o de repente porque le genera una utilidad y cierto perjuicio, pero dicha utilidad es considerablemente mayor que el menoscabo padecido, con lo cual ratificará el negocio, pero podrá solicitar también que se le pague por esos daños menores que ha soportado.

La otra posibilidad es que el beneficiario de la exclusividad no ratifique el contrato y decida oponer a la parte sujeta a exclusividad y al tercero dicho pacto especial²⁷⁰. Esta

²⁶⁹ Sobre este punto debemos hacer una pequeña precisión. Hemos señalado que el levantamiento de la restricción - es decir, del pacto de exclusividad- operará únicamente para un caso concreto y no para otros en atención a lo siguiente: Imaginemos que “A” (suministrante) y “B” (suministrado) acuerdan una exclusividad a favor de este último. Ocurre que “A” finalmente celebra un contrato con “C” -quien conocía dicho pacto especial- a través del cual le abastecerá con los mismos bienes que entrega a “B”.

Supongamos que “B” decide ratificar ese contrato. En este caso, ¿puede señalarse que quedó sin efecto el pacto de exclusividad por el cual “A” se obligó a no contratar con los terceros que constituyan la competencia de “B”? creemos que no. La ratificación de “B” fue realizada solo respecto al contrato celebrado entre “A” y “C”. **Para ese negocio en concreto y no para otros.**

Dicha aceptación no puede ser extendida a otros negocios posteriores que celebre “A” con los otros competidores de “B”, pues ello implicaría equiparar la ratificación a un acuerdo de mutuo disenso por el cual se deja sin efecto el pacto de exclusividad de forma definitiva. Equiparar esa ratificación para ese caso concreto a un mutuo disenso es a todas luces un error. En ese sentido, si “A” decide contratar con otros terceros y estos conocían el pacto de exclusividad, entonces dichos negocios serán ineficaces y “B” podrá -si así lo estima pertinente de acuerdo a su interés- ratificar dichos contratos.

Esta misma reflexión puede realizarse cuando el pacto de exclusividad fue acordado a favor del suministrante. La ratificación que este realice al contrato celebrado por el suministrado con otro suministrante -quien forma parte de su competencia y quien conocía dicho pacto- no implica que se haya dejado sin efecto ese pacto especial de forma definitiva, pues la ratificación es solo para ese contrato. **La “licencia” ha sido otorgada para ese negocio y no puede extenderse a futuros contratos.**

²⁷⁰ Si bien esto es posible, no debe perderse de vista lo siguiente: imaginemos que “D” (suministrante) y “E” (suministrado) celebran un pacto de exclusividad a favor de “E”. Ocurre que “D” celebra con “F” -quien conocía dicho pacto especial y es competidor de “E”- un contrato a través del cual le va a transferir los mismos bienes objeto

oponibilidad implica, desde la óptica de la teoría del negocio jurídico, que dicho contrato es ineficaz por las razones ya expuestas anteriormente y, por tanto, el mismo no deberá ejecutarse o, estando ya en marcha su ejecución, deberá paralizarse del todo, con la consiguiente restitución patrimonial de las prestaciones que se hayan intercambiado desde un inicio²⁷¹.

del suministro. En este caso es claro que el contrato será ineficaz y que “E” tendrá la “sartén por el mago” y el derecho potestativo de decidir si ratifica o no el mismo no se verá desplazado.

Sucede que mientras “E” evalúa la conveniencia de si ratifica o no el contrato, “F” transfiere gran parte de los bienes que recibió en suministro a “G” -que también es competidor de “E”-, quien lo adquiere de buena fe por cuanto -supongamos- desconoce el vicio o la anomalía que existe en el contrato celebrado entre su transferente “F” y “D” -quien tenía la legitimidad restringida- y, además, adquiere esos bienes a título oneroso. En este caso es claro que “G” mantendrá su adquisición sin problema alguno. En ese sentido, si finalmente “E” opta por no ratificar el contrato celebrado por “D” y “F” y pretende la ineficacia del mismo, dicha ineficacia no podrá alcanzar a la adquisición de “G” por lo que, respecto a esos bienes que ya no podrán ser restituidos, “E” solo podría solicitar un resarcimiento a “D” y “F” por los posibles daños que -de ser el caso- haya podido padecer.

²⁷¹ Hasta acá hemos analizado el contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero bajo la teoría general del negocio jurídico. En base a ella, hemos concluido que el mismo será ineficaz por cuanto fue celebrado por quien tenía la legitimidad para contratar restringida y porque su contraparte contrató con él teniendo conocimiento del pacto de exclusividad (o habiendo desconocido dicho pacto, porque contrató a título gratuito). En ese sentido, será el beneficiario de la exclusividad quien decidirá si ratifica o no el contrato.

Ahora bien, sin perjuicio del análisis y las conclusiones a las cuales hemos llegado hasta ahora en base a dicha teoría, podría señalarse que no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que faculte al beneficiario de la exclusividad a oponer dicho pacto especial o, en todo caso, a que pueda ratificar el contrato celebrado por su contraparte con un tercero, por lo dicho negocio no podría ser cuestionado de ninguna forma.

Al respecto, creemos que no es necesario que exista una norma que faculte al beneficiario de la exclusividad a oponer el pacto o a ratificar el contrato pues, reiteramos, basta con recurrir a la teoría general del negocio jurídico para concluir que dicho sujeto puede optar por la ratificación o por la ineficacia (esto no implica que nos opongamos a que se expida una norma en ese sentido). A pesar de ello, y ante el requerimiento -innecesario- de que se necesite una norma expresa para esos casos, somos de la idea de que se podría aplicar de forma **analógica** los artículos 1210 y 1215 del Código Civil para el supuesto en el cual se haya incumplido un acuerdo de exclusividad a favor del suministrado. Como se recordará, dichos artículos -relacionados a la cesión de derechos- establecen expresamente que el cedido puede oponer el pacto de *non cedendo* al cesionario que contrató conociendo el mismo o, de lo contrario, puede aceptar la cesión realizada, respectivamente.

Esta posibilidad que consagra el artículo 1215 de aceptar la cesión que, como hemos desarrollado en su momento, no es otra cosa que un acto jurídico unilateral de ratificación, determina entonces que el contrato de cesión no sea nulo sino simplemente ineficaz, pues, como bien sabemos, un acto nulo no es susceptible de ratificación (“aceptación”) o confirmación. Entonces, para el Código Civil, el contrato de cesión celebrado en esas circunstancias es solo ineficaz.

Creemos que ambos artículos pueden ser aplicados de forma analógica al supuesto antes señalado. Como bien sabemos, para que proceda la analogía es necesario que se verifiquen dos requisitos: (i) que exista similitud entre el supuesto de hecho de la norma que se pretende aplicar analógicamente y el supuesto de hecho que no tiene una regulación normativa y (ii) que dicha norma no establezca excepciones o restrinja derechos.

En este caso, los supuestos de hecho son más que similares, pues en ambas hipótesis estamos frente a dos pactos -el de *non cedendo* y el de exclusividad- que implican una obligación negativa o de no hacer: no transferir, en el primer caso un crédito, y en el segundo los bienes objeto del suministro. En ambos supuestos existe entonces un acreedor de dicha obligación (cedido y suministrado) y un titular de dicho débito (cedente y suministrante). Respecto al segundo requisito, es claro que ninguna de dichas normas establece excepciones o restringen derechos. Muy por el contrario, en lugar de restringir la posibilidad de que el cedido pueda oponer el pacto de *non cedendo* o de aceptar el contrato de cesión, lo que hacen es permitir que él pueda escoger entre una u otra opción.

Veamos ahora un aspecto importante a tener en cuenta sobre la buena fe del sujeto que contrató con la parte sujeta a exclusividad.

3.2.5.2.3 El conocimiento sobreviniente del pacto de exclusividad

Sobre este punto nos preguntamos, qué ocurre si el tercero ajeno al contrato de suministro desconocía el pacto de exclusividad al momento en el que celebró el contrato con la parte sujeta a dicho pacto especial, pero tiempo después se entera de la existencia de dicho acuerdo, en este caso ¿el contrato se tonaría en nulo o ineficaz por el hecho de que dicho tercero se enteró de forma sobreviniente que su contraparte tenía la legitimidad para contratar restringida?

Para responder a esta interrogante es necesario saber hasta cuándo debe mantenerse o exigirse la buena fe del tercero que contrató con la parte sujeta a exclusividad. ¿Debe tener buena fe solo al momento de la celebración del contrato o debe mantener esa buena fe hasta un momento posterior?

En supuestos como esos en los cuales “peligre” el contrato celebrado por el tercero que desconocía el pacto de exclusividad, nosotros creemos que para efectos de que el mismo no se vea efectivamente alterado, además de haber contratado a título oneroso, **solo será exigible que tenga buena fe al momento de la celebración del contrato.** Ya en el apartado 3.1.2.2.4 -al cual nos remitimos- hemos desarrollado con detenimiento las razones por las cuales creemos que solo debería exigirse la buena fe al momento de la conclusión del contrato.

Teniendo en cuenta que se cumplen ambos requisitos, podría aplicarse entonces de forma analógica dichos artículos. Así, en caso el suministrante contrate con un tercero que conocía el pacto de exclusividad, entonces el suministrado podrá, a su elección, oponer dicho pacto especial al tercero o, de lo contrario, aceptar (ratificar) el contrato que celebraron. Ahora bien, ¿qué ocurre en caso la exclusividad sea a favor no del suministrado sino del suministrante? En este caso el suministrado se obliga no adquirir o recibir los mismos bienes objeto del suministro de otro suministrante. No estamos pues ante un supuesto de disposición de bienes -como es el caso de la cesión de un crédito- sino ante uno de adquisición.

En este caso, en el negado supuesto que se cuestione la aplicación analógica de los artículos antes señalados, igualmente creemos que el contrato celebrado entre el suministrado -quien se había obligado a no contratar con otros suministrantes- y el tercero que conocía dicho pacto especial es solo ineficaz y no nulo. En ese sentido, el suministrante podría oponer también dicho pacto al tercero, o, de lo contrario, aceptar -ratificar- el contrato que celebraron. ¿Cuál sería el sustento por el cual el contrato es ineficaz y no nulo? pues, como hemos detallado antes, el hecho de que la legitimidad que tiene el suministrado para contratar se encuentra limitada o restringida. De hecho, creemos que este es el argumento en base al cual debería explicarse los artículos 1210 y 1215 del Código Civil.

Si bien en dicha oportunidad analizamos este cuestionamiento a partir del caso del contrato de cesión de crédito celebrado en el marco de un pacto de *non cedendo* y expusimos algunos ejemplos relacionados a la adquisición de derechos sobre bienes registrados los cuales fueron adquiridos a través de contratos de tracto único -lo cual difiere del supuesto que estamos analizando ahora, pues los bienes entregados en suministro no son registrables y el contrato celebrado por el tercero no es de tracto único, sino de tracto sucesivo- igualmente gran parte de dichos argumentos resultan aplicables a este caso.

Cabe precisar que cuando expusimos dichos ejemplos, la mala fe de los adquirentes estaba expresada en el hecho de que ellos conocían o podían conocer que su transferente no era el verdadero titular del derecho que estaban recibiendo dado que el registro o la posesión informaban una realidad distinta a la que ellos creían. En esos casos, lo que se encontraba de por medio era entonces la falta de legitimidad originaria o directa del transferente. En cambio, en el caso que nos encontramos estudiando ahora, **la mala fe del tercero se ve expresada en el hecho de que conocía que el suministrante o suministrado tenían la legitimidad para contratar restringida por efecto del pacto de exclusividad que habían celebrado con su contraparte.**

Asimismo, en dichos ejemplos lo que se encontraba en discusión era si el adquirente debía tener buena fe solo cuando celebró el contrato o hasta que adquiriera efectivamente el derecho. Ese era el hito inicial y final que definía el lapso temporal durante el cual el adquirente, supuestamente, debía tener buena fe. Y es que en esos casos además de que los contratos eran de tracto único, había un hecho jurídico que determinaba la adquisición del derecho (tradición, inscripción registral, suscripción de una estructura pública, etc.). En la hipótesis que venimos estudiando ahora, nos preguntamos ¿cuál sería ese hito final hasta el cual el tercero supuestamente debería tener buena fe?

Nótese que el contrato celebrado por él y por la parte sujeta a exclusividad con el cual se incumple dicho pacto especial es uno de **tracto de sucesivo** a través del cual se entrega o recibe los mismos bienes del suministro. Esto implica entonces que existen varias entregas singulares e independientes -diarias, semanales, mensuales, bimestrales, etc.- de esos bienes. Es en ese momento -con la tradición- que recién se adquirirá la propiedad de los mismos.

Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ahora ¿la buena fe del tercero debe mantenerse desde la celebración del contrato hasta la primera, segunda, tercera, octava, décimo cuarta o

vigésima entrega? ¿hasta cuál de las entregas -que es el momento en el cual, reiteramos, se adquiere la propiedad de los bienes- debería tener buena fe? es claro que, en estos casos, **no existe un hito final definido, pues el contrato es de tracto sucesivo**. Entonces, ¿cuál es finalmente ese momento que hace las veces del tope hasta el cual el tercero debería tener buena fe? ¿O es que la buena fe debe mantenerla entonces desde la celebración del contrato -hito inicial- hasta que el mismo culmine definitivamente -hito final-?

Este es el primer gran obstáculo con el que nos topamos si es que se desea admitir la tesis de que la buena fe del tercero debe estar presente no solo al momento de la celebración del contrato sino hasta un momento posterior. Parecería que el hito final debería estar representado por el momento en el cual el contrato culmina definitivamente, pues no es posible optar por una de las entregas singulares de manera uniforme para absolutamente todos los casos.

De ser así, entonces el tercero debería tener buena fe desde la celebración del contrato hasta que el mismo culmine. Esto implica que si en el transcurso de la ejecución de dicho contrato se llega a enterar que existía un pacto de exclusividad que le impedía al sujeto con el que contrató (suministrante o suministrado) vincularse con él, entonces automáticamente tendrá mala fe.

¿Cuál sería la consecuencia de ello? de que el contrato que celebró tenga que dejar de ejecutarse de inmediato por cuanto se enteró -recién- de que su contraparte tenía la legitimidad para contratar restringida²⁷². ¿Qué implica todo eso? pues, sencillamente, que el sistema de contratación se vea afectado por falta de seguridad jurídica y protección a los contratantes de buena fe y a título oneroso. Nos explicamos.

Sostener esa tesis implicaría que **entre el momento de la celebración del contrato y hasta la fecha en la que el mismo culmine, el tercero se encuentre -literalmente- en un estado de tensión e incertidumbre absoluta**. En efecto, tendría que “cruzar los dedos” y esperar a que no irrumpa la noticia de que el sujeto con el que contrató se había obligado antes a través de un pacto de exclusividad a no contratar con terceros como él. Todo ello, evidentemente, desincentiva la decisión de contratar.

²⁷² De esta opinión es la profesora Ángela Fernández quien señala que si el tercero se enteró luego de celebrado el contrato de que su contraparte se había obligado a no contratar, entonces debería dejar de ejecutar el negocio celebrado. De lo contrario, a partir de ese momento, será responsable por los daños que haya podido padecer el acreedor. Véase: (Fernández Arévalo, 1996, págs. 347-351).

Qué sujeto contrataría bajo un sistema en el cual su contrato peligraría en cualquier momento de su ejecución por un hecho que él no conocía en un inicio. Ninguno. El tercero tendría que estar muy alerta, día tras día, a que no surja la noticia de que existía un pacto de exclusividad, pues en caso tome conocimiento del mismo, entonces su contrato debería dejar de ejecutarse, lo cual determina que se frustre -arbitrariamente- la satisfacción de su interés. Grafiquemos lo expuesto con un ejemplo para que se advierta con mayor claridad el impacto adverso se que generaría al adoptar la tesis antes señalada.

Imaginemos que el tercero (“Yaré S.A”., productor y distribuidor de queques, tortas y cremas de belleza a base de maíz) haya contratado con la compañía “El Choclito S.A”. - suministrante que se dedica a la producción de granos de maíz- a fin de que le abastezca de grandes cantidades de dicho insumo por 7 años. El contrato marcha de maravilla pues la demanda de sus productos finales (queques, tortas y cremas) se va incrementando de forma vertiginosa. Todos sus clientes comentan que la calidad de sus productos se debe no solo a la forma de cómo elabora los mismos sino también a la gran pureza de los granos de maíz.

Debido a ello, a pedido de sus propios clientes, celebra con cada uno de ellos varios contratos por un gran periodo de tiempo a fin de que les haga entrega de esos productos, asegurándose así un gran flujo de ingreso dinerario. Imaginemos que en dichos contratos se pactó que solamente pueden usarse en la elaboración de los productos finales los granos de maíz de la compañía “El Choclito S.A”. Del mismo modo, a efectos de lograr cumplir con esos compromisos de entrega, decide comprar algunas máquinas para que aumente su producción y contrata a más personal por cinco años para que utilicen cada una de esas máquinas.

Qué ocurriría si al primer año de la ejecución contractual el tercero - “Yaré S.A”. - recibe un correo electrónico a través del cual la compañía “Cartolán S.A.” le informa que hace un año y tres meses había celebrado con la misma empresa “El Choclito S.A.” un contrato de suministro con exclusividad a favor suyo. Es decir, “El Choclito S.A.” se había obligado a abastecer los granos de maíz que produce únicamente a “Cartolán S.A.”. Bajo la tesis de que la buena fe se debe tener en todo momento hasta la finalización del contrato, entonces el negocio de “Yare S.A”. se hundiría profundamente.

Los contratos que celebró con sus clientes, las máquinas que compró y los trabajadores que contrató se arruinarían del todo y perderían su utilidad, pues ellos contrataron con él bajo la

condición de que los granos de maíz que utilice en la elaboración de sus productos sean los que cultiva la compañía “El Choclito S.A.”. No es para nada eficiente entonces que se exija tener buena fe (desconocimiento de la restricción a la legitimidad para contratar) no solo al momento de la celebración del contrato sino hasta la finalización del mismo.

De ser esto así, como hemos advertido anteriormente, los incentivos para contratar de los sujetos que pretenden emerger en un rubro comercial determinado, sencillamente, desaparecerían. Nadie querría contratar cargando con un miedo inevitable a que se frustre su interés en cualquier momento de la ejecución de su contrato por un hecho que no conoció al momento en el cual adoptó la decisión económica de contratar.

Entonces, para efectos del contrato celebrado por el tercero y la parte sujeta a exclusividad, el hecho que de forma sobreviniente a la celebración del mismo dicho tercero se entere recién de la existencia del pacto de exclusividad no determina que dicho contrato sea ineficaz y menos aún nulo, pues **para que un negocio sea nulo, la causal de su invalidez debe presentarse al momento de su celebración y no surgir de manera posterior a ella**. El contrato del tercero mantendrá toda su validez y eficacia pues contrató de buena fe -desconocía el pacto de exclusividad al momento de la celebración del contrato - y a título oneroso. Será él entonces el que tendrá la “sartén por el mango”²⁷³.

Veamos ahora algunos aspectos interesantes a tener en cuenta sobre la ratificación y la ineficacia -oponibilidad del pacto de exclusividad- del contrato celebrado por el tercero y la parte sujeta a dicho pacto especial.

Respecto a la ratificación se ha señalado que la misma tiene las siguientes características: “es una declaración unilateral recepticia, la formalidad es aquella exigida por el negocio principal, puede ser tácita, no tiene plazo para su ejercicio y tiene efectos retroactivos” (Priori Posada, Ratificación del acto jurídico. Comentario al artículo 162 del Código Civil, 2003, pág. 709). Analicemos cada una de dichas características en el supuesto de que el beneficiario de la exclusividad opte por ratificar el contrato celebrado por su contraparte y por el tercero que conocía

²⁷³ Evidentemente esto no implica que el beneficiario de la exclusividad se vea perjudicado, pues podrá solicitar un resarcimiento a su contraparte por los posibles daños que -de ser el caso- haya podido padecer a causa de su incumplimiento.

el pacto de exclusividad o, aun desconociéndolo, haya contratado a título gratuito. Empecemos por el tema de la formalidad.

3.2.5.2.4 Sobre la formalidad de la ratificación del contrato

Sobre este punto nos preguntamos ¿la ratificación del beneficiario de la exclusividad debe ser realizada a través de una determinada formalidad *ad solemnitatem*? como bien sabemos el suministro -al menos el oneroso- no requiere de una formalidad solemne para su celebración. En cambio, si el suministro fue celebrado a título de liberalidad, entonces el mismo, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1605 del Código Civil, deberá ser concluido por escrito, bajo sanción de nulidad.

Teniendo ello en cuenta, en caso el tercero celebre con la parte sujeta a exclusividad un suministro a título de liberalidad, podría pensarse entonces que el beneficiario de dicho pacto especial, en caso desee ratificar dicho contrato, debería hacerlo respetando la formalidad solemne que se debe observar para la celebración del mismo, es decir, por escrito. Esto, sin embargo, no es correcto. No existe para estos casos -ni para los suministros que se hayan celebrado de manera onerosa- una formalidad *ad solemnitatem* que deba observarse, por lo que el beneficiario de la exclusividad podría ratificar el contrato bajo cualquier forma (expresa o tácitamente)²⁷⁴.

Nótese que esta misma interrogante ya fue analizada cuando estudiamos el caso del contrato de cesión de crédito celebrado en el marco de un pacto de *non cedendo*. En dicha oportunidad concluimos que el cedido podía ratificar el contrato de cesión bajo cualquier forma. En el apartado 3.1.2.2.5 -al cual nos remitimos- hemos analizado con detenimiento las razones por las cuales llegamos a esa conclusión. De hecho, dichos argumentos resultan plenamente aplicables al caso del contrato de suministro exclusivo que venimos estudiando ahora por lo que basta con repasar nuevamente su lectura para entender el porqué de nuestra respuesta.

Solamente debemos precisar que cuando se lea nuevamente dichos argumentos deberá adecuarse algunas palabras o conceptos a la hipótesis que nos encontramos estudiando ahora.

²⁷⁴ Un ejemplo de ratificación tácita podría suceder cuando en caso se haya pactado una exclusividad a favor del suministrado, este le preste dinero al tercero que contrató con su suministrante a fin de que le pague por los bienes que ha recibido de él.

Así, cuando se haga referencia al pacto de *non cedendo*, deberá leerse el mismo -para efectos de adecuar dichos argumentos al supuesto que nos encontramos analizando en el presente apartado- como el pacto de exclusividad. Del mismo modo, deberá reemplazarse los siguientes términos: cedido o acreedor del pacto de *non cedendo* por beneficiario de la exclusividad o acreedor de dicho pacto; cedente o deudor del pacto de *non cedendo* por la parte sujeta a exclusividad o deudor de dicho pacto; cesionario por tercero; crédito por los bienes del suministro; contrato de cesión de crédito por el contrato celebrado por el la parte sujeta a exclusividad y el tercero a través del cual este transfiere y/o adquiere los mismos bienes del suministro.

Veamos ahora otro aspecto a tener en cuenta sobre la ratificación.

3.2.5.2.5 ¿A quién debe comunicar el beneficiario de la exclusividad su decisión de ratificar el contrato? ¿Solo a su contraparte, al tercero, o a ambos?

Como bien sabemos, la ratificación es una declaración unilateral recepticia que tiene efectos retroactivos, es decir, el contrato ratificado será eficaz desde su celebración. Este carácter recepticio implica que la ratificación solo surtirá efectos en la medida de que sea conocida por su destinatario. Entonces, cuando la ratificación sea comunicada, dicho hecho determina que el contrato ratificado sea eficaz. Teniendo ello en cuenta, más allá de que la ratificación pueda ser realizada de forma tácita, en caso el beneficiario de la exclusividad decida hacerlo de forma expresa, a quién debería comunicar su decisión de ratificar el contrato a efectos de que el mismo sea eficaz ¿solo a la parte sujeta a dicho pacto especial, al tercero, o a ambos?

Creemos que solo sería necesario que la decisión de ratificar el contrato sea comunicada a una de las partes, es decir, basta con que sea informada a la parte sujeta al pacto de exclusividad o al tercero. Esta respuesta guarda coherencia con en el hecho de que la ratificación puede realizarse incluso tácitamente. Si se realiza a través de dicha forma, es claro que no es necesario que las conductas concluyentes sean conocidas o dirigidas a ambas partes sino solo a una de ellas.

Así, en el caso en el cual se haya celebrado un suministro con exclusividad a favor del suministrado y este preste dinero al tercero que contrató con su suministrante a fin de que le pague por los bienes que ha recibido de él, este hecho constituye un acto concluyente a través del cual se evidencia que el mismo ha optado por ratificar el contrato. En este supuesto, la conducta tácita solo fue conocida o dirigida al tercero y no a la parte sujeta a dicho pacto especial y no por eso

dejará de considerarse que ya operó la ratificación. Por lo demás, es claro que, si la decisión de ratificar solo es comunicada a una de las partes, en tanto que ambos tienen interés en la conservación y eficacia del contrato, uno comunicará al otro sobre la noticia de la ratificación.

3.2.5.2.6 ¿Cuál es el plazo que tiene el beneficiario de la exclusividad para ratificar el contrato?

Sobre este punto, nos preguntamos ¿qué sucede cuando el beneficiario de dicho pacto especial no manifiesta su intención de oponer el pacto de exclusividad, pero tampoco manifiesta su deseo de ratificar el contrato, es decir, guarda silencio absoluto? esta actitud pasiva puede obedecer al hecho de que se está dando un tiempo para evaluar con calma qué hacer frente a dicho contrato o, simplemente, es una muestra de su propia inercia y descuido.

Todo esto determina que el tercero y la parte sujeta a exclusividad queden a la expectativa de si el contrato que celebraron será ratificado o no. Nótese que este contexto de incertidumbre se “agrava” aún más si tenemos en cuenta que, como se verá más adelante, tampoco existe en nuestro ordenamiento un plazo para que el beneficiario de la exclusividad pueda pretender la ineficacia u oponibilidad del contrato²⁷⁵. No existe una norma- a diferencia del ordenamiento alemán e italiano- que establezca un plazo dentro del cual se pueda ejercer el derecho potestativo de ratificación.

Cabe precisar que esta interrogante ya fue analizada cuando estudiamos la ratificación del contrato de cesión de crédito por parte del cedido (véase el apartado 3.1.2.2.7). Basta con repasar nuevamente los argumentos desarrollados en dicha oportunidad los cuales resultan plenamente aplicables a este caso. Al igual que en casos anteriores, deberá reemplazarse algunos términos y ajustarlos al supuesto que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

²⁷⁵ Hemos colocado el término “agravar” entre comillas debido a que esa situación de incertidumbre no necesariamente se presentará siempre. En efecto, a pesar de que no existan plazos dentro de los cuales se deba ejercer el derecho potestativo de ratificación o la pretensión de ineficacia, en los hechos, si el tercero -en este caso el beneficiario de la exclusividad- advierte que dicho contrato o su ejecución le están o le pueden ocasionar un daño entonces no demorará en pretender su ineficacia.

En dicha oportunidad concluimos que hasta que no tengamos en nuestra legislación unas disposiciones normativas similares a la italiana o alemana, entonces no podría alegarse que el silencio del beneficiario de la exclusividad equivale a asentir o ratificar el contrato por cuanto, como bien sabemos, **el silencio solo genera efectos en la medida que las partes o la ley así lo establezcan, por lo que, en esos casos, mientras no haya un pronunciamiento expreso o tácito en el sentido de ratificar el contrato, entonces el mismo seguirá siendo ineficaz hasta que dicho sujeto decida lo contrario.**

Veamos ahora qué sujeto es el que puede demandar la ineficacia del contrato.

3.2.5.2.7 ¿Quién es el sujeto legitimado para demandar la ineficacia del contrato?

Creemos que el único legitimado para hacerlo es el beneficiario de la exclusividad. Solo él podría oponer dicho pacto especial a su contraparte y al tercero a través de la pretensión de ineficacia. Ahora bien, qué ocurre si quien pretende demandar la ineficacia definitiva del contrato es solo una de las partes del mismo -esto es, la parte sujeta a exclusividad o el tercero- porque, por ejemplo, acaba de advertir que dicho contrato en realidad no le conviene.

Somos de la idea de que en estos casos el juez, en virtud a lo establecido en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, deberá declarar improcedente la demanda por estar ante un petitorio jurídicamente imposible²⁷⁶. En efecto, el juez no podría expedir una sentencia que declare la ineficacia definitiva del contrato en tanto que la facultad de decidir si el mismo será ineficaz o no le corresponde solo al beneficiario de la exclusividad.

Es él quien tiene el derecho potestativo de decidir si ratifica dicho negocio o si, por el contrario, opone el pacto de exclusividad. Si el juez emitiera una sentencia en ese sentido **estaría pasando por encima del interés y del derecho potestativo que tiene el beneficiario de la exclusividad, es como si estuviera sustituyéndose en la voluntad de él y ello, como es obvio, no es posible**. Es por eso que el único legitimado para solicitar la ineficacia es él. Nótese que lo expuesto también es aplicable a los casos en los cuales el contrato haya sido celebrado por un

²⁷⁶ Artículo 427.- “El juez declara improcedente la demanda cuando:
(...)

5. El petitorio fuese física o jurídicamente imposible”.

sujeto que carecía de legitimidad originaria y/o derivada: solo el verdadero titular del bien o derecho que se transfiere podrá pretender la ineficacia del contrato²⁷⁷.

Queda ahora por analizar si existe un plazo de prescripción que el beneficiario de la exclusividad deba tener en cuenta para que, en caso no decida ratificar el contrato, pretenda la ineficacia del mismo.

3.2.5.2.8 ¿Cuál es el plazo que tiene el beneficiario de la exclusividad para solicitar la ineficacia del contrato?

Esta interrogante también ya fue respondida cuando analizamos el caso del contrato de cesión de crédito y el pacto de *non cedendo*. En el apartado 3.1.2.2.10 -al cual nos remitimos- analizamos y concluimos que en todos los casos en los cuales se haya contratado sin tener legitimidad o, aun teniéndola, esta se haya restringido, estaremos ante un **contrato ineficaz en sentido estricto** y en todos esos supuestos la pretensión de ineficacia que decida interponer el tercero ajeno al contrato es **imprescriptible**.

Ocupémonos ahora de despejar una inquietud que se relaciona directamente con la posibilidad que tiene el beneficiario de la exclusividad de solicitar la ineficacia del contrato.

3.2.5.2.9 Sobre la ejecución forzada del pacto de exclusividad

Como sabemos, por el pacto de exclusividad el suministrante y/o el suministrado se obligan a no transferir o recibir, respectivamente, los mismos bienes objeto del suministro. Esta obligación tiene por objeto entonces una prestación de no hacer o, también llamado, de contenido negativo. Teniendo ello en cuenta, si finalmente la parte sujeta a exclusividad celebra un contrato con la competencia directa de su contraparte a través del cual recibirá o entregará los mismos bienes del suministro, entonces estará incurriendo en un incumplimiento.

²⁷⁷ Este tema también ha sido estudiado cuando analizamos quién es el sujeto legitimado para demandar la ineficacia del contrato de cesión de crédito. En dicha oportunidad, en el pie de página 171 -al cual nos remitimos-, hicimos una precisión que debe tenerse en cuenta para el caso que venimos estudiando ahora (suministro con exclusividad). Cabe precisar que cuando se repase la lectura de dicho pie de página, deberá reemplazarse algunos términos y ajustarlos al supuesto que nos encontramos analizado ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

Ante ello, imaginemos que el beneficiario de la exclusividad le requiera a su contraparte - quien incumplió el pacto- y al tercero -quien conocía dicho acuerdo especial cuando contrató- a que se abstengan de ejecutar el contrato pues su celebración y ejecución determina que la parte sujeta a exclusividad esté incumpliendo su obligación y ello, a su vez, implica la lesión de su crédito. A pesar del requerimiento, supongamos que ambos se niegan a dejar de ejecutar el contrato. En ese escenario, nos preguntamos ¿en lugar de solicitar la ineficacia del contrato, no sería posible que el beneficiario de la exclusividad solicite la ejecución forzada de la obligación de no hacer, esto es, del pacto de exclusividad? creemos que ello no es posible.

Ya en el apartado 3.1.2.2.11 -al cual nos remitimos- hemos desarrollado detenidamente los argumentos por los cuales llegamos a dicha conclusión. Si bien en dicha oportunidad analizamos dicha interrogante en el marco del contrato de cesión de crédito y del pacto de *non cedendo*, lo expuesto en ese momento resulta plenamente aplicable al caso que nos encontramos estudiando ahora: el suministro con exclusividad. Cabe precisar que cuando se haga un repaso de dichos argumentos, al igual que en ocasiones anteriores, deberá reemplazarse algunos términos y adecuarlos al supuesto que estamos analizando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

Basta con señalar que el beneficiario de la exclusividad no podrá acudir a la vía ejecutiva a ejecutar forzosamente la obligación de no contratar, sino que deberá iniciar un proceso de conocimiento en el cual solicite la ineficacia del contrato celebrado por el tercero y por su contraparte. En dicho proceso se expedirá una sentencia -o laudo- que -de forma definitiva- declarará ineficaz o no dicho contrato.

Ahora bien, conforme ya hemos precisado antes, la declaratoria de ineficacia del contrato tiene efectos retroactivos al momento de su celebración. Ello implica que el mismo, en caso aún no se haya ejecutado, no deberá ejecutarse. En caso ya esté en marcha su ejecución, entonces deberá paralizarse de forma definitiva y todas las prestaciones que se hayan pagado hasta ese momento deberán ser restituidas. Este es el efecto que genera la expedición de una sentencia o un laudo firme. Sin embargo, como bien sabemos, muchas veces el tiempo que demora en que se expida esa decisión puede generar que el beneficiario de la exclusividad se vea perjudicado.

Puede que el proceso demore un tiempo muy extenso y que el daño que quería evitar el acreedor finalmente se llegue a producir y que se agudice cada vez más -por ejemplo, que el

contrato celebrado ya empiece su ejecución- o, lo que es peor, que ya no sea posible de revertir el perjuicio en su totalidad. Para evitar esto -y a efectos de que se impida o se contrarreste el incumplimiento del pacto de exclusividad- el beneficiario del mismo podría solicitar -antes o durante el proceso- una medida cautelar a través de la cual logre impedir que se le genere esa situación adversa.

3.2.6 ¿Cuál sería el tipo de medida cautelar que podría solicitar el beneficiario de la exclusividad antes o durante el proceso de ineficacia que haya iniciado?²⁷⁸

Más allá de que el beneficiario de la exclusividad tenga que acreditar el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho que invoca, la medida cautelar que podría solicitar dependerá de si el contrato que celebraron su contraparte y el tercero se ha ejecutado o no. En caso solo se haya celebrado el contrato, pero aún no se haya ejecutado las prestaciones del mismo, entonces la medida cautelar que resulta adecuada para evitar que dicho contrato se llegue finalmente a ejecutar será una medida cautelar de no innovar.

Esta figura se encuentra regulada en el artículo 687 del Código Procesal Civil el cual establece lo siguiente: *“ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”*.

Como se observa, el objetivo de dicha medida es conservar la situación de hecho o de derecho que exista al momento de la solicitud cautelar. Teniendo ello en cuenta, esta medida resulta ser la más idónea para el interés que tiene el beneficiario de la exclusividad en que no se ejecute el contrato, pues solicitará al juez o árbitro a que ordene a que se mantenga o conserve la situación de hecho que existía al momento de presentar su pedido cautelar, esto es, que se mantenga la situación de inejecución contractual.

²⁷⁸ Nótese que la medida cautelar que pueda solicitar el beneficiario de la exclusividad para evitar que la demora del proceso le juegue en contra, pueda ser pedido antes o durante el proceso en el cual haya solicitado o la ineficacia -en sentido estricto- del contrato celebrado por su contraparte y el tercero o la nulidad de dicho negocio.

En cambio, si la ejecución del contrato ya se encuentra en marcha y lo que pretende el beneficiario de la exclusividad es solo paralizar dicha ejecución, entonces la medida cautelar que resulta idónea para tal efecto es una medida cautelar de innovar. Esa figura se encuentra regulada en el artículo 682 del Código Procesal Civil el cual establece lo siguiente: *“ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a **reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda.** Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”*.

Como se observa, el objetivo de dicha medida es modificar o alterar la situación de hecho o de derecho que exista al momento de la solicitud cautelar. Teniendo ello en cuenta, esta medida resulta ser la más idónea para el interés que tiene el beneficiario de la exclusividad en que se deje de ejecutar el contrato, pues solicitará al juez o árbitro a que ordene al tercero y a la parte sujeta a dicho especial a que paraliquen la ejecución prestacional del contrato que celebraron. Esto implica que se modifique la situación de hecho que existía al momento de presentar su pedido cautelar, esto es, que ya no se realicen más los desplazamientos patrimoniales respectivos.

A través de estas medidas cautelares el acreedor del pacto de exclusividad podrá entonces proteger su crédito. En efecto, logrará que se impida que el contrato celebrado no se ejecute o en caso el mismo ya se esté ejecutando, que se paralique su eficacia. Todo esto, claro está, en la medida de que acredite el peligro en la demora respectivo, la verosimilitud de su derecho (en el caso de la ineficacia: mala fe del tercero o, habiendo actuado de buena fe, que haya contrato a título gratuito; en el caso de la nulidad: la causal de invalidez respectiva) y la razonabilidad de

la medida. De esta forma, el tiempo que demorará todo el desarrollo del proceso no le jugará en contra^{279 280}.

²⁷⁹ Cabe precisar que otra de las medidas cautelares que eventualmente también podría resultar idónea en estos casos sería una medida temporal sobre el fondo (aunque técnicamente esta no es una medida cautelar, pero eso es un tema de otra investigación). Esta figura se encuentra regulada en el artículo 674 del Código Procesal Civil el cual establece lo siguiente: “*excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público*”.

Como se observa, el juez podría ordenar que se adelante los efectos de la decisión definitiva. Esto implica que es posible que expida una decisión en el sentido de que no se ejecute el contrato celebrado o que se deje de ejecutar el que se viene ejecutando con la consiguiente **restitución prestacional** de lo que se haya pagado hasta ese entonces. Esto implica adelantar los efectos de una futura sentencia que declare la ineficacia del contrato, pues la consecuencia de dicha decisión es que el contrato no surta o deje de surtir sus efectos.

Sin embargo, puede que esta medida cautelar no sea la que posiblemente dicte un juez dado que uno de los requisitos para que proceda es que los efectos de su decisión puedan ser de posible de reversión. Si en estos casos se advierte que ello no es posible, entonces no podrá expedirse este tipo de medida cautelar, con lo cual será pertinente una medida de innovar o de no innovar, según lo ya expuesto anteriormente.

En cualquier caso, nótese que el beneficiario de la exclusividad no estará desprotegido, pues el hecho de que haya solicitado la expedición de una medida cautelar que eventualmente no pueda dictarse -porque, por ejemplo, solicitó una medida temporal sobre el fondo en cuyo caso los efectos de la decisión no son reversibles- no determina que se rechace su solicitud de tutela urgente. En efecto, **el juez -o el árbitro- tiene la potestad de adecuar la medida solicitada a la que resulta más idónea al caso concreto y expedir la que él crea conveniente de acuerdo a las circunstancias particulares de la controversia**. En efecto, el artículo 611 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

“El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.
- La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.
La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.
La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad”.*

Como se observa, el juez puede dictar la medida cautelar que considere la más adecuada, claro está, en la medida que el solicitante haya acreditado la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora respectivo y la razonabilidad de la medida. Entonces, el beneficiario de la exclusividad no estará desamparado. El juez podría dictar, atendiendo a las circunstancias de cada caso, una medida cautelar de innovar, de no innovar o una temporal sobre el fondo.

²⁸⁰ Habiendo llegado a este punto, luego de haber estudiado las categorías de la nulidad, la ineficacia en sentido estricto y la ratificación aplicadas al caso que venimos analizando, es pertinente realizar algunas pequeñas precisiones sobre ellas. El beneficiario de la exclusividad, frente a un incumplimiento de dicho pacto especial, de acuerdo su interés, podría proceder de las siguientes formas:

- (i) Ratificar el contrato celebrado por su contraparte -quien se encontraba sujeto a exclusividad- y el tercero. Adicionalmente a ello, podría resolver el contrato de suministro por incumplimiento del pacto de exclusividad, claro está, en la medida que se verifiquen los presupuestos necesarios para una resolución por incumplimiento (incumplimiento grave, legitimidad para resolver, et.). Adicionalmente a ello, un resarcimiento por los daños que -de ser el caso- haya podido padecer a causa del incumplimiento.

Llegado a este punto en el cual ya hemos analizado los principales aspectos relacionados a la nulidad, la ineficacia -en sentido estricto- y la ratificación del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero, a modo de epílogo del presente apartado deseamos hacer hincapié en el por qué hemos decidido estudiar qué tipo de ineficacia -y sus consecuencias- es la que corresponde aplicar a dicho contrato.

Como ya lo adelantamos en la introducción del presente trabajo de investigación, el estudio de la ineficacia de dicho negocio permite que vayamos un poco más allá en el análisis del planteamiento de nuestro problema. En efecto, puede ocurrir que la parte sujeta a exclusividad y el tercero solo hayan celebrado el contrato pero que el mismo aún no se haya ejecutado (la producción de un daño cierto en la esfera del beneficiario de la exclusividad ocurre por lo general cuando el contrato se ejecuta y no cuando solo se ha celebrado).

En ese escenario, si bien con la sola conclusión del contrato el beneficiario de la exclusividad aún no habrá sufrido daño alguno, tendrá interés en que dicho contrato sea declarado ineficaz para que, de esa forma, no llegue a ejecutarse y, con ello, **evite** que se le ocasione un

-
- (ii) Ratificar el contrato, pero sin resolver el suministro y, de ser el caso, un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer por el incumplimiento.
 - (iii) Solicitar la ineficacia -en sentido estricto- del contrato. En este caso, ya no sería posible que resuelva el contrato por el incumplimiento del pacto de exclusividad. Y es que, si como hemos mencionado antes, la pretensión de ineficacia no es otra cosa que una suerte de ejecución forzada del pacto de exclusividad, entonces el acreedor que opte por iniciar dicha acción tiene interés en que la obligación incumplida se llegue a ejecutar. En este caso, si el beneficiario de la exclusividad demanda la ineficacia del contrato es porque aún le interesa que la obligación se ejecute.

Es por ello que a través de dicha demanda de ineficacia buscará que el contrato no se ejecute o que se paralice su ejecución en caso ya esté en marcha y que se restituya lo que se hubiera pagado hasta ese momento. Y si tiene interés en que se cumpla la obligación, entonces sería incongruente que proceda una resolución, pues esta implica que el acreedor ya no tiene interés en que su deudor ejecute el contrato. Adicionalmente a la demanda de ineficacia podría solicitar un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer.
 - (iv) Resolver el suministro. Esta decisión implica -según lo ya expuesto en numeral anterior- que no podrá solicitar la ineficacia del contrato, pues si opta por la resolución, es porque ya no tiene interés en que el deudor ejecute el contrato, por lo que no sería coherente que demande la ineficacia del mismo ya que esta pretensión tiene como finalidad el cumplimiento del pacto de exclusividad. Adicionalmente a la resolución, podría solicitar un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer.
 - (v) Pedir la nulidad del contrato por fin ilícito -según lo ya estudiado en su oportunidad- o por cualquier otra causal de invalidez. Nótese que, si el contrato es nulo, entonces el beneficiario de la exclusividad no podría optar ni por resolver o ratificar el mismo, pues como bien sabemos, no se puede resolver un contrato que es nulo, en tanto que la resolución presupone un contrato válido. Del mismo modo, no es posible que se ratifiquen los actos nulos. La ratificación solo es posible respecto de algunos actos ineficaces en sentido estricto. Adicionalmente al pedido de nulidad, podría solicitar un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer.

perjuicio. **Esa es la razón por la cual era importante saber si es posible o no declarar ineficaz dicho contrato y cuál sería el tipo de ineficacia que corresponde aplicar.**

Y es que la declaratoria de ineficacia -estructural o en sentido estricto- del contrato celebrado implica que, en caso haya prestaciones pendientes por ejecutar, estas **ya no deberían realizarse** y, en caso de que antes de dicha declaratoria se haya realizado algún desplazamiento o ejecución prestacional, entonces estas deberán **restituirse**, puesto que el negocio es ineficaz desde un **inicio**, esto es, desde su celebración.

Nótese que la posibilidad de permitir al acreedor que solicite la ineficacia de un contrato a través del cual se le puede ocasionar un daño se encuentra también en los casos del fraude pauliano. En estos supuestos **no es necesario esperar a que se configure un perjuicio al acreedor**: la incobrabilidad de su crédito. Él puede solicitar -incluso si su crédito esté sujeto a condición o plazo, según lo dispuesto por el artículo 195 del Código Civil- la ineficacia de los contratos a través de los cuales el deudor pretenda disponer de sus bienes para **evitar** el perjuicio.

Basta entonces la sola verificación de la amenaza de daño (celebración del contrato entre la parte sujeta a exclusividad y el tercero en nuestro caso, o del deudor y el tercero en el caso del fraude pauliano) o un perjuicio efectivo (ejecución del contrato) para solicitar la ineficacia del mismo y de ese modo **evitar** que la amenaza se vuelva un daño cierto o **mitigar** el perjuicio que se viene ocasionado.

Ahora bien, como se recordará, anteriormente hemos señalado que una de las herramientas con las que cuenta el acreedor -en este caso el beneficiario de la exclusividad- para hacer **oponible de forma plena y efectiva su crédito** no solo al deudor sino también al **tercero** es, además de poder pretender la ineficacia del contrato y que se expidan las medidas cautelares pertinentes, solicitar a ambos un resarcimiento por los posibles daños que haya podido padecer a causa del incumplimiento de dicho deudor, incumplimiento en el que tuvo participación el tercero.

En el apartado que sigue nos enfocaremos en estudiar esta otra herramienta con la que cuenta el acreedor. Ello implica analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil que deben concurrir -tanto desde la óptica del deudor como del tercero- para que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria efectiva. Veamos:

3.2.7 Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil a efectos de que el acreedor pueda obtener una tutela resarcitoria plena

Conforme hemos mencionado en el apartado anterior, la solicitud de ineficacia del contrato celebrado por quien tenía la legitimidad restringida es una herramienta a través de la cual el acreedor logra oponer su crédito a su deudor y al tercero y así **evitar** que se genere un daño -pues impide que el contrato se ejecute- o **mitigar** el perjuicio que se le viene ocasionando -pues se paraliza la ejecución prestacional en curso y se debe restituir lo que se haya pagado hasta ese momento-. Esa es la mejor de las bondades de la ineficacia en la hipótesis de nuestro estudio. Sin embargo, es posible que -aunque en menor grado- la sola celebración del contrato le haya generado al acreedor un daño cierto que deba ser reparado a través de un resarcimiento.

Del mismo modo, si bien como consecuencia de la ineficacia se restituirán las prestaciones -lo cual es de sumo interés para el acreedor- es posible que, independientemente de ello, el mismo haya padecido algunos daños como consecuencia de la ejecución prestacional que se realizó hasta el momento en el cual se declaró ineficaz el contrato, con lo cual, también se le deberá resarcir por esos perjuicios.

Teniendo ello en cuenta, si el beneficiario de la exclusividad opta por oponer dicho pacto especial a su deudor y al tercero -lo cual implica pretender la ineficacia en sentido estricto del contrato que ellos celebraron- entonces, desde una óptica procesal y a efectos de lograr una oponibilidad efectiva de su crédito, debería solicitar como pretensión principal que se declare ineficaz dicho contrato y, en consecuencia, si el mismo aún no se ha ejecutado, que se impida su ejecución o, en caso ya se esté ejecutando, que se ordene el cese de su eficacia y que se restituya lo que se haya pagado hasta ese momento. Asimismo, como segunda pretensión principal debería solicitar el pago un resarcimiento por concepto de los daños que -de ser el caso- haya podido padecer por causa de la celebración y/o ejecución de dicho contrato.

Nos encontramos entonces frente a un solo hecho dañoso ocasionado por sujetos distintos (la parte sujeta a exclusividad y el tercero), lo cual implica una acumulación de responsabilidades. En este apartado nos ocuparemos de analizar los presupuestos de la responsabilidad civil que deben concurrir para que el beneficiario de la exclusividad pueda ser resarcido por ambos sujetos por los daños que haya podido padecer, de tal forma que la segunda pretensión principal de su

demanda pueda ser declarada fundada. Dichos presupuestos o elementos son los siguientes: **(i)** antijuridicidad, **(ii)** nexo de causalidad, **(iii)** factor de atribución y **(iv)** daño.

El análisis de dichos presupuestos se torna interesante pues ambos sujetos -como se habrá podido advertir- responderán bajo regímenes de responsabilidad distintos: la parte sujeta a exclusividad por responsabilidad contractual y el tercero por responsabilidad extracontractual²⁸¹. Pasemos a analizar cada uno de esos cuatro presupuestos desde ambas ópticas:

3.2.7.1 Antijuridicidad

Antes de analizar este requisito o elemento de la responsabilidad civil desde la óptica del deudor y del tercero, es necesario saber en qué consiste el mismo, cuál es su sustento normativo, y si nuestro sistema lo contempla bajo un régimen de tipicidad o de atipicidad. Ya en el apartado 3.1.3.1 - al cual nos remitimos- hemos desarrollado con detalle cada uno de esos aspectos, por lo que no es necesario analizarlos nuevamente.

Basta con señalar -a modo de síntesis- que la antijuridicidad debe ser definida o leída en sentido negativo: la acción u omisión que ocasiona un daño a otro sujeto solo es antijurídica cuando no tiene una causa de justificación que lo legitime. Es decir, la conducta que ocasiona el daño no es conforme a Derecho pues no tiene un soporte jurídico que tolere o admita el perjuicio. Hay antijuridicidad entonces cuando se ocasiona un daño sin poder justificarlo en determinadas causas admitidas por el sistema jurídico.

Esas causas de justificación son conocidas también como inmunidades. Al verificarse una de dichas causas, los daños generados se convierten en perjuicios autorizados por el sistema por lo que la conducta que los generó no es antijurídica sino plenamente jurídica, esto es, permitida

²⁸¹ Cabe recordar, conforme ya lo hemos advertido anteriormente, que si el tercero contrató a título oneroso y de buena fe entonces la eficacia de su contrato no se alterará para nada y no será responsable de ningún daño en tanto que actuó de buena fe. En estos casos es él quien tendrá la “sartén por el mango”. Teniendo ello en cuenta, el beneficiario de la exclusividad no podrá pretender la ineficacia del contrato y solo estará facultado para solicitar un resarcimiento por los daños que haya podido padecer únicamente a su deudor y no al tercero.

Del mismo modo, en caso el tercero haya contratado de buena fe, pero a título gratuito, entonces -si bien en ese caso sí procederá la ineficacia del contrato- tampoco será responsable de ningún perjuicio pues contrató de buena fe, por lo que el beneficiario de la exclusividad solo podrá solicitar un resarcimiento a su deudor y no al tercero. Para efectos de obtener esa reparación tómesese en cuenta de la presente sección los ítems relacionados al análisis de la responsabilidad civil que realizaremos desde la óptica del deudor, esto es, de la parte sujeta a exclusividad.

por el Derecho. Dichas inmunidades son las siguientes: **(i)** el ejercicio regular de un derecho, **(ii)** la legítima defensa y **(iii)** el estado de necesidad.

Respecto al sustento normativo de la antijuridicidad, conforme ya lo hemos detallado en su momento, el mismo se encuentra contemplado tácitamente en el artículo 1971 del Código Civil. A partir de este artículo se puede concluir que nuestro ordenamiento sí exige para la configuración de un supuesto de responsabilidad la necesaria verificación de una conducta que sea antijurídica. Finalmente, en dicha oportunidad también concluimos que la responsabilidad civil contractual no se estructura bajo un régimen de tipicidad sino de atipicidad.

Habiendo aclarado esos puntos, analicemos ahora la verificación de la antijuridicidad en la hipótesis de estudio que nos ocupa: la celebración del contrato por la parte sujeta a exclusividad y el tercero que **conocía** dicho pacto especial. Como bien sabemos, en virtud de este pacto el suministrante y/o suministrado se obligan a no transferir o recibir, respectivamente, los mismos bienes objeto del suministro -con lo cual adquieren la condición de deudor en ese aspecto- y como correlato a ello, el beneficiario de la exclusividad se convierte en el acreedor de dicho pacto al tener un crédito frente a su contraparte. La celebración del contrato con el tercero -y su ejecución- es el hecho que lesiona su crédito.

A continuación, estudiaremos desde la óptica del deudor -la parte sujeta a exclusividad- y del tercero cuáles serían las supuestas causas de justificación o inmunidades que podrían alegar cada uno de ellos y si las mismas tienen o no sustento. Ello nos permitirá saber si ambos incurrieron o no en una conducta antijurídica. Veamos:

3.2.7.1.1 Análisis desde la óptica del deudor

Antes de analizar las posibles inmunidades que podría invocar el deudor preguntémosnos ¿cuál es la conducta antijurídica que se le puede imputar a él? como bien sabemos, cuando en el marco de una relación contractual el deudor incumple su obligación -de forma absoluta o relativa- está lesionando el crédito de su acreedor (salvo que él mismo opte por tolerar ese incumplimiento).

En ese sentido, si como consecuencia del incumplimiento se generaron algunos daños en la esfera jurídica del acreedor, el deudor deberá resarcir los perjuicios que él haya padecido. Teniendo ello en cuenta, desde la óptica de la responsabilidad civil contractual, el deudor habrá

incurrido en una conducta antijurídica que consiste en la contravención del imperativo que tienen todo deudor de evitar generar un daño a su acreedor a causa del incumplimiento de sus obligaciones.

En eso consiste la conducta antijurídica del deudor, en haber vulnerado ese imperativo que apunta a que se **satisfagan** los créditos -intereses- y no se genere un daño al titular de los mismos a causa de un incumplimiento. Solo si existe una causa de justificación que legitime esa conducta podrá decirse que no actuó de forma antijurídica. Habiendo precisado ello, veamos ahora cuál es la posible inmunidad que la parte sujeta a exclusividad podría invocar a efectos de que pueda eximirse de responsabilidad en el marco del contrato que celebró con el tercero que conocía dicho pacto especial.

La causa de justificación que podría “razonablemente” invocar sería que contrató con dicho tercero en el ejercicio regular del derecho a la libertad de contrato del que goza cualquier sujeto. Como sabemos, en virtud de la libertad de contrato o de contratación, los sujetos son libres de: **(i)** decidir si contratan o no y **(ii)** decidir con quién contratan. En ese sentido, la parte sujeta a exclusividad podría invocar dicho derecho y señalar que es libre de decidir si transfiere o adquiere los mismos bienes objeto del suministro - es decir, es libre de decidir si contrata o no-; asimismo, que es libre de decidir con quién contrata -que en estos casos sería la competencia de su contraparte-.

Al respecto debemos precisar que este argumento -que no es correcto- ya fue analizado detenidamente cuando estudiamos la conducta antijurídica en la que incurrió el cedente en el caso del contrato de cesión de crédito. En el apartado 3.1.3.1.1 -al cual nos remitimos- hemos examinado de forma detallada por qué no es posible invocar el ejercicio “regular” de la libertad de contrato como una causa de justificación que exima de responsabilidad al deudor. Lo desarrollado en ese entonces resulta plenamente aplicable a este caso, por lo que no es necesario realizar un nuevo estudio sobre ello.

Basta con señalar -de forma sucinta- lo siguiente: no negamos que la libertad de contrato sea un derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho. Todos tenemos la potestad de decidir si contratamos o no y de elegir con quién contratar. Sin embargo, dicha libertad -como cualquiera- no es absoluta. No puede ejercerse la libertad de contratación de forma irrestricta como si no tuviera ningún tipo de limitación. Como bien sabemos, **el principal límite o restricción que**

tiene cualquier sujeto respecto a sus derechos subjetivos es no ocasionar a través de su ejercicio un perjuicio a los derechos de las demás personas.

En el caso que nos ocupa, es claro que cuando la parte sujeta a exclusividad incumple su obligación y contrata con el tercero en el ejercicio “regular” de su derecho a la libertad de contrato está lesionando el crédito que tiene el beneficiario de la exclusividad. **El ejercicio de ese derecho determina entonces el perjuicio directo de otro derecho subjetivo que nació con anterioridad al contrato.** Es por ello que no se puede admitir la invocación de esa “causa de justificación”.

Cabe precisar que cuando se repase los argumentos que hemos desarrollado en las páginas antes señaladas, al igual que en otras oportunidades, deberá reemplazarse algunos de los términos empleados en ese momento y ajustarlos al caso que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

Teniendo en cuenta que la conducta de la parte sujeta a exclusividad -consistente en el incumplimiento de dicho pacto especial- no tiene ninguna causa de justificación, en virtud a lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil, será responsable por los daños que haya podido padecer su acreedor, esto es, el beneficiario del señalado pacto²⁸². Veamos ahora si existe alguna inmunidad que el tercero pueda invocar a fin de que se exima de responsabilidad.

3.2.7.1.2 Análisis desde la óptica del tercero

Antes de analizar las posibles inmunidades que podría invocar el tercero debemos preguntarnos ¿cuál es la conducta antijurídica que se le puede imputar a él? como es claro, el tercero no es parte del contrato de suministro en el cual se encuentra el pacto de exclusividad. Siendo entonces un tercero que responderá a título de responsabilidad extracontractual, la conducta antijurídica en la que incurrió -como en cualquier caso de responsabilidad aquiliana- es haber incumplido el deber

²⁸² El artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*”

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

general de no causar un daño a nadie, deber que también es conocido en doctrina como el *alterum non laedere* o *neminem laedere*.

Ya en el apartado 2.1.2 hemos desarrollado de forma extensa en qué consiste este deber general de conducta. Simplemente cabe recordar que dicho deber alcanza a todas las personas y, en base a ella, todos nos encontramos prohibidos de afectar esferas jurídicas ajenas. Es un deber de abstención que grava a la generalidad de sujetos en virtud de la cual nadie puede obstaculizar o interferir en la satisfacción de las titularidades ajenas. Esto implica que nadie puede lesionar o menoscabar titularidades tales como el derecho a la vida, el derecho a integridad y a la salud, el honor, los datos personales, el derecho de propiedad y, qué duda cabe, también el derecho de crédito.

Habiendo aclarado ello, veamos ahora si el tercero vulneró o no dicho deber general de conducta. Esto implica analizar si los daños que haya padecido el beneficiario de la exclusividad a causa de la celebración y/o ejecución del otro contrato se encuentra justificada o no. Para ello es necesario analizar cuáles serían las inmunidades que “razonablemente” podría invocar dicho tercero a efectos de que se exima de responsabilidad. Veamos:

- (i) Al igual que en el caso de la parte sujeta a exclusividad, lo primero que podría alegar el tercero es que celebró el contrato con él en el marco del ejercicio regular de su derecho a la libertad de contrato. En ese sentido, señalaría que él tiene plena libertad para decidir si contrata o no con dicho sujeto.
- (ii) Podría invocar como medio de defensa a fin de que pueda eximirse de responsabilidad el hecho de que solo los derechos reales son susceptibles de ser opuestos *erga omnes* en tanto que los mismos son derechos absolutos, a diferencia de los derechos personales -como sería el caso del crédito que tiene el beneficiario de la exclusividad- que solo son oponibles *inter partes* en tanto que no tienen el carácter absoluto que tendrían aquellos.
- (iii) Finalmente, podría alegar que, en base al principio de la relatividad contractual, el pacto de exclusividad no podría alcanzarlo a él, pues los contratos solo surten efectos entre las partes y, al ser un tercero respecto a dicho acuerdo, entonces la obligación de no contratar

que pesa sobre la parte sujeta a exclusividad no puede extenderse o vincularlo a él por lo que podría contratar sin problema alguno con dicho sujeto y no sería responsable de nada.

Estos tres argumentos, que parecerían *a priori* contundentes y correctos, en realidad no tienen sustento alguno. Sobre estos puntos, debemos precisar que cada uno de dichos argumentos ya fueron analizados detenidamente cuando estudiamos la conducta antijurídica en la que incurrió el tercero cesionario en el caso del contrato de cesión de crédito. En el apartado 3.1.3.1.2 -al cual nos remitimos- hemos examinado de forma detallada -además de otros aspectos como la carga de la prueba de las inmunidades- por qué la invocación de dichas “causas de justificación” no son correctas. Lo desarrollado en ese entonces resulta plenamente aplicable a este caso, por lo que no es necesario realizar un nuevo estudio sobre ello.

Cabe precisar que cuando se repase los argumentos que hemos desarrollado en las páginas antes señaladas, al igual que en otras oportunidades, deberá reemplazarse algunos de los términos empleados en ese momento y ajustarlos al caso que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

A partir de todo lo expuesto en ese entonces, podemos concluir que no existen verdaderas inmunidades o causas de justificación en base a los cuales el tercero pueda eximirse de responsabilidad, por lo que, en virtud a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil,²⁸³ en caso el beneficiario de la exclusividad haya padecido algunos daños, será responsable conjuntamente con la parte sujeta a dicho pacto por todos ellos.

Habiendo determinado que no existe ninguna causa de justificación válida que la parte sujeta a exclusividad y el tercero puedan invocar a fin de que ambos se liberen de responsabilidad, queda claro entonces que ambos incurrieron en una conducta antijurídica, ilícita o injusta. Analicemos ahora -tanto desde la óptica del deudor como del tercero- el segundo elemento de la responsabilidad civil: el nexo de causalidad.

3.2.7.2 Nexo de causalidad

²⁸³ Artículo 1969.- “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Este presupuesto de la responsabilidad implica que exista una relación o correspondencia entre el autor de la conducta antijurídica y el daño causado. Entre dicha conducta y el perjuicio debe haber una relación de causa-efecto o de antecedente-consecuencia. Ahora bien, así como la antijuridicidad puede ser cuestionada a través de la invocación de alguna causa de justificación, el nexo de causalidad puede ser igualmente rebatido invocando alguna fractura causal o un resquebrajamiento del mismo.

Ya en el apartado 3.1.3.2 - al cual nos remitimos- hemos analizado en qué consiste cada una de ellas y cuáles son los supuestos que las conforman. Basta con señalar que las hipótesis de fractura causal son las siguientes: **(i)** la verificación de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, **(ii)** el hecho determinante de un tercero y **(iii)** el hecho determinante de la propia víctima. Por su parte, los supuestos de resquebrajamiento del nexo causal son: **(i)** el hecho concurrente de tercero y **(ii)** el hecho concurrente de la propia víctima.

En el caso del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero que conocía dicho pacto especial existe una peculiaridad, pues el daño que se haya podido ocasionar al beneficiario de dicho acuerdo no tiene a un solo sujeto como causante sino a dos: su contraparte en el suministro -quien se encuentra sujeto a la exclusividad- y el tercero. Esto determina que nos encontremos ante un supuesto de concurrencia o de pluralidad de causas, es decir, que son varios sujetos los que han ocasionado el perjuicio. Teniendo ello en cuenta, analicemos de qué forma y cuál sería el sustento normativo en base al cual responderían ambos sujetos.

3.2.7.2.1 Análisis desde la óptica del deudor

Como bien sabemos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, el deudor que incumple su obligación debe resarcir a su acreedor todos los daños que haya podido ocasionarle y que se hayan generado como consecuencia inmediata y directa de tal inejecución²⁸⁴.

²⁸⁴ En efecto el artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*”

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)”.

En el caso del pacto de exclusividad que nos encontramos estudiando la verificación del nexo de causalidad respecto del deudor -la parte sujeta a dicho pacto especial- es clara y no admite discusión alguna. En efecto, cuando dicha parte contrata con el tercero -competencia de su contraparte- y transfiere y/o adquiere los mismos bienes objeto del suministro está incurriendo en incumplimiento absoluto de su obligación, pues se había obligado antes a no transferir y/o adquirir dichos bienes.

Entonces, en caso el beneficiario de la exclusividad haya padecido algunos daños como consecuencia de dicho incumplimiento, su deudor deberá resarcirlo, pues es a causa de dicha inejecución que se generó el perjuicio. Se puede evidenciar entonces la relación antecedente (incumplimiento) - consecuencia (daño).

3.2.7.2.2 Análisis desde la óptica del tercero

En el caso del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero, es claro que este último responderá por los daños que haya podido padecer el beneficiario de dicho pacto especial bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual, pues él es justamente un tercero respecto al pacto de exclusividad que se encuentra contenido en el contrato suministro.

No tiene ninguna relación contractual que lo vincule con el beneficiario de la exclusividad a partir del cual haya surgido alguna situación jurídica que haya sido vulnerada por él. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1985 del Código Civil, la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada²⁸⁵.

La pregunta que surge de inmediato es ¿qué implica que la relación de causalidad sea adecuada? Ya en las páginas 338-340 -a los cuales nos remitimos- hemos analizado qué se debe entender por ese tipo de causalidad. Basta con señalar que lo fundamental a efectos de verificar que exista una causalidad adecuada es determinar si el hecho generador del daño es idóneo o no -

²⁸⁵ En efecto, el artículo 1985 establece lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una **relación de causalidad adecuada** entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

de acuerdo al curso normal y ordinario de la experiencia- para producir dicho perjuicio. De no ser así, entonces no existirá una causa adecuada.

En el caso que nos ocupa, es claro que existe una relación de causalidad adecuada entre la participación del tercero en el contrato que celebró como adquirente y/o transferente de los mismos bienes del suministro y los daños que se hayan podido ocasionar al beneficiario de dicho pacto especial como consecuencia de ello.

Y es que, de acuerdo a la experiencia normal u ordinaria en el ámbito de los contratos, es perfectamente posible representarse que si el tercero contrata con la parte sujeta al pacto de exclusividad **a sabiendas** de que existía dicho acuerdo especial por el cual este se había obligado a no transferir y/o adquirir los mismos bienes objeto del suministro -con lo cual está contribuyendo a la configuración del incumplimiento- se produzcan ciertos perjuicios para el beneficiario del pacto especial y, como es claro, él también será responsable por esos daños.

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora podemos concluir que tanto la parte sujeta a exclusividad -deudor- como el tercero deberán responder conjuntamente por los daños que haya podido padecer el beneficiario de dicho acuerdo. Nos encontramos entonces ante un supuesto de concurrencia de causas en el cual ambos son causantes de los daños. Y es que para que el deudor incumpla se requiere la **participación necesaria** del tercero, pues solo puede incumplir cuando adquiere y/o transfiere a este último los mismos bienes objeto del suministro.

Ahora bien, respecto al sustento normativo en base al cual puede invocarse la concurrencia de causas de la parte sujeta a exclusividad y del tercero, en las normas relativas a la inejecución de obligaciones no existe ninguna disposición que establezca o regule este supuesto. No hay ninguna norma que disponga que el deudor y el tercero que concurrió con él en la producción del daño deberán responder de forma conjunta por los perjuicios ocasionados al acreedor. Sin embargo, en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual sí existe una disposición que regula este supuesto de pluralidad de causas. Nos referimos al artículo 1983 del Código Civil el cual establece lo siguiente:

Artículo 1983.- *“Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los*

participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

Sobre la aplicación de esta disposición normativa al caso que nos ocupa podría objetarse dos cosas:

En primer lugar, podría señalarse que el artículo 1978 del Código Civil es la norma que en realidad debería ser aplicada. Dicha norma establece que: *“también es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo”*. En nuestro caso, se diría que es claro que el tercero **ayudó** a la parte sujeta a exclusividad a causar un daño al beneficiario de dicho pacto especial, por lo que debería ser responsable en base a dicha disposición normativa.

En segundo lugar, se diría que el artículo 1983 no puede ser invocado para imputar una responsabilidad conjunta a la parte sujeta a exclusividad y al tercero en tanto que dicha norma, al encontrarse ubicada dentro las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual, solo resulta aplicable cuando los sujetos que son responsables del daño respondan, todos ellos, a título de responsabilidad extracontractual y, en este caso, dado que la parte sujeta a exclusividad responderá bajo el régimen de la responsabilidad contractual, entonces sería claro que no podría aplicarse dicho artículo.

Al respecto, debemos mencionar que estas dos objeciones ya fueron estudiadas detenidamente cuando analizamos la verificación del nexo de causalidad de parte del cesionario respecto al daño ocasionado al cedido en el marco de la celebración del contrato de cesión de crédito. En el apartado 3.1.3.2.2 -al cual nos remitimos- hemos examinado de forma detallada por qué ambas objeciones no son correctas. Lo desarrollado en ese entonces resulta plenamente aplicable a este caso, por lo que no es necesario realizar un nuevo estudio sobre ello.

Cabe precisar que cuando se repase los argumentos que hemos desarrollado en las páginas antes señaladas, al igual que en otras oportunidades, deberá reemplazarse algunos de los términos empleados en ese momento y ajustarlos al caso que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, crédito por los bienes del suministro, etc.).

Basta con señalar que en dicha oportunidad concluimos que la norma que resulta aplicable al caso del contrato de cesión de crédito -y también al supuesto que nos encontramos estudiando ahora: suministro con exclusividad- es el artículo 1983 y no el 1978 del Código Civil, pues este último regula el supuesto de la incitación y complicidad en la generación del daño, mientras que aquel el de la concurrencia de causas o la coautoría y, tanto el cesionario en el caso del contrato de cesión como el tercero en el caso que nos ocupa ahora, **no son meros cómplices o instigadores sino autores conjuntos de los daños ocasionados al acreedor.**

Teniendo ello en cuenta, el beneficiario de la exclusividad -acreedor lesionado- podría elegir si demanda solo a la parte sujeta a exclusividad, al tercero o a ambos por el íntegro de los daños que haya podido padecer en atención a la solidaridad establecida por el señalado artículo.

En atención a todo lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que es evidente la relación de causalidad que existe tanto de la parte sujeta a exclusividad como del tercero respecto a los daños que haya podido padecer el beneficiario de dicho pacto especial. Ellos dos son los causantes del perjuicio y deberán responder solidariamente frente al acreedor.

Analicemos ahora -tanto desde la óptica del deudor como del tercero- la verificación del tercer elemento de la responsabilidad civil: el factor de atribución.

3.2.7.3 Factor de atribución

El factor de atribución es uno de los elementos necesarios para que se configure un supuesto de responsabilidad civil. En virtud de dicho presupuesto se califica la conducta antijurídica que generó el daño. Ahora bien, existen dos criterios o factores de atribución bajo los cuales un sujeto puede ser responsable: el factor de atribución subjetivo y el factor de atribución objetivo.

Ya en el apartado 3.1.3.3 -al cual nos remitimos- hemos analizado en qué consiste ambos factores de atribución. Basta con señalar que bajo el criterio subjetivo el causante del daño solo será responsable en la medida que haya actuado con dolo o culpa. Por su parte, el factor de atribución objetivo implica que el daño se haya ocasionado a través de un bien o una conducta riesgosa o peligrosa.

Teniendo ello en cuenta, es claro que el sistema bajo el cual deberán responder tanto el tercero como la parte sujeta a exclusividad por los daños que haya podido padecer el beneficiario de dicho pacto especial será el subjetivo y no el objetivo en atención a lo siguiente: como bien sabemos, a través del pacto de exclusividad, el suministrante y/o el suministrado se obligan a no transferir y/o adquirir, respectivamente, los mismos bienes del suministro a un tercero. El contrato por el cual finalmente ceden y/o adquieren dichos bienes es el que genera la lesión del crédito del beneficiario de la exclusividad y los eventuales perjuicios que pueda padecer.

Teniendo ello en cuenta, nos preguntamos ¿la celebración de dicho contrato y su ejecución -en sí mismos- es una actividad riesgosa o peligrosa para el beneficiario de la exclusividad? es claro que no. La convergencia de una oferta y una aceptación no configura una actividad de peligro por ningún lado para dicho sujeto. Siendo ello así, tanto el tercero como la parte sujeta a exclusividad estarán sujetos a un régimen de responsabilidad subjetiva.

Esto implica que para que sean responsables debe verificarse la presencia del dolo o la culpa en cada uno de ellos. Pasemos a analizar entonces bajo cuál de dichas atribuciones subjetivas actuaron ambos sujetos en el marco del contrato que celebraron cuando existía de por medio un pacto de exclusividad conocido por el tercero.

3.2.7.3.1 Análisis desde la óptica del deudor

Conforme a lo ya desarrollado anteriormente, la parte sujeta a exclusividad responderá bajo el régimen de la responsabilidad contractual subjetiva. Este régimen de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil el cual indica lo siguiente: “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por **dolo, culpa inexcusable o culpa leve.** (...)*”. Como se observa, en cuanto al factor de atribución subjetivo se refiere, dicha disposición normativa establece tres criterios bajo los cuales el deudor puede ser responsable a causa de un incumplimiento absoluto o relativo: el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve.

Desde ya debemos mencionar que es claro que tanto la parte sujeta a exclusividad como el tercero -que conocía dicho pacto especial- no responderán bajo el criterio de la culpa leve. De eso no queda la menor duda pues no es posible sostener que cuando el deudor incumplió su obligación negativa al transferir y/o adquirir los mismos bienes del suministro al tercero, ambos

hayan actuado o contratado -dando lugar a la lesión del crédito del beneficiario de dicho acuerdo especial- bajo una negligencia leve u ordinaria o bajo un descuido o una imprudencia mínima o ligera.

Ello no es así. La “duda” se encontraría entonces en si la parte sujeta a la exclusividad incumplió su obligación de no contratar bajo el criterio subjetivo del dolo o de la culpa inexcusable. Nosotros creemos que dicho incumplimiento fue realizado dolosamente. Para sustentar ello es necesario saber primero qué implica o qué se entiende por dolo en el marco del incumplimiento de obligaciones.

Al respecto, en el apartado 3.1.3.3.1 -al cual nos remitimos- hemos estudiado con detenimiento qué se debe entender por dicho factor de atribución subjetivo. Basta con señalar que el dolo está configurado por la **intención deliberada** de incumplir una obligación de forma absoluta o relativa. Nótese que no es necesaria la intención directa de ocasionar un daño o un perjuicio al deudor, sino que basta con incumplir de forma voluntaria y consciente la obligación.

Sobre la base de lo expuesto en dicha oportunidad, podemos concluir entonces que la parte sujeta a exclusividad incumplió su obligación de no transferir y/o adquirir los mismos bienes del suministro de manera dolosa. **Cuando él incumple -es decir, cuando dispone y/o adquiere dichos bienes- no lo hace a causa de una negligencia grave. No celebra el contrato y lo ejecuta por un descuido o por una impericia, con lo cual queda descartada una actuación culposa.**

En realidad, cuando contrata es consciente de que está vulnerando el pacto de exclusividad y, a pesar de ello, decide no dar marcha atrás. El hecho de que él haya contratado con o sin el ánimo de dañar o perjudicar al beneficiario de la exclusividad no enerva en la más mínimo el hecho de que su incumplimiento sea doloso, pues basta la sola consciencia y el actuar deliberado de incumplir para que se configure ese criterio de atribución.

Ahora bien, la principal consecuencia jurídica de que un deudor haya incumplido su obligación con dolo o culpa inexcusable es que será responsable no solo por los daños que se hayan podido prever cuando ella fue contraída, sino también responderá por los daños **imprevisibles**. Esto se desprende claramente del último párrafo del artículo 1321 cuando establece que: “(...) si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que

ella fue contraída”. Entonces, si la reparación deberá cubrir solo los daños previsibles cuando se haya incumplido por culpa leve, es claro que si se incumplió con dolo o culpa inexcusable se deberá resarcir todos los daños, es decir, tanto los previsibles como los imprevisibles.

Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 1330 del Código Civil, será el beneficiario de la exclusividad quien deberá probar que su contraparte incumplió su obligación de forma dolosa²⁸⁶. En el caso que venimos estudiando la prueba del incumplimiento doloso de la parte sujeta a exclusividad es un aspecto que no reviste problema alguno dado que, como ya hemos mencionado antes, es evidente que no existe un descuido o una negligencia grave u ordinaria en su conducta -el no contrata por imprudencia- con lo cual el dolo en el incumplimiento es manifiesto.

Analicemos ahora el factor de atribución subjetivo desde la óptica del tercero.

3.2.7.3.2 Análisis desde la óptica del tercero

Como es evidente, el tercero responderá bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual subjetiva. Este régimen de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 1969 del Código Civil el cual indica lo siguiente: *“aquel que por **dolo o culpa** causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”*. Como se observa, en cuanto al factor de atribución subjetivo se refiere, dicha disposición normativa establece que el causante solo será responsable si ocasionó el daño dolosa o culposamente.

En el caso que venimos estudiando, es a todas luces claro que el tercero contribuyó a que se lesione el crédito del beneficiario de la exclusividad de forma dolosa por la sencilla razón de que él **conocía** el pacto de exclusividad a través del cual la parte sujeta a dicho pacto especial se había obligado a no transferir y/o adquirir los mismos bienes del suministro. A **sabiendas** de esa restricción contraída voluntariamente por dicha parte decidió contratar con él y adquirir y/o

²⁸⁶ En efecto, el artículo 1330 establece que: *“la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*.

transferir esos bienes. El conocimiento efectivo del pacto determina entonces que el tercero haya actuado dolosamente²⁸⁷.

Nótese que, al igual que en el caso del deudor, no es necesario que el tercero haya contratado con la intención directa de dañar o perjudicar al beneficiario de la exclusividad para que se configure el dolo. Basta con que **deliberadamente** haya decidido transferir y/o adquirir los mismos bienes del suministro a pesar de **conocer** que existía el referido acuerdo especial. Esto determina que es **consciente** de que con su conducta puede ocasionar un potencial daño al beneficiario de la exclusividad. Esta consciencia determina entonces que su conducta sea calificada como dolosa²⁸⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el tercero luego de haber celebrado el contrato se entera de la existencia del pacto de exclusividad? ¿ese conocimiento sobreviniente determina que él deba rehusarse a ejecutar las prestaciones pendientes de ese contrato porque ya se enteró de que el sujeto con cual contrató se había obligado antes a no contratar? de no proceder así ¿su conducta se tornaría en dolosa? esta interrogante, como se habrá podido advertir, ya fue analizada y respondida en el apartado 3.2.5.2.3, al cual nos remitimos.

Basta con señalar que en dicha oportunidad concluimos que el hecho de que el tercero se entere luego de celebrado el contrato sobre la existencia del pacto de exclusividad no implica que su conducta adquiera sobrevinientemente una connotación dolosa y que deba dejar de ejecutar el negocio que celebró por la sencilla razón de que el requisito de **la buena fe -lo cual supone el desconocimiento del pacto- solo debe exigirse y tenerse al momento de la celebración del contrato y no durante toda la ejecución del mismo, hasta cuando ella finalice**. Entonces, el

²⁸⁷ Este conocimiento del tercero sobre la existencia del pacto de exclusividad puede haberse dado porque la propia parte sujeta a exclusividad le advirtió sobre ello, porque el beneficiario de dicho pacto especial le comunicó fehacientemente que existía el mismo o porque se enteró por cualquier otro medio sobre dicho acuerdo.

²⁸⁸ Por lo general, como ya se mencionó en su momento, una persona toma la decisión deliberada y consciente de realizar una conducta que puede ocasionar un daño -a pesar de que no tenga la intención directa de ocasionar el perjuicio- porque a través de esa conducta busca obtener una determinada ventaja para sí mismo.

Por ejemplo, sería el caso del tercero que, si bien puede que no tenga la intención de dañar al beneficiario de la exclusividad, decida adquirir y/o transferir los mismos bienes del suministro por la gran utilidad económica que esta representa para su negocio (aunque es consciente de que con esa conducta puede ocasionarle un perjuicio, decide contratar deliberadamente por la ventaja o el provecho que ello supone). En uno u otro caso, sin embargo, estaremos ante la hipótesis del dolo, es decir, se tenga o no la intención de perjudicar, pues basta con la sola consciencia de que se puede generar un perjuicio y a pesar de eso actuar siendo indiferentes a ello.

conocimiento sobreviniente de dicho pacto no determina que la conducta del tercero se convierta en dolosa, por lo que no tendrá responsabilidad alguna²⁸⁹.

Habiendo despejado esa duda, debemos advertir otro punto sobre el tercero que contrató habiendo conocido el pacto de exclusividad. Al ser responsable a título de responsabilidad extracontractual, está sujeto a un régimen de reparación integral, esto implica que deberá responder no solo por los daños previsibles sino también por los perjuicios imprevisibles que haya podido padecer el beneficiario de la exclusividad. Ya en las páginas 360-361 -a los cuales nos remitimos- hemos analizado cuál es la razón por la cual en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se debe responder por ambos tipos de daños²⁹⁰.

Respecto a quién tiene la carga de la prueba del dolo, el artículo 1969 del Código Civil establece que será el supuesto causante -o sea el tercero- quien deberá probar la ausencia de dicho criterio de atribución subjetivo. En efecto, dicho artículo establece que: “(...) *El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. Sobre este artículo, ya en las páginas 361 y siguientes -a los cuales nos remitimos- hemos analizado si el mismo -de acuerdo a lo expuesto

²⁸⁹ Hasta acá hemos analizado el supuesto en el cual el tercero contrató habiendo conocido el pacto de exclusividad. Si a pesar de ese conocimiento tomó la decisión de contratar, entonces será responsable de los posibles daños que haya podido padecer el beneficiario de la exclusividad a título de dolo. Sin embargo, al igual que en el caso del pacto de *non cedendo*, debemos preguntarnos, ¿es posible que el tercero haya contratado no conociendo, sino habiendo podido conocer el pacto de exclusividad? en otras palabras, ¿existe la posibilidad de que el tercero haya incurrido en una conducta culposa?

Nosotros creemos que dicha posibilidad es casi nula o imposible. Lo que ocurre es que en estos casos -suministro con exclusividad- no existe en estricto una conducta diligente que el tercero deba realizar a efectos de que pueda llegar a advertir la existencia del pacto de exclusividad en tanto que no existen, como en otros casos, algunos medios a través de los cuales pueda llegar a conocer dicho acuerdo. Ya en su momento hemos mencionado que cuando -por ejemplo- lo que está de por medio en el marco de un contrato es la adquisición de un bien registrado, entonces el sujeto que pretenda adquirir algún derecho sobre dicho bien deberá -diligentemente- revisar qué es lo que informa el registro y la posesión sobre dicho bien.

En el caso del pacto de *non cedendo* hemos concluido que el cesionario debería revisar, además del registro (SIGM), el instrumento a partir del cual nace la acreencia que pretende adquirir. En ambos casos, esas son las conductas diligentes que el adquirente debería realizar, de lo contrario, podría incurrir en una conducta culposa. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no existe un registro que el tercero deba revisar **-los bienes muebles materiales que se dan en suministro y el pacto de exclusividad no son registrables-**, y no existe un hecho jurídico relevante -como sería el caso de la posesión- del cual deba percatarse a efectos de que pueda advertir la existencia del pacto de exclusividad. Es por ello que es muy remoto -casi imposible- que el tercero contrate de forma culposa, es decir, habiendo podido conocer el pacto de exclusividad.

²⁹⁰ Anteriormente hemos demostrado que la parte sujeta a exclusividad, al haber incumplido su obligación de no contratar dolosamente, también está sujeto a un régimen de reparación integral. Entonces, ambos causantes deberán resarcir los daños previsibles e imprevisibles que haya podido padecer el acreedor.

por algunos autores nacionales- establece una regulación correcta o no en cuanto a la inversión de la carga de la prueba se refiere.

A partir de lo expuesto en ese entonces podemos concluir que, en el caso que venimos analizando, si el beneficiario de la exclusividad alega que el tercero es responsable por haber actuado dolosamente deberá probar que él conocía el pacto de exclusividad. Es él quien está en mejor aptitud de probar ese hecho, por lo que, en virtud de la carga dinámica de la prueba, la inversión probatoria realizada por el artículo 1969 deberá desplazarse y será el beneficiario de la exclusividad quien tendrá la carga de probar el dolo del tercero (conocimiento del pacto).

Finalmente, un último aspecto a tener en cuenta es el siguiente: nosotros hemos señalado que cuando la parte sujeta a exclusividad y el tercero contratan con la intención de perjudicar al beneficiario de dicho pacto especial el contrato será nulo, pero cuando no tengan esa finalidad sino la de satisfacer intereses legítimos dignos de tutela -y el tercero haya conocido el pacto de exclusividad-, entonces el negocio será solo ineficaz. Nótese que, en ambos casos, sin embargo, desde la óptica de la responsabilidad civil, estaremos igualmente ante la hipótesis del dolo.

En efecto, si ambas partes contrataron con la **intención** de lesionar la esfera jurídica del beneficiario de la exclusividad entonces, ese ánimo de dañar, en sí mismo, determina que se configure una conducta dolosa. Del mismo modo, si ambas partes contrataron no con esa intención sino con la finalidad de satisfacer intereses legítimos, pero siendo plenamente **conscientes** de que podían generar un perjuicio a dicho sujeto -el conocimiento del pacto de exclusividad así lo confirma-, entonces también estaremos en el ámbito de una actuación dolosa.

Entonces la pregunta que surge es ¿por qué en la hipótesis en la cual la parte sujeta a exclusividad y el tercero contrataron sin la intención de dañar el contrato no será nulo a pesar de que la conducta de ambos sigue siendo dolosa? ¿no sería incongruente sostener por un lado que ambos son responsables civilmente por los daños generados al beneficiario de dicho pacto especial a título de dolo y por el otro que el contrato a través del cual se generó el perjuicio no es nulo sino solo ineficaz? ¿cómo entender que una conducta comercial dolosa no acarrea nulidad sino solo ineficacia?

Estas preguntas -que invitan a pensar a que existiría una contradicción- fueron analizadas con detenimiento cuando estudiamos el caso del contrato de cesión de crédito. Ya en las páginas

365-368 -a los cuales nos remitimos- hemos estudiado con detalle la relación que existe entre la nulidad, la ineficacia y el dolo en el ámbito de la responsabilidad civil. Lo desarrollado en dicha oportunidad resulta plenamente aplicable al caso que venimos estudiando ahora. En base a lo expuesto en ese entonces se podrá concluir que el hecho de que el beneficiario de la exclusividad oponga a su contraparte y al tercero dicho pacto especial y a partir de la teoría general del negocio jurídico alegue que el contrato es solo ineficaz no es en lo absoluto incompatible con que luego pretenda un resarcimiento a título de dolo.

Cabe precisar que cuando se repase los argumentos que hemos desarrollado en las páginas antes señaladas, al igual que en otras oportunidades, deberá reemplazarse algunos de los términos empleados en ese momento y ajustarlos al caso que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, crédito por los bienes muebles del suministro, etc.).

En atención a todo lo expuesto anteriormente podemos concluir que tanto la parte sujeta a exclusividad -deudor- como el tercero que contrató habiendo conocido dicho pacto especial, responderán por los daños ocasionados al beneficiario de dicho acuerdo a título de dolo, por lo que deberán resarcirlo por los daños previsibles e imprevisibles que haya podido padecer.

Analicemos ahora la verificación del cuarto y último elemento de la responsabilidad civil: el daño.

3.2.7.4 Daño

Respecto a la definición de lo que jurídicamente constituye un daño, el profesor Taboada ha señalado que: “(...) se han propuesto en la doctrina muchas definiciones o intentos de definir el daño que origina una responsabilidad civil. Sin embargo, la fórmula más exacta nos parece aquella que define el **daño jurídicamente indemnizable** como toda **lesión a un interés jurídicamente protegido (...)**” (énfasis agregado) (Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2013, pág. 72).

En el caso que nos ocupa se deberán resarcir los posibles daños ciertos que se hayan podido ocasionar al beneficiario de la exclusividad. Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con

lo establecido por el artículo 1331 del Código Civil, será él -acreedor- quien deberá probar los daños y su cuantía²⁹¹. Nótese que, si logra probar solo la existencia del daño, pero no es posible determinar su cuantía, entonces será el juez -o el árbitro- quien deberá fijarlo con valoración equitativa²⁹².

Un aspecto adicional que se debe tener en cuenta es el tratamiento de la mora en las obligaciones de contenido negativo o de no hacer, como es el caso del pacto de exclusividad que venimos estudiando. Como bien sabemos, para que el deudor responda de los daños que haya podido ocasionar al acreedor por efecto del retraso en el que incurrió, es necesario que lo haya constituido en mora, pues solo a partir de ese momento será responsable de los perjuicios que le haya ocasionado.

Así lo establece el artículo 1336 del Código Civil el cual señala lo siguiente: “*el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente (...)*”. Como se puede observar, solo el deudor que ha sido constituido en mora responderá de los daños ocasionados al acreedor por el retraso en el que incurrió. Esto implica que desde la fecha en la cual se debió ejecutar la obligación hasta cuando fue constituido en mora no deberá pagar monto alguno por concepto de resarcimiento.

¿Cuál es la razón por la cual no será responsable por lo que ocurra en dicho periodo? lo que sucede es que en ese lapso de tiempo el deudor se encuentra bajo lo que se conoce en doctrina como un plazo de gracia o demora. Este plazo es un periodo de tiempo adicional -distinto al plazo primigenio- que el acreedor otorga al deudor para que pueda cumplir su obligación. Entonces, si el acreedor le concede este beneficio al deudor, debe entenderse que este último se encuentra en “uso” de ese derecho -plazo de gracia-.

Es por ello que el deudor solo deberá responder por los daños que se hayan producido desde que fue constituido en mora. Teniendo en cuenta esto último y regresando al caso que nos

²⁹¹ En efecto, dicho artículo establece lo siguiente: “*la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

²⁹² Así lo establece el artículo 1332 del Código Civil: “*si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*”.

ocupa, la primera pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Es posible que el deudor de una obligación de no hacer quede constituido en mora? en otras palabras ¿se puede hablar de retardo en las obligaciones de contenido negativo? nosotros creemos que en algunos casos sí es posible la constitución en mora en este tipo de obligaciones.

Como bien sabemos, el retardo no es otra cosa que la inejecución oportuna de una determinada obligación que aún es posible de ejecutar. Esto implica que no es posible hablar de retardo en aquellos casos en los cuales la prestación no es susceptible de ejecución tardía. En el marco de las obligaciones de no hacer, podrá haber retardo entonces solo en la medida de que la prestación sea susceptible de ejecución tardía.

Así, por ejemplo, si la obligación consiste en no revelar un secreto y finalmente se revela el mismo -es decir, no se ejecuta la obligación- entonces no es posible que dicha prestación sea cumplida tardíamente. En cambio, si la obligación consistía en no abrir un establecimiento comercial y se incumple dicha obligación -es decir, se abre el local- entonces, en este caso, sí es posible que la prestación se ejecute tardíamente, esto es, que se empiece a no hacer: que se cierre el local.

En nuestro caso, conforme a lo ya señalado reiteradamente, el pacto de exclusividad implica que el suministrante y/o suministrado no transfieran y/o adquieran, respectivamente, los mismos bienes del suministro a los competidores de su contraparte. Entonces, si uno de ellos finalmente contrata con dichos competidores y empieza a entregarles o recibe los mismos bienes, es claro que sí es posible que dejen de realizar o hacer dicha actividad. Pueden empezar a no hacer -aunque tardíamente- y dejar de ejecutar el contrato que celebraron. Esto implica que es posible que el acreedor de dicho pacto especial pueda requerirle al deudor -constituirlo en mora- para que cumpla su obligación, con lo cual sí es posible hablar de retardo en estos casos.

Siendo ello así, en aplicación del artículo 1336 del Código Civil, podemos concluir que el acreedor -el beneficiario de la exclusividad- solo podrá solicitar -además de la ineficacia del contrato- un resarcimiento por los daños que haya podido padecer desde la fecha en la cual el deudor se encontraba en una situación de morosidad. El cómputo de los daños se deberá realizar desde esa fecha.

Ahora bien, un aspecto fundamental que no debe perderse de vista sobre el tema de la constitución en mora es que puede ocurrir que las partes hayan celebrado una relación obligatoria bajo un régimen de mora automática -mora *ex re*-, con lo cual no será necesaria la intimación del acreedor para que el deudor quede constituido en mora, pues este se encontrará en dicha situación desde la fecha en la cual debía cumplir la obligación y no lo hizo.

Puede ocurrir entonces que el suministrante y el suministrado celebren el pacto de exclusividad a favor de uno de ellos o de ambos y establezcan un régimen de mora automática en caso se incumpla dicha obligación negativa. En este caso, los daños se computarán entonces desde la fecha en la cual se produjo el incumplimiento.

Un último aspecto a tener en cuenta es la proporción del pago de los daños que deberán asumir los causantes del mismo. En la medida de que tanto la parte sujeta a exclusividad como el tercero responderán como coautores del perjuicio, dado que ambos tuvieron una participación igualmente significativa en el hecho dañoso -la confluencia de ambos fue necesaria para que se celebre y ejecute el contrato con el cual se incumplió la obligación de no contratar-, entonces el juez -o el árbitro- determinará que cada uno de ellos pague la mitad del monto total de los daños (previsibles e imprevisibles), pues el grado de participación de cada uno fue igual.

A partir de lo todo lo expuesto anteriormente podemos concluir entonces que tanto la parte sujeta a exclusividad como el tercero que conocía dicho pacto especial serán responsables -en calidad de coautores- por los daños ciertos que haya podido padecer el acreedor. Ha quedado claro que no existe ninguna inmunidad o causa de justificación que puedan invocar a efectos de que se descarte la conducta antijurídica en la cual incurrieron ambos.

Del mismo modo, se ha verificado la existencia del nexo de causalidad entre dichas conductas y el daño y el factor de atribución subjetivo de ambos sujetos. Teniendo ello en cuenta, el beneficiario de la exclusividad podrá exigir al deudor, al tercero o ambos el íntegro de la reparación en atención a que responderán solidariamente por los daños ocasionados.

Hasta acá hemos analizado los elementos de la responsabilidad civil que deben verificarse para que el acreedor -en base a ellos- pueda reclamar un resarcimiento tanto a su contraparte como al tercero. Ahora bien, un aspecto importante que no debe perderse de vista son los plazos de prescripción que el beneficiario de la exclusividad debe tener en cuenta para dirigirse contra uno

u otro, no solo para efectos de interponer una pretensión resarcitoria sino también para solicitar la ineficacia (estructural o en sentido estricto) del contrato que celebraron.

Como se habrá podido advertir, los plazos para la interposición de casi todas esas pretensiones son distintos, por lo que podría generarse algunos inconvenientes de orden práctico que el beneficiario de la exclusividad deberá tener en cuenta. Veamos cuáles son dichos plazos y en base a ellos cómo se podrían conjugar cada una de esas pretensiones.

3.2.8 Sobre los plazos de prescripción de las pretensiones resarcitorias y de la ineficacia del contrato

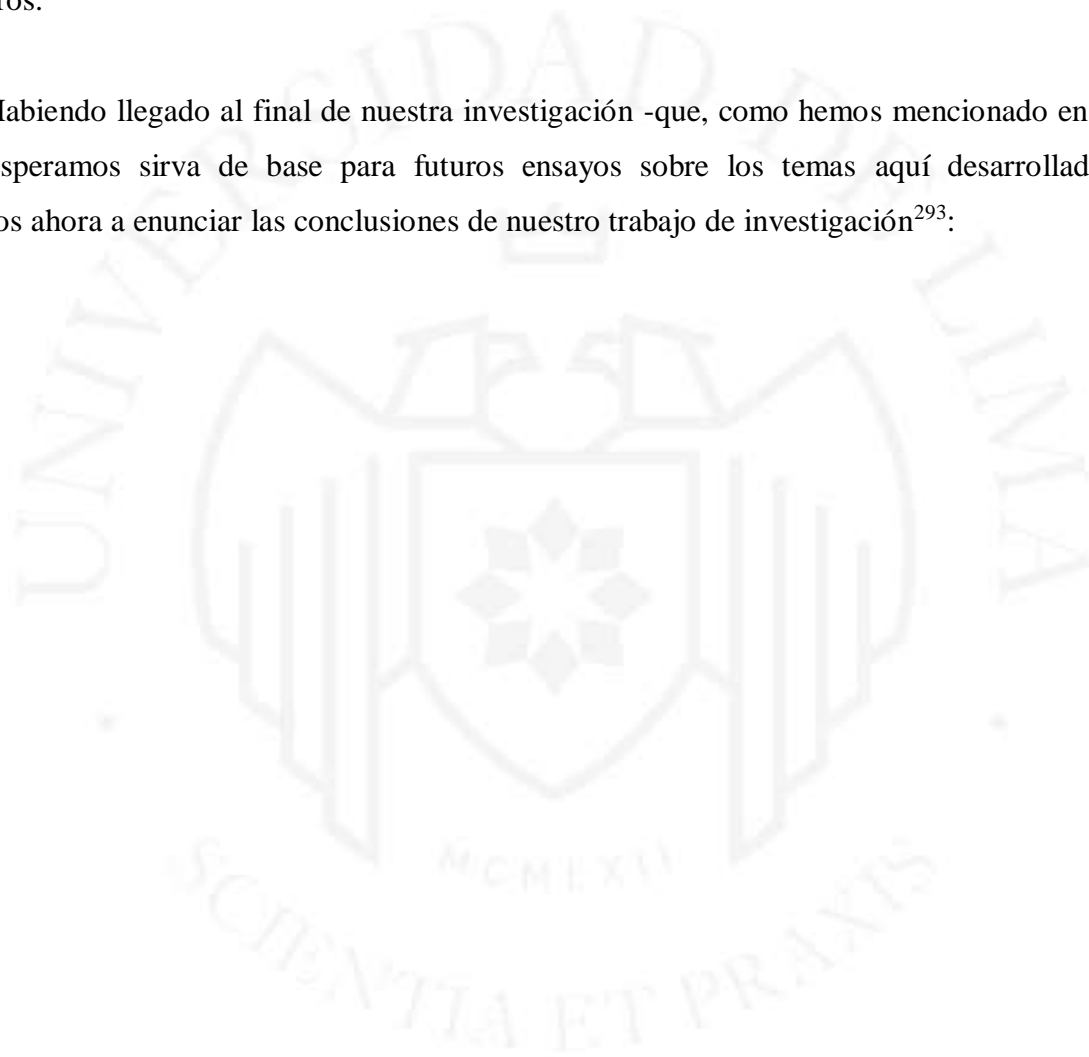
Debemos precisar que este tema de los plazos de prescripción de las pretensiones antes señaladas ya fue analizado con detenimiento cuando estudiamos los problemas prácticos que podría tener el cedido cuando decida demandar la ineficacia (estructural o en sentido estricto) del contrato de cesión, así como el resarcimiento por los daños que haya podido padecer. Ya en el apartado 3.1.4 -al cual nos remitimos- hemos estudiado con detalle cuáles son dichos problemas y qué aspectos se debe tener en cuenta al respecto.

Lo desarrollado en dicha oportunidad resulta plenamente aplicable al caso que venimos estudiando ahora, por lo que no es necesario volver a analizar nuevamente el tema. Solamente debemos precisar que cuando se repase los argumentos que hemos desarrollado en las páginas antes señaladas, al igual que en otras oportunidades, deberá reemplazarse algunos de los términos empleados en ese momento y ajustarlos al caso que nos encontramos estudiando ahora (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, crédito por los bienes del suministro, etc.).

Con esto hemos culminado: **(i)** el estudio de la ineficacia (estructural y en sentido estricto) del contrato celebrado por la parte sujeta a exclusividad y el tercero, **(ii)** las medidas cautelares que podría solicitar el beneficiario de la exclusividad en el marco del proceso que haya iniciado o pretenda iniciar, **(iii)** el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil que se deben verificar para que se dirija contra su deudor y contra dicho tercero a efectos de que obtenga un resarcimiento por los daños que haya podido padecer y **(iv)** los principales aspectos que debe tener en cuenta respecto a los plazos de prescripción de cada pretensión.

Queda demostrado entonces que el acreedor puede dirigirse sin problema alguno contra el tercero que lesionó su crédito culposamente de forma conjunta con su deudor. No debe olvidarse que la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato celebrado entre su deudor y el tercero, así como las medidas cautelares que sean pertinentes y el hecho de que pueda requerir un resarcimiento no solo a aquel sino también a este no son sino herramientas a través de las cuales puede oponer de forma plena su crédito a dicho tercero. Queda descartado entonces ese mito de que el acreedor solo podía dirigirse contra su deudor y no contra los terceros.

Habiendo llegado al final de nuestra investigación -que, como hemos mencionado en un inicio, esperamos sirva de base para futuros ensayos sobre los temas aquí desarrollados- pasaremos ahora a enunciar las conclusiones de nuestro trabajo de investigación²⁹³:



²⁹³ Debido a que una parte de lo desarrollado en el transcurso de la investigación respecto al caso del contrato de cesión de crédito resulta aplicable al supuesto del suministro con exclusividad, no es necesario que repitamos dos veces la misma conclusión para ambos casos, por lo que al final de cada conclusión -de ser necesario- colocaremos que ella misma también se aplica a la hipótesis del suministro. Cabe precisar que, en esos casos, conforme a lo ya advertido en varias oportunidades anteriores, deberá reemplazarse algunas palabras y ajustarlas al supuesto del suministro con exclusividad (cedido por beneficiario de la exclusividad, cedente por la parte sujeta a exclusividad, etc.).

CONCLUSIONES

1. Es posible que no solo el deudor, sino también un tercero ajeno a la relación contractual lesione el interés crediticio del acreedor. Una de las hipótesis de dicha lesión en la que participa un tercero ocurre cuando este, conjuntamente con el deudor, celebra un contrato incompatible con el interés del acreedor. En estos casos, la tutela crediticia que tiene el acreedor se extiende a tal punto de que no solo podría dirigirse contra su deudor, sino que es posible que oponga su crédito al tercero. Las herramientas con las cuales cuenta para hacer efectiva dicha oponibilidad -en el marco de los supuestos que hemos estudiado en esta investigación (pacto de *non cedendo* y pacto de exclusividad en un suministro)- son tres: **(i)** solicitar la ineficacia -en sentido estricto- del contrato celebrado entre su deudor y el tercero, **(ii)** solicitar las medidas cautelares que resulten idóneas y **(iii)** requerir a ambos un resarcimiento por los daños que haya podido padecer.
2. Con la pretensión de ineficacia y las medidas cautelares que solicite logrará que el contrato celebrado por el tercero y su deudor no sea ejecutado, de ese modo, evitará que se lesione su interés crediticio y el surgimiento de un perjuicio. En caso la ejecución del contrato ya esté en marcha, la declaratoria de ineficacia del mismo determina, además de la restitución prestacional respectiva, que se deje de ejecutar dicho negocio, con lo cual se mitigarán los daños que se vienen ocasionando y, a través de la pretensión resarcitoria, podrá obtener un resarcimiento por los perjuicios que haya padecido.
3. La posibilidad de que en estos casos se pueda oponer el crédito al tercero no determina una vulneración a la regla de la relatividad contractual, pues esta categoría jurídica, en rigor, es distinta a la oponibilidad. En efecto, si bien no es posible imponer obligaciones -de dar, hacer o no hacer- a los terceros (relatividad), ello no implica que los mismos cuenten con una licencia abierta para lesionar los intereses crediticios de los acreedores, pues todos ellos tienen el deber general de no menoscabar esos y otros derechos (oponibilidad). Esto determina que la oponibilidad *erga omnes* es una característica propia de todas las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, sin importar si llevan el rotulado de “real” o “personal”. Y es que tanto los derechos reales como los derechos personales deben tener el mismo grado de protección y tutela.

4. En el caso del contrato de cesión de crédito celebrado por el cesionario que conocía o podía conocer el pacto de *non cedendo*, el cedido podrá solicitar la ineficacia -en sentido estricto- de dicho contrato y un resarcimiento a él y al cedente por los daños que haya podido padecer. Sin embargo, si el cesionario no conocía o no podía conocer dicho pacto y adquirió el crédito a título oneroso, entonces mantendrá su adquisición y no será responsable de nada. En este caso, el cedido solo podrá dirigirse contra el cedente y requerirle el pago de un resarcimiento por los perjuicios que haya podido padecer a causa de su incumplimiento (lo mismo ocurre en el caso del suministro con exclusividad).

5. Ahora bien, si el cesionario desconocía el pacto de *non cedendo*, pero adquirió el crédito a título gratuito, entonces la demanda de ineficacia -en sentido estricto- que interponga el cedido será fundada, sin embargo, solo podrá solicitar un resarcimiento al cedente y no al cesionario pues este actuó de buena fe. Por su parte, el cesionario podrá dirigirse contra el cedente y requerirle el pago de un resarcimiento por los daños que haya podido padecer al haberse frustrado su adquisición (lo mismo ocurre en el caso del suministro con exclusividad).

REFERENCIAS

- Aftalión, E., & Vilanova, J. (1980). *Introducción al Derecho* (11 ed.). Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil*. (L. León, Trad.) Lima: Jurista Editores.
- Avendaño Arana, F. (2009). Garantía mobiliaria preconstituida y garantía a non domino. En *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (Vol. II). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barboza Beraún, E., & Miranda Gómez, J. (2014). La ineficacia en cadena. Extensión de los efectos de la “ineficacia” en los “contratos conexos”. *Advocatus*(27).
- Barchi Velaochaga, L. (Enero de 2003). La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades desde las situaciones jurídicas subjetivas. Lima, Perú.
- Barchi Velaochaga, L. (7 de Noviembre de 2015). ¿Qué son las buenas costumbres? (A. F. Académico, Editor) Lima. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de https://www.youtube.com/watch?v=_KJpJqJC1EI&t=907s
- Barchi Velaochaga, L. (s.f.). *Medicina Forense*. Recuperado el 21 de Noviembre de 2019, de www.medicinaforenseperu.org/contenido.php?contenido=28&pagina=2#.Xdb7o5MzY2w
- Benavides Torres, E. (1998). De comerciantes, protectores y justicieros: Algunos comentarios al contrato de suministro en el Código Civil peruano. *Advocatus Nueva Época*(1).
- Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones* (Vol. I). (J. L. Mozos, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Bigio, J. (1998). *Exposición de motivos oficial del Código Civil : hipoteca, pago, derecho de retracto, registros públicos* . Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Bigliuzzi Geri, L., Breccia, U., Busnelli, F., & Natoli, U. (1995). *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica* (Vol. I). (F. Hinestroza, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bullard González, A. (2011). *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima: Ara Editores.
- Bustamante Salazar, L. (2017). La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. *Revista Jurídica de la Universidad de Bernardo O'Higgins*.
- Castillo Freyre, M., & Sabroso Minaya, R. (Diciembre de 2008). *Artículos*. Recuperado el 06 de Junio de 2019, de

- Dabin, J. (1955). *El Derecho Subjetivo*. (F. J. Osset, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- De Castro y Bravo, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño*. (Á. M. Sarrión, Trad.) Barcelona: Bosch.
- De La Puente y La Valle, M. (2011). *El contrato en general* (Vol. I). Lima: Palestra Editores.
- De Los Ángeles Murillo, M. (1997). Numerus Clausus vs. Numerus Apertus ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia? *Ius Et Praxis*(27).
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (7 ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Del Vecchio, G. (1980). *Filosofía del Derecho*. (L. L. Lacambra, Trad.) España: Bosh.
- Diez Picazo, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (2 ed., Vol. I). Madrid, España: Tecnos.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato* (5 ed., Vol. I). Madrid: Civitas.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias* (5 ed., Vol. II). Madrid: Civitas.
- Escobar Rozas, F. (1998). El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. *Ius et Veritas*(16).
- Escobar Rozas, F. (1999). Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico. *Revista de Derecho PUCP*(52).
- Escobar Rozas, F. (2001). Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva. *Themis*(38).
- Escobar Rozas, F. (2001). Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil. *Ius et Veritas*(22).
- Escobar Rozas, F. (2003). Causales de nulidad absoluta. Comentario al artículo 219 del Código Civil. En *Código Civil comentado* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espin Canovas, D. (1982). Manual de Derecho Civil Español. *Revista de Derecho Privado, I*.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (6 ed.). Lima: Rodhas.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Los principios contenidos en el título preliminar de Código civil peruano del 1984 : análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Grijley.

- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (3 ed.). Lima: Rodhas.
- Espinoza Espinoza, J. (2015). ¿Prescripción de la pretensión de ineficacia ex artículo 161 del CC? *Diálogo con la jurisprudencia*(200).
- Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. (19 de julio de 1987). *El Peruano*.
- Fernández Arévalo, Á. (1996). *La lesión extracontractual del crédito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Franzoni, M. (1997). La tutela aquiliana del contrato. *Themis*(35).
- García Maynes, E. (1965). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Gherzi Silva, E. (22 de Agosto de 2011). Recuperado el 06 de junio de 2019, de <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-9-%E2%80%93-dos-conceptos-de-derecho-de-propiedad/>>.
- Giorgianni, M. (1958). *La obligación*. Barcelona: Bosh.
- Huanco Piscoche, H. (2005). Plazos prescriptorios. Comentario al artículo 2001.4. En *Código Civil comentado* (Vol. X). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ihering, R. V. (1964). *La Dogmática Jurídica*. (E. Príncipe y Satorres, Trad.) Buenos Aires: Lozada.
- Kelsen, H. (1977). *Teoría Pura del Derecho*. (M. Nilve, Trad.) Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires.
- León Barandiarán, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil. Concordado con el Código Civil de 1984* (Vol. I). Lima: WG.
- Lohmann Luca De Tena, G. (1994). *El negocio jurídico* (2 ed.). Lima: Grijley.
- Ludwig, E., Kipp, T., & Wolff, M. (1953). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Vol. I). (B. P. Alguer, Trad.) Barcelona: Bosh.
- Mazeaud, H. y., & Tunc, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Vol. I). (A. Zamora, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de Derecho Civil* (Vol. I). (L. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1978). *Lecciones de Derecho Civil* (Vols. I, Segunda Parte). (L. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires.
- Mejorada Chauca, M. (2014). Los Derechos sobre bienes y el numerus clausus. *Themis* (66).
- Mejorada Chauca, M. (30 de Mayo de 2016). Contingencias: Aplicación de la Fe Pública Registral. Lima. Recuperado el 06 de junio de 2019, de <https://www.youtube.com/watch?v=iZf6vt8-K6g>

- Mejorada Chauca, M. (21 de Enero de 2016). VIII Pleno Casatorio Civil y la protección a terceros. Lima: Themis. Recuperado el 06 de Junio de 2019, de <https://www.youtube.com/watch?v=sEKkQE2TQ5s>
- Melich-Orsini, J. (2014). *Doctrina general del contrato* (5 ed.). Caracas.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. IV). (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-Améric.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. II). (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-Améric.
- Morales Hervias, R. (2006). *Estudios sobre la teoría general del contrato*. Lima: Grijley.
- Morales Hervias, R. (2008). Las situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*(19).
- Morales Hervias, R. (2014). La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*(192).
- Morales Hervias, R. (2014). La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto. *Actualidad Jurídica*(230).
- Morales Hervias, R. (2016). La falta de legitimidad del contrato: inoponibilidad o ratificación. *Diálogo con la Jurisprudencia*(208).
- Nicoló, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*(12).
- O'Neill De La Fuente, C. (2017). No todo lo que brilla es oro: apariencia del derecho y protección de los terceros de buena fe. *Themis*(70).
- Ortega Piana, M. (2002). Aspecto personal de las garantías hipotecaria y prendaria reguladas por el Código Civil y posibilidad de constitución a non domino. *Ius et Praxis*(33).
- Ortega Piana, M. A. (2013). Algunas notas a considerar para la lectura del Código Civil en materia de suministro. *Advocatus*(27).
- Osterling Parodi, F. (Noviembre de 2010). *Artículos*. Recuperado el 06 de junio de 2019, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones* (1 ed.). Lima: Palestra Editores.
- Pasco Arauco, A. (26 de Enero de 2016). *Enfoque Derecho*. (Themis, Productor) Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <https://www.enfoquederecho.com/2016/01/26/viii-pleno-casatorio-venta-de-bien-social-por-un-solo-conyuge-que-esta-realmente->
- Pérez Lasala, J. L. (1967). *Derechos Reales y Derechos de Crédito, consideración especial del arrendamiento*. Buenos Aires: Depalma.

- Planiol, M. (1945). *Tratado elemental de Derecho Civil* (Vol. I). (J. Cajica, Trad.) México.
- Priori Posada, G. (2000). La representación negocial. Del derecho romano a la codificación latinoamericana. *Ius et Veritas*(20).
- Priori Posada, G. (2003). Ratificación del acto jurídico. Comentario al artículo 162 del Código Civil. En *Código Civil comentado* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos Támara, A. (25 de Diciembre de 2017). *Blog Agnitio*. (R. Advocatus, Productor) Recuperado el 06 de Junio de 2019, de <http://agnitio.pe/articulos/hasta-cuando-puedo-solicitar-que-me-liberen-de-un-contrato-inexistente-apuntes-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-inexistencia-negocial-como-categoria-distinta-a-la-invalide/>
- Revoredo De Debakey, D. (. (1985). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. , Lima.
- Ronquillo Pascual, J. (2009). La lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*(131).
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. (E. A. Deho, Trad.) Lima: Gaceta Jurídica.
- Savigny, F. C. (s.f.). *Sistema de Derecho Romano Actual* (Vol. I). (J. M. Poley, Trad.) Madrid: Góngora.
- Schlesinger, P. (1998). La injusticia del daño en el ilícito civil. *Themis*(39).
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual* (3 ed.). Lima: Grijley.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Grijley.
- Torres Vásquez, A. (1998). *Acto Jurídico*. Lima: San Marcos.
- Ugarte Vial, J. (26 de Octubre de 2016). *Legal*. (D. E. Mercurio, Productor) Recuperado el 06 de Junio de 2019, de <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/10/26/oportunidad-a-terceros-de-la-promesa-de-contrato-y-del-pacto-de-preferencia.aspx>
- Vidal Ramírez, F. (1999). *El Acto Jurídico* (4 ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Von Tuhr, A. (1998). *Parte General del Derecho Civil Alemán. Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*. (T. Ravá, Trad.) Madrid.
- Zusman Tinman, S. (s.f.). Recuperado el 06 de Junio de 2019, de <https://es.scribd.com/document/266726999/La-Causa-Del-Contrato>
- Zusman Tinman, S. (1993). Teoría de la invalidez y la ineficacia. *Ius et Veritas*(7).

QAD

