

# INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL E INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

Renzo E. Saavedra Velazco\*

*A pesar de que la inducción al incumplimiento contractual es una figura aceptada legislativamente en el Perú desde hace casi veinte años (pues se incluyó en el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), existen muy pocos estudios en los que se aborde esta figura, incluso tampoco abundan las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en las que se aclaren sus difusos contornos. En mi opinión, la situación se torna preocupante cuando se observa la vinculación de esta figura con áreas que poseen una nutrida bibliografía, como la responsabilidad civil, o a teorías a las que se dispensa suma atención en las aulas universitarias, como la teoría del incumplimiento eficiente. Por ello, en las siguientes páginas intentaré resaltar tales vinculaciones y, desde luego, brindar algunas luces acerca de la configuración de esta figura gracias al empleo de herramientas de corte funcional y otras de naturaleza conceptual.*

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, nro. 35 (invierno de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Estudio Osterling. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad ESAN. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho de Empresa con mención en Derecho del Mercado en la UPC. Obtuvo un diploma de Especialización en el Programa Latinoamericano de *Law and Economics*, auspiciado por George Mason University y por la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (Alacde). Es miembro de la Associazione Italiana di Diritto Comparato y de Alacde. Además, es árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

## 1 Premisa

No existen muchos temas que tengan la potencialidad de ser tan controvertidos como el que es materia del presente artículo. Casi desde el propio instante en que esta figura fue admitida, por ejemplo, en el sistema inglés en el caso *Lumley vs. Gye*, las críticas no han cesado (y ya se han cumplido 160 años desde esa sentencia). Además, las críticas no se limitan al campo jurídico, pues han alcanzado aspectos económicos, doctrinales e incluso políticos.

Así las cosas, no espero eliminar la controversia en las siguientes páginas. Es más, si bien deseo aclarar algunos extremos de la discusión, también admitiré que “echaré más leña al fuego”. En efecto, mi intención es abordar las dificultades que se generan con esta doctrina a causa de sus difusos contornos. Su gran extensión queda por demás evidenciada cuando se añaden perspectivas vinculadas a la represión de actos de competencia desleal y formulaciones como la teoría del incumplimiento eficiente (que tanta cabida alcanza en los foros universitarios).

Teniendo en mente un contexto como el descrito, quiero aterrizar un poco en el método. En el ensayo se emplearán conceptos dogmáticos, como situación jurídica y tutela *erga omnes*, pero a su vez se sumarán los aportes del *Law and Economics*. Hasta aquí la labor parece en extremo complicada, pero me comprometo, en la medida de mis propias limitaciones, a ser lo más claro posible.

Para este objetivo, dividiré el presente artículo en tres secciones. En la primera parte expondré el verdadero alcance del principio *res inter alios acta* y la escasa vinculación que este tiene con la tutela *erga omnes* del derecho de crédito. Luego, en la segunda sección, abordaré la vinculación existente entre la inducción al incumplimiento contractual y la *efficient breach theory*, para lo cual dividiré en tres paradigmas los casos que pueden ser reconducidos a esta última teoría. En la tercera sección, quizá el más importante a los ojos del abogado litigante, expondré en qué casos tiene sentido económico la interferencia de un tercero y, por ende, cuando la posible justificación que emplee aquel importará que tal conducta no se constituya en un acto de competencia desleal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo es solo el punto de partida para un estudio más extenso y detallado en el que abordaré integralmente el fenómeno de la interferencia de terceros en una

relación contractual. Sin embargo, tal esfuerzo deberá esperar, pues considero aconsejable ofrecer primero un marco general.

## 2 Iniciando el itinerario: Apuntes sobre la relatividad contractual y la tutela *erga omnes* del derecho de crédito

Tengo que iniciar esta sección admitiendo que la diferencia ontológica y funcional entre lo que es la oponibilidad *erga omnes* del derecho de crédito y la coercibilidad relativa de una relación contractual (o de la relación obligatoria) pasa desapercibida para un sector de la doctrina. Por ello hay que aclarar este punto prestando atención a:

- i) los intereses privados que sirven de presupuesto a aquellas situaciones jurídicas involucradas; y
- ii) la conducta desplegada por quien ostenta esa titularidad, aspecto que incluirá a los sujetos a quienes este opone –directa o indirectamente– tal prerrogativa.

El principio de relatividad de los efectos contractuales no es más que la expresión negativa de la autonomía privada. En efecto, si, en sentido positivo, se reconoce que un individuo ostenta el poder jurídico de crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídico-negociales, se debe, en sentido negativo, también admitir que tal sujeto no tendría por qué encontrarse vinculado por un contrato del que no es parte. De igual manera, es el principio *res inter alios acta* el que justifica por qué los efectos contractuales se limitan a quienes lo suscribieron, lo cual queda más claro en lo que atiene a aquellos efectos que –a nivel potencial o real– perjudican nuestro patrimonio jurídico (al eliminar prerrogativas favorables o al incrementar las desfavorables)<sup>1</sup>.

En sintonía con lo afirmado, a continuación analizaré cómo se ejerce y por qué se protege una situación jurídica como el crédito. Cuando se afirma que alguien ostenta un “deber jurídico” (entendido en sentido técnico)<sup>2</sup>, se alude a que esta persona tendrá que ejecutar determinada conducta –sea positiva o negativa– que posee la aptitud de satisfacer –de modo inmediato y directo– una necesidad que es experimentada por otro sujeto (su contraparte o acreedor). En tal sentido, y de modo correlativo, se puede afirmar que aquel sujeto que deberá recibir o que se beneficiará con esta conducta será el titular de un derecho subjetivo.

Desde un punto de vista funcional, estaremos frente a un deber de naturaleza obligacional si la conducta desplegada por este sujeto es susceptible de satisfacer, por ella misma, de manera directa e inmediata, el interés de su contraparte. Vale decir, si el titular del derecho de crédito no recibe los beneficios esperados de la conducta de su deudor, entonces permanecerá en un estado de insatisfacción, mientras que, por el contrario, si se verifica la conducta adeudada el acreedor verá satisfecha la necesidad que motivó la creación del “deber” en su contraparte y además se producirá la extinción de la relación obligatoria por cumplimiento de su objeto.

En mi opinión, el esquema de una relación jurídico-obligatoria (la cual se encuentra compuesta en un extremo por un deber jurídico en sentido estricto y por un correlativo derecho subjetivo) se sintetizaría –en atención a los intereses privados involucrados y siempre que se cumpla adecuadamente con el comportamiento adeudado– de la siguiente manera:

**Manifestación fisiológica  
(derecho relativo-deber de cooperación)<sup>3</sup>**

Situación de insatisfacción	Situación de insatisfacción
Ejecución de comportamiento debido	

Por su parte, en caso de que no se verifique el comportamiento a cargo del deudor, el esquema sería el siguiente:

**Manifestación patológica  
(derecho relativo-deber de cooperación)<sup>4</sup>**

Situación de insatisfacción	Situación de insatisfacción
Inejecución de comportamiento debido	

Según el esquema trazado, se percibe que determinada persona busca la colaboración de otra cuando no es capaz, por sí misma, de satisfacer una necesidad que la aqueja<sup>5</sup>. Ante ello se extraerá una conclusión preliminar: la conducta exigida al sujeto gravado con el deber tiene la aptitud de satisfacer –de manera directa e inmediata– la nece-

sidad que experimenta el titular del derecho subjetivo. La conducta del deudor satisface directamente el interés del acreedor, en tanto que esa conducta resulta ser el vehículo por el que se transmite u otorga el beneficio que llevó al acreedor a vincularse con su deudor; por otro lado, digo que la conducta del deudor es la que satisface inmediatamente la necesidad del acreedor, en virtud de que no se requiere ningún acto o declaración adicional para alcanzar tal resultado.

En definitiva, el derecho subjetivo que se despliega en una relación obligatoria o contractual se condensa en la posibilidad de pretender de otro individuo (el deudor) un comportamiento a fin de satisfacer un interés propio.

Para completar el esquema sugerido, esbozaré las peculiaridades de un deber de naturaleza extracontractual. Así, desde un punto de vista funcional, estamos frente a un deber genérico<sup>6</sup> cuando la conducta que se exige al sujeto gravado solamente satisface de manera indirecta y mediata el interés del titular del derecho subjetivo.

Como es natural, en los deberes de naturaleza extracontractual (o de convivencia pacífica) no es que el titular del derecho subjetivo requiera de la existencia de un vínculo que lo enlace con otro sujeto para lograr la satisfacción de su interés<sup>7</sup>. El comportamiento que se exige al sujeto gravado solamente tiene por propósito evitar que se manifieste algún tipo de impedimento que afecte perjudicialmente el libre ejercicio del derecho asignado. En tal sentido, la finalidad de la atribución del deber radica en que cierta situación de hecho y/o de derecho que existe en un momento dado (de ordinario el momento en que las titularidades se asignan) permanezca invariable. Es decir, la conducta exigida al sujeto gravado con el deber jurídico es un “presupuesto” para satisfacer el interés del titular del derecho y no el medio por el que se alcanza esa satisfacción. En términos precisos, el único sujeto que puede decidir sobre la satisfacción del interés relevante es el propio derechohabiente.

Así, la situación inicial del titular de este derecho subjetivo es de satisfacción. Esto significa que la conducta del sujeto gravado con el deber no es necesaria para satisfacer ninguna necesidad que aqueje al titular del derecho. Por su parte, la conducta del sujeto gravado con el deber sí puede afectar negativamente el libre ejercicio del derecho asignado, sea menoscabando este derecho o creando un obstáculo para su ejercicio. Tal comportamiento *contra ius* provoca, sin contar con la anuencia del titular del derecho, un cambio en el estado de

las cosas y tornando la situación de satisfacción en una situación de insatisfacción.

Con el esquema sugerido, en un caso de responsabilidad extracontractual encontraremos, por un lado, un deber genérico y, por otro lado, un correlativo derecho subjetivo. Ahora bien, si se presta atención a los intereses privados en juego y si se cumple con el comportamiento exigido por ley, el esquema sería:

**Manifestación fisiológica  
(derecho absoluto-deber de conservación)<sup>8</sup>**

Situación de satisfacción	Situación de satisfacción
Ejecución de comportamiento debido	

Como se explicó, la conducta del sujeto gravado no satisface ninguna necesidad del titular del derecho subjetivo (ya que no existe), sino que únicamente tenderá a la conservación del statu quo. Por su parte, cuando no se verifica el comportamiento que la ley exige, el esquema sería el siguiente:

**Manifestación patológica  
(derecho absoluto-deber de conservación)<sup>9</sup>**

Situación de satisfacción	Situación de insatisfacción
Inejecución de comportamiento debido	

Así se observa inequívocamente la diferencia, en atención a los intereses privados en juego y en cómo se efectúa su ejercicio, existente entre, por un lado, los deberes y derechos de naturaleza contractual, y, por otro lado, los deberes y derechos de naturaleza extracontractual.

¿Para qué sirve evidenciar esta configuración de los derechos y deberes? Sencillo, con esto se identifica el error en el que incurre un sector doctrinal que confunde la intangibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas, cuya oponibilidad es de carácter *erga omnes* y se aplica en fase patológica<sup>10</sup>, con la coercibilidad jurídica que se justifica en tales situaciones con vistas a satisfacer el interés que le sirve de presupuesto, aspecto que se presenta únicamente en la fase fisiológica y

únicamente para el caso del deber y derecho que conforman una relación de carácter obligacional. En cambio, la coercibilidad *erga omnes* en la fase fisiológica solamente se predica respecto de los denominados derechos de la personalidad o derechos de naturaleza análoga, mientras que el resto de derechos únicamente se pueden exigir fisiológicamente a un individuo o a un conjunto determinado (o determinable) de sujetos.

Merced a lo antes expuesto se constata que ambas modalidades de derechos pueden llegar a ser afectadas en fase patológica por cualquier miembro de la colectividad<sup>11</sup>. Sin embargo, aun en este escenario existe una diferencia esencial entre los intereses en juego, lo cual creo haber demostrado, por lo que no resulta admisible aquella posición doctrinal que afirmó la absoluta sinonimia entre tales derechos.

¿Qué relevancia tiene lo anterior respecto de la inducción al incumplimiento contractual y a la aplicación del dogma de la relatividad del contrato? Soy de la opinión que su trascendencia resulta incalculable. La idea subyacente al principio de relatividad del contrato se condensa en que, de ordinario, un sujeto no puede crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas sobre la esfera jurídica ajena a “nivel fisiológico”, sin contar con la anuencia de su titular, toda vez que esto importaría lesionar el aspecto negativo de la autonomía privada (aunque existen algunas excepciones a tal dogma). Sin embargo, este principio no da carta blanca para que los terceros interfieran en relaciones contractuales de las que no son parte, pues si bien no tienen el deber de satisfacer el interés que sirve de presupuesto a la situación creditoria (esto a nivel fisiológico recae justamente en quien resulte ser el deudor), sí tienen el deber de no perjudicar el (libre) desenvolvimiento de una relación jurídica instaurada entre dos o más individuos (una conducta dañosa que se concretaría en el “nivel patológico” de la relación obligatoria).

Si no se diferencian con claridad los derechos y deberes de naturaleza obligacional de aquellos que tienen un cariz extracontractual, se puede sustentar que resultan artificiosas las categorías de derechos reales y derechos personales. El asunto no queda allí. No afinar el análisis podría llevar a que alguien proponga unificar responsabilidades (lo cual, en clave a los intereses privados, es un despropósito) y la irresponsabilidad de los terceros por lesionar una relación contractual.

La responsabilidad del tercero por la infracción de derechos obligacionales no está reconocida expresamente en los códigos civiles,

pero hay que admitir que su construcción resulta posible si se presta atención a fenómenos puntuales. Por ejemplo, en la “teoría del riesgo” se admite la posibilidad de que un tercero sea el causante de la pérdida o destrucción del objeto materia de la operación, por lo que el deudor será liberado sin su culpa por el incumplimiento en el que incurrirá: ¿el acreedor no puede demandar al tercero?, ¿si es posible tal pretensión, no se estaría admitiendo la tutela de un derecho obligacional frente a terceros? Otro caso: los códigos civiles también admiten que el deudor se exonere de responsabilidad frente a un incumplimiento cuando acontece un evento a él no imputable, una de cuyas modalidades sería el hecho determinante de tercero: ¿no se puede demandar al tercero por los daños que esa situación le generará al acreedor?, ¿no se admitiría así la tutela aquiliana del crédito?

Creo que huelgan mayores comentarios.

### 3 Un debate omitido: la vinculación entre la inducción al incumplimiento contractual y la teoría del incumplimiento eficiente

Antes que nada me interesa resaltar la común, y errada, percepción acerca de que uno de los primeros impulsos dirigidos a sustentar la teoría del incumplimiento eficiente habría sido dado por el juez estadounidense Oliver Wendell Holmes jr., que se convirtió en un remoto precursor de esta teoría. Desafortunadamente la impresión enunciada se ha extendido muchísimo en la causa de la constante referencia a un breve pasaje de uno de los artículos que, a finales del siglo XIX, publicó el ilustre autor. En efecto, en el pasaje en cuestión HOLMES afirma que:

“El deber de cumplir un contrato en el *Common Law* no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello”<sup>12</sup>.

Así, se arguye que este pasaje marcó el punto de partida del itinerario por el que la judicatura estadounidense llegó a concluir que la única sanción frente al incumplimiento contractual era el desembolso de un monto dinerario por concepto de resarcimiento (negándose la posibilidad del acreedor de requerir la ejecución forzada o *specific performance*) y que el deudor tendría un hipotético derecho de opción a incumplir.

No niego que una importante base ideológica de la teoría del incumplimiento eficiente resida en la prevalencia del remedio resarcitorio, pero no me animaría a sostener que tal peculiaridad del *Contract Law* estadounidense soporta en su integridad la *efficient breach theory*. En efecto –como expuse en otra oportunidad<sup>13</sup>–, existen factores estructurales en los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law*<sup>14</sup> (en particular en el modelo estadounidense) que son capaces de estimular o, por el contrario, inhibir el desarrollo de la teoría del incumplimiento eficiente.

De vuelta al error histórico, creo que quienes ven a Holmes como un precursor de la teoría del incumplimiento eficiente deberían reevaluar tal apreciación a la luz de la siguiente opinión: “La persistente impresión de que sostengo que la promesa de un hombre se centra en realizar X o el pago de un resarcimiento. No creo que un hombre prometa pagar un resarcimiento bajo un contrato más de lo que ello sucede en la responsabilidad extracontractual. Aquí quien realiza un acto se torna responsable en caso de que no se verifique un determinado hecho, mientras que el acto ejecutado *simpliciter* en perjuicio de alguien lo hace responsable extracontractualmente”<sup>15</sup>.

Si se emplea esta última opinión como índice para interpretar el pasaje con el que se inició el presente acápite, podría concluirse que Holmes consideraba al incumplimiento como un ilícito que presentaba contornos similares a la responsabilidad extracontractual. Ante ello pienso que difícilmente alguien que sostiene que determinado acto resulta ilícito –por lo que se debe sancionar su acaecimiento– pueda considerar al propio tiempo que ese acto resulta el ejercicio de un derecho (cuyo contenido sería la comisión de tal conducta), por lo que debo reconocer que discrepo de quienes afirman la existencia de un “derecho de opción de incumplir”<sup>16</sup>. Cabría añadir que cualquier propuesta que intente respaldar u obtener legitimidad del pasaje de *the path of the law* citado es errada, en tanto que su interpretación resulta contraria a la propia opinión de Holmes<sup>17</sup>.

En este sentido, el papel que Holmes desempeñó en otras áreas torna casi imposible cualquier propuesta que insista en contarle como uno de los promotores de la creación de la teoría del incumplimiento eficiente. Tal afirmación se sustenta en un dato de orden histórico-doctrinal: la importante labor que desempeñó Holmes en la creación y sistematización<sup>18</sup> de la teoría abordada en el presente ensayo, vale decir, el *tortious interference with contractual relations*.

Con la inducción al incumplimiento contractual se intenta reprimir o sancionar a aquel tercero que se interpone en una relación preexistente, de manera tal que afecta negativamente la idoneidad de la prestación (sea que esta tenga por contenido un bien o un comportamiento) o incluso el deseo del deudor de ejecutar la prestación a causa de la búsqueda de lucro, por un incremento en el costo de la ejecución o porque la prestación se torna imposible<sup>19</sup>.

Ahora bien, pensemos en un caso. Digamos que la empresa M le suministra ciertos bienes a la empresa N. Luego la empresa O, al ver la calidad de estos bienes, le hace una oferta a M con la intención de que abandone a N y solo le suministre a ella. En términos simples este sería un caso de interferencia en una relación contractual, sin embargo: ¿el ejemplo le es conocido al lector? Por supuesto, ¡y no es una casualidad! Este también resulta un clásico ejemplo de lo que sucede en la teoría (simple) del incumplimiento eficiente: un tercero que motiva a una de las partes de un contrato a incumplirlo. Si la eficiencia debe ser protegida a toda costa (y ella es tutelada en el sistema estadounidense, al menos según las corrientes de corte “positivo”<sup>20</sup>), entonces ¿cómo podría explicarse que se sancione expresamente el *tortious interference with contractual relations* en el *Restatement (Second) of Torts*<sup>21</sup>?

Si se parte de un punto de vista según el cual deben incentivarse los incumplimientos en los que existe un tercero que ofrece una transacción más beneficiosa al promitente, entonces tendría que admitirse que la íntegra construcción de la inducción al incumplimiento como hipótesis de responsabilidad aparecería como económicamente inconsistente. Asimismo, se tendría que admitir que ciertos casos que la literatura *ius-económica* reconduce a la *efficient breach theory* se verían seriamente afectados si el promisorio (el acreedor) tiene el derecho de forzar la ejecución de la prestación por parte del promitente. Pero ambos asuntos son evadidos por los promotores de la *efficient breach theory*, quienes suelen limitarse a afirmar que toda teoría que ponga obstáculos al cumplimiento del objetivo de eficiencia sistémico resulta indeseable.

La perspectiva aludida me parece equivocada. La doctrina aún no ha esclarecido las conexiones entre estas teorías, ni las hipótesis que se reconducen a la figura del incumplimiento eficiente o, al menos, no con el énfasis que se merecen. El último punto, la clasificación de las hipótesis que se reconducen al incumplimiento eficiente, sí ha llamado

la atención (¡afortunadamente!) del profesor Melvin A. EISENBERG<sup>22</sup>, quien propuso tres paradigmas:

i) El paradigma del nuevo oferente. En este esquema se enmarca el supuesto típico. La idea es simple: una parte se compromete a transferir un *commodity*<sup>23</sup> a favor de la otra. Empero, antes de producirse la entrega aparece un tercero que ofrece mejores condiciones, de ordinario un precio más elevado. Ante ello, el deudor no ejecuta la prestación adeudada y prefiere revender el *commodity*<sup>24</sup>.

ii) El paradigma de la pérdida identificada. Este esquema, aunque muy conocido a nivel doctrinal, incluso en el *Civil Law*, por lo general no ha sido ligado a la teoría del incumplimiento eficiente. Así, este paradigma (al igual que en el siguiente) es reconducido a esta teoría en términos distintos a la hipótesis típica, por lo que no se adhiere a sus lineamientos. Aquí el vendedor que se comprometió a transferir un *commodity* incumplirá debido a que determina –en el periodo que media entre las fechas de celebración del contrato y de entrega– que el costo que asume es superior al valor que el comprador otorga al bien<sup>25</sup>.

Claramente existen diferencias respecto del anterior paradigma: a) el promitente no pretende obtener un beneficio, sino evitar una pérdida, b) aquí no se asume la presencia de un tercero que actúa sobre el vínculo contractual, c) se verifica un evento externo o interno no previsto por las partes que afecta el equilibrio de los costos económicos de la operación. Los hechos que rodean el caso nos permiten percibir un halo de eficiencia en la decisión del deudor.

iii) El paradigma de la reducción del desembolso o de la mitigación. En este último esquema se intenta subsumir aquellos casos en los que existe una diferencia entre el valor de un *commodity* en el momento en que se suscribe el contrato y en la fecha en que se realizará la entrega del bien o se ejecutará el servicio. Lo que sucede en el periodo que media entre ambos momentos resulta inverso al esquema anterior (en el que el deudor se percató de la pérdida que le significaría ejecutar el servicio o entregar el bien); esto es, aquí quien se percató de la diferencia entre el precio y su valuación subjetiva es el acreedor. En otros términos, el acreedor se percató de que el valor que asigna al *commodity* es inferior al precio de la operación.

Este esquema difiere del paradigma del nuevo oferente en que: a) es el acreedor y no el deudor quien decidirá incumplir; b) la decisión conlleva evitar una pérdida y no la obtención de lucro; y c) el cumplimiento en estos términos importaría un costo o pérdida social neta, si

el acreedor decide que le es más valioso incumplir y afrontar el pago de daños (sumando los costos judiciales) es porque el acreedor valúa el bien por debajo del costo de producción. Por su parte, las diferencias con el paradigma de la pérdida identificada se centran en que: i) el acreedor es quien decide incumplir y no el deudor; ii) si bien importa evitar una pérdida o mitigarla, lo cual las asemeja, aquí la información de la valuación subjetiva relevante está en posesión de quien decidirá, por lo que la posibilidad de una decisión eficiente se torna concreta; y iii) el costo social del incumplimiento es relativamente bajo, ya que el trámite judicial resulta más sencillo, justamente porque el acreedor tiene mayores posibilidades de demostrar que valúa el bien por debajo de su costo.

Teniendo en mente estos paradigmas, podremos reconocer que la inducción al incumplimiento contractual únicamente puede superponerse con la teoría del incumplimiento eficiente bajo el esquema del nuevo oferente. En el paradigma de la mitigación y en el paradigma de la pérdida identificada no existe ninguna interferencia de un tercero, sino que son las partes (el acreedor y el deudor, respectivamente) quienes se percatan de que la ejecución del contrato (al menos en sus términos iniciales) no resulta acorde con sus intereses. Así las cosas, no es necesario que se siga evaluando la conveniencia de ambos paradigmas, vale decir, si ellos cumplen con el objetivo de eficiencia que se encuentra en su base<sup>26</sup>, sino que bastará con evaluar con mayor detalle el primer paradigma.

En abstracto puede afirmarse que cabe hacer una división ulterior, aquellos casos en los que el nuevo oferente resulta ser un competidor del acreedor inicial y aquellos casos en los que esto no se presenta.

De encontrarnos en el primer escenario, habría que discutir si el comportamiento del tercero puede ser reprimido como un acto de competencia desleal, lo cual reforzaría además cualquier pretensión resarcitoria del acreedor original, mientras que si estamos en el segundo escenario, la discusión se limitará a determinar si es factible imponer un resarcimiento al tercero por los daños que se ocasiona al acreedor original, sin que quede abierta la posibilidad de accionar por un acto de competencia desleal.

#### 4 Un debate a emprender: la reconstrucción de la inducción al incumplimiento como supuesto de responsabilidad civil y como hipótesis de competencia desleal

A fin de determinar en qué circunstancias un tercero<sup>27</sup> deberá ser considerado responsable de interferir ilícitamente en una relación contractual, es requisito sine qua non que este conozca de la existencia de la relación. Ahora bien, claramente no es el mero conocimiento el que torna de por sí ilícita la interferencia del tercero, pues debe existir además alguna voluntad dirigida a producir un daño al acreedor del contrato original (esto es aún más claro en algunas de las modalidades de lesión del crédito por parte de tercero).

Sobre tal requisito podría ser de interés la siguiente opinión:

“En efecto, si se hubiera simplemente aplicado aquí la definición general de la culpa cuasi delictual [extracontractual], habríamos sido conducidos normalmente a admitir que el tercero debe responder por cualquier imprudencia o negligencia, desde que sea la causa del daño invocado. Y ello habría podido justificar que sea declarado responsable por haber obstaculizado la ejecución del contrato, aun si ignoraba este, desde que tuviera la posibilidad normal de conocerlo tomando las precauciones que impone una diligencia mediana. Ahora, es cierto que [se trata de] una definición tan amplia de la culpa susceptible de comprometer la responsabilidad para la seguridad de las transacciones y, más generalmente, de la actividad económica. Sin duda, podemos poner de relieve, en derecho positivo, algunos casos en los cuales los intereses de los terceros de buena fe se encuentran sacrificados a aquellos del beneficiario del contrato. Por ejemplo, existen actualmente algunos contratos que, aunque no estén sometidos a publicidad, crean derechos llamados de ‘oponibilidad absoluta’, cuyo respeto se impone a todas las personas, sin consideración de su buena o de su mala fe. Pero estas soluciones son generalmente criticadas. Y si los tribunales hubieran admitido que toda persona puede ser declarada responsable por el concurso aportado a la inejecución o a la mala inejecución de un contrato del que ignoraba la existencia, so pretexto de que habría podido vencer esta ignorancia dando prueba de una mayor diligencia, habría hecho pesar sobre las relaciones jurídicas una amenaza que habría sido difícilmente soportable.

Es para evitar este inconveniente que una jurisprudencia abundante, aprobada por una doctrina casi unánime, subordina la responsabilidad del tercero a la prueba de su ‘mala fe’, es decir, de su conocimiento efectivo del contrato a cuya violación contribuyó. Sin embargo, los tribunales no van más allá, particularmente no exigen la prueba del fraude o de la intención de perjudicar. El conocimiento del contrato y la realización consciente de actos que entraban [en colisión] bastan para establecer la culpa del tercero”<sup>28</sup>.

En este campo podría percibirse la utilidad de la presunción de dolo, naturalmente si se comprende al dolo en su vertiente de indiferencia a las consecuencias dañosas derivadas de la comisión de determinado acto, contenida en nuestro Código Civil. Si la intención del legislador fue invertir la carga probatoria en el artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984<sup>29</sup>, a fin de que la víctima no deba encontrarse constreñida a probar el elemento subjetivo, todo ello con el objetivo de facilitar su accionar, entonces es obvio que la víctima se verá favorecida en los casos en que para que surja un deber de resarcir se requiera probar la existencia de dolo.

La presunción de dolo no resulta contraria per se a lo que dicta la experiencia de los sistemas jurídicos. En efecto, si existen figuras de responsabilidad que requieren la probanza del dolo, en tanto que la responsabilidad solo puede configurarse si este elemento volitivo se verifica, entonces se justificaría la inversión de la carga probatoria (o la presunción), a fin de favorecer a la víctima y sobre todo porque sería acorde con el siguiente razonamiento: “quien puede probar un hecho o estado de manera más sencilla debe ser quien se encuentre obligado a hacerlo”.

En la responsabilidad extracontractual no interesa habitualmente probar si el causante obró en específico con culpa o con dolo, basta con que tenga imputabilidad por el hecho; toda vez que a diferencia de lo que sucede en el incumplimiento obligacional, aquí no se impondrá mayor o menor reparación a base de la teoría de graduación de culpas (culpa leve, culpa inexcusable y dolo). Empero, esta regla (la indiferencia en el elemento volitivo) tiene algunas excepciones<sup>30</sup>, como: a) el abuso de derecho, b) la instigación, c) los actos que realiza un propietario en el ejercicio de su derecho, entre otros. En estos casos, la presunción de dolo brinda realmente un apoyo a la víctima, en la medida en que si no prueba el dolo, no obtendrá reparación.

En el Decreto Legislativo 1044, que aprueba la ley de represión de la competencia desleal, se regula, en el artículo 15, los actos de sabotaje empresarial, los cuales:

“15.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

15.2. Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial”.

El aspecto a discutir sería, en términos concretos, si el ofrecimiento de mejores condiciones de contratación brinda el margen necesario para admitir el ingreso de la *efficient breach theory* en sede nacional, lo cual descarto de plano. Mi apreciación se sustenta en que aún existen las reglas generales de responsabilidad extracontractual<sup>31</sup> (las cuales –como se vio– permiten que se repriman estos actos) y porque las mejores condiciones mencionadas deben favorecer el juego de la libre competencia y no socavarlo. Con esta condición adicional, que es un corolario lógico del marco legal y constitucional, no es la eficiencia per se de la operación que se crea entre el tercero y el promitente la que torna lícita esta conducta, sino que tal consecuencia se derivaría del hecho de que las condiciones ofrecidas tienen por efecto real o potencial mejorar el propio proceso competitivo (o, si se quiere, efectos pro-competitivos).

Cuando en el sistema jurídico estadounidense se analizan los límites del *tort of interference*, se encuentra una precisión jurisprudencial que exige que el demandado (esto es, el tercero) debe demostrar que su conducta se encontraba *justified or privileged*. Esta idea, al parecer, se halla en la base del numeral 15.2 del artículo 15 del Decreto Legislativo 1044; vale decir, se intenta ofrecer precisamente una justificación o privilegio a los competidores que en procura de la búsqueda de efectos pro-competitivos interfieren en relaciones contractuales vigentes, así la justificación de eficiencia debiera ser interpretada a la luz de la intersección con la teoría del incumplimiento eficiente. Cabría agregar que

la actuación del tercero que se presenta en el paradigma del nuevo oferente resulta susceptible, desde el punto de vista de la eficiencia, de más de una crítica. Como se vio, bajo este esquema específico – que posee la potencialidad de superponerse con la interferencia en la relación contractual por parte de un tercero– se tiene por punto de partida que un tercero ofrece mejores condiciones al promitente (vale decir, la que parece ser la causa de exoneración de responsabilidad por competencia desleal), entonces habría que analizar por qué un tercero actuaría así y cuándo tal conducta debiera ser amparada por el sistema jurídico.

Para ello procederé a delinear algunas ideas o precisiones que me parecen dignas de destacar en atención a las características del bien que está involucrado en las transacciones:

#### 4.1 *Commodities*

Si bien este es el ejemplo más común brindado por los autores, hay que aceptar que es el caso que tiene menos sentido económico. Las razones son muy sencillas:

i) Si el bien es un *commodity*, entonces el tercero que surge como nuevo oferente no tendrá ningún incentivo para ofrecer un mejor precio. El propio perfil de lo que es un *commodity* ocasiona que exista un mercado con multiplicidad de proveedores, en el que la información relevante es conocida o es susceptible de ser conocida a un costo muy bajo, por lo que el vendedor es un tomador de precio.

En efecto, si el servicio o el bien involucrado tienen características estándares, por lo que su replicabilidad (base de su fungibilidad) es alta, entonces se convendrá que la identidad del proveedor resulta poco relevante. Si a ello le sumamos que el precio resulta uniforme en atención al mercado y a las características del bien o servicio, la consecuencia será que la conducta del tercero que ofrece un precio mayor sea irrazonable. En estos casos lo lógico es que el tercero se acerque a un proveedor sin vínculo que romper para pagar el precio de mercado, eliminando la amenaza de una potencial demanda de responsabilidad.

Las únicas razones que justificarían que el tercero ofrezca un precio superior al del acreedor original provocarían que el bien (o el servicio) no pueda calificarse como *commodity*. Por ejemplo, cierta cualidad del bien que lo torna fundamental para la estructura de algún negocio (lo cual también podría manifestarse en el acreedor original, quien

prefirió mantenerlo en reserva), una alta valuación subjetiva debido a razones ajenas al uso del bien (en cuyo caso el mercado no habría incluido tales variables en la determinación del precio, sea porque se mantienen en reserva sea porque no existe un mercado con la suficiente profundidad o cantidad de agentes económicos)<sup>32</sup>, su escasez relativa en un periodo dado, etcétera.

En todos los escenarios descritos, el bien o servicio se tomaría en único o cuanto menos en un bien cuya dificultad de réplica o adquisición en un mercado resulta superior al de un *commodity* “normal” (si no un interés en la persona del promitente). En consecuencia, aquí podría aplicarse –sin problemas– un remedio como la ejecución forzada, pues el bien difícilmente tendrá un sustituto dentro del mercado específico o teniéndolo los costos económicos asociados a la búsqueda, negociación y suscripción del nuevo contrato tornarían preferible que el tribunal ordene la ejecución forzada de la prestación incumplida. Así, no es que el tercero tenga por definición una valuación superior a la del promisorio (acreedor original), ni que el promitente sepa anticipadamente este hecho, pues ello pudo no haber sido revelado durante la negociación<sup>33</sup> (el deudor solo sabe el precio que estuvo dispuesto a pagar el acreedor, mas no su valuación subjetiva).

ii) Si el bien es un *commodity*, podría concluirse que el precio de venta que el tercero ofrecería al promitente sería igual al precio de mercado y que esta suma sería también igual a la que el promisorio le ofreció en su oportunidad (o muy cercana a ella, salvo modificaciones intempestivas en el precio). Al no existir una diferencia entre esos montos, el promitente no tendría ningún incentivo económico para incumplir, pues si lo hiciese, todavía le restaría responder por los daños que se le ocasionen al promisorio insatisfecho.

Para que se justifique la decisión de incumplir, la condición (el precio) ofrecida por el tercero tendría que ser superior a la suma de la reparación que se le impondrá al promisorio sumado el costo del proceso más un margen de ganancia. Empero, la suma en cuestión no será ofrecida si el bien o servicio es un *commodity*, por lo que –salvo que el deudor sea irracional– no se producirá el incumplimiento.

iii) El incumplimiento en un escenario como el descrito no genera eficiencia, e incluso, para ser más claro, la decisión de incumplir genera ineficiencias debido a que: a) el promitente (deudor) no incrementa su nivel de beneficio; b) aunque el promisorio (acreedor) podría lograr estar indiferente frente al incumplimiento (en cuanto al costo del bien

o del servicio incumplido, pues el precio de mercado del producto debiera permitir que acuda al mercado para suplirlo –como se observa, aquí asumo que el monto del resarcimiento incluye el componente del precio del bien, los costos de transacción asociados a obtener el resarcimiento y los costos de efectuar una nueva negociación contractual, estos dos últimos elementos no necesariamente serán compensados–); y, por último, c) el tercero recibe el bien que había previsto recibir.

Si bien aparentemente los tres intervinientes están igual, en verdad ello no es así. El promitente responderá por los daños causados por su incumplimiento y, dado que no obtiene beneficios adicionales de la segunda operación, el resarcimiento del promisario tendrá que extraerse de su patrimonio. El promisario puede recibir el precio de mercado del bien, pero no se le reembolsan los costos que: 1) asumió para suscribir el contrato inicial, 2) para conseguir la reparación de los daños que ha sufrido por el incumplimiento y 3) asumirá para suscribir el nuevo contrato.

Vale decir, la operación no genera beneficio alguno, pero sí ocasiona que las partes asuman mayores costos. Incluso esa constatación se efectúa sin que se entre a analizar los costos de administración de justicia requeridos para determinar el resarcimiento. Por tanto, la decisión de incumplir generará una pérdida social neta.

En definitiva, considero que el tercero que intente justificar su intervención en una relación contractual vigente que involucre *commodities*, a base de una hipotética creación de eficiencia, enfrentará más de un problema. En tal escenario, la eficiencia difícilmente será el motivo que lleve a un sujeto a inducir el incumplimiento del deudor de determinada prestación, por lo que la verdadera justificación debiera buscarse en la creación de un daño concurrencial ilícito o, si se quiere, en una conducta irracional (o cuanto menos sin sustento económico).

## 4.2 Bienes únicos o bienes de difícil adquisición

De lo expuesto, al parecer aquí sí se justificaría aplicar la *efficient breach theory*. Si –como desarrollé– en los bienes fungibles u homogéneos (*commodities*) esa teoría no tiene sentido económico, entonces debiera tenerlo en los bienes únicos o bienes en los que resulta difícil su adquisición (sea por razones de mercado, de carácter subjetivo). Si usted, estimado lector, pensó eso..., lamento informarle que ello no es así<sup>34</sup>.

Si un bien resulta único o su adquisición resulta complicada, se espera que ello no suceda únicamente para una de las partes (en específico el tercero), sino que alcanzará a su vez al promisorio defraudado. Si esto es cierto, como que en principio lo es, entonces siguiendo los postulados de Kronman<sup>35</sup> se deberá permitir la ejecución forzada, lo que provocará que la decisión de incumplir se encuentre sometida a la ratificación del acreedor. Vale decir, si el acreedor decide solicitar –como es de esperar– la ejecución forzada, el incumplimiento “eficiente” se ve frustrado o inhibido (si no lo hiciese afrontaría luego el inconveniente de no saber si obtendrá un sustituto en el mercado o uno a un precio accesible). Coloco entre comillas la calificación de eficiente en la medida en que no se sabe, en el momento en que el deudor decide que incumplirá, si tal incumplimiento es eficiente.

La dilucidación de si el incumplimiento resulta eficiente se encuentra sometida a la siguiente constatación: si el promisorio y el promitente negocian el derecho del segundo a lograr liberarse del contrato<sup>36</sup>. Solo si el promitente es capaz de “comprar” su liberación, se sabrá que el tercero valuaba en mayor medida el bien, toda vez que el promitente podrá comprar su liberación con una fracción del beneficio que le significa recibir el precio ofrecido por el tercero y asumir las consecuencias perjudiciales anexas a tal decisión. Si el promitente no es capaz de “comprar” su liberación, ello significará que la segunda operación no iba a tener un beneficio social real, sino que únicamente habría un beneficio nominal cuyo sustento estaría en el precio que se consignó en el contrato<sup>37</sup> original.

Naturalmente habría que diferenciar si hubo entrega del bien y si el tercero conocía que su deudor tenía una relación preexistente. Así, si hubo entrega y el tercero actuó de mala fe, no solo perderá el derecho a ser preferido para retener el bien (las reglas de concurrencia), sino que se encontrará obligado a pagar aquellos daños que se ocasionen al promisorio por la frustración de su derecho de crédito. Si además es un competidor del promisorio, creería que existe más de un argumento para construir una denuncia por competencia desleal, toda vez que podría intuirse que esta mala fe estaría anexa no solo al conocimiento de la existencia del contrato, sino también en la obtención de una ventaja competitiva ilícita en desmedro de su competidor (el acreedor original). En caso de que no hubo entrega y existe mala fe, también debiera protegerse al acreedor inicial (en sede civil y de

competencia desleal), permitiéndosele obtener el bien y a su vez pedir la responsabilidad que tal acto le hubiere generado civilmente y para que se reprima su conducta desleal. En línea con lo anterior, si el tercero tenía buena fe, retendría para sí el bien (o solicitar su entrega) y no podría ser denunciado por responsabilidad por el acreedor insatisfecho ni por un acto de competencia desleal.

## 5 Conclusión

La complejidad del análisis de eficiencia de cierta práctica comercial no puede ser sintetizada en un único trabajo; sin embargo, el propósito del presente ensayo era demostrar no solo que el análisis de eficiencia que se debe efectuar sobre una práctica comercial puede generar sumo interés en los especialistas en derecho contractual, en responsabilidad civil y en competencia desleal. Por otro lado, mi intención era demostrar cómo el análisis jurídico puede efectuarse de manera integral, empleando herramientas de diversas aproximaciones: desde la dogmática hasta el análisis económico del derecho.

Tal vez una de las pocas conclusiones que me interesaría resaltar es que la *efficient breach theory* todavía debe saldar cuentas con una diversidad de figuras al interior del *Civil Law* y de otras tantas del *Common Law*, como la inducción al incumplimiento contractual. Esto no hace más que ratificar que no debe darse nada por sentado y que todo es susceptible de más de una precisión.

## NOTAS

- 1 Empero, reconozco que el citado principio ha sido (y es) objeto de una fuerte erosión, merced a fenómenos en los que se admite la producción de efectos beneficiosos para terceros. Algunos de estos efectos resultan del todo ajenos a nuestra experiencia jurídica, si bien lentamente se abren paso a nivel de investigación y de debate universitario. Pienso, por ejemplo, en el “contrato con efectos protectores a favor de terceros” que se creó en el sistema alemán o en la “estipulación tácita a favor de otro” propia de la experiencia francesa. Al respecto, es ilustrativo el trabajo de Moscati, Enrico, “I remedi contrattuali a favore dei terzi”, en *Rivista di Diritto Civile*, año XLIX, nro. 4, 2003, pp. 357-393, traducido y publicado en castellano bajo el título “Los remedios con-

- tractuales en favor de los terceros”, traducción y notas de Renzo E. Saavedra Velasco, en *Ius et Veritas*, año XVI, nro. 34, 2007, pp. 51-73; y Borghetti, Jean-Sébastien, “Breach of Contract and Liability to Third Parties in French Law: How to Break Deadlock?”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, nro. 2, 2010, pp. 279 y ss.
- 2 Sobre el punto me permito remitir a Saavedra Velasco, Renzo E., “La responsabilidad precontractual en debate”, en *Responsabilidad civil contemporánea*, Ara Editores, Lima, 2009, p. 553. Habría que recordar que cuando el deber jurídico se erige como un “medio de realización”, su titular se encuentra compelido por el ordenamiento a satisfacer el interés que sirve de presupuesto al derecho subjetivo correlativo a través de la ejecución de una conducta. Ello justifica por qué el titular del derecho puede, en caso de que no se realice el comportamiento esperado, ejercer una pretensión (de ordinario, la ejecución forzada o el rescancimiento) dirigida a replicar los efectos beneficiosos que su verificación en la realidad le habría significado.
  - 3 Imagínese el siguiente caso: una persona requiere un seguro pero por sus labores no puede apersonarse a la aseguradora, por lo que suscribe un contrato de comisión mercantil con un profesional dedicado a tal giro (y cumpliendo las precisiones del artículo 237 del Código de Comercio de 1902). Una vez suscrita la comisión mercantil, el comitente solamente podrá exigir el cumplimiento al comisionista. Por último, y siempre que el comisionista dé cabal cumplimiento a lo estipulado, se satisfará el interés del acreedor y decaerá la relación obligatoria.
  - 4 Siguiendo con el caso planteado, imagínese que el comisionista ineficaz la prestación a su cargo, por lo que el comitente permanece en situación de insatisfacción.
  - 5 Escobar, Freddy, “Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico”, en *Teoría general del derecho civil*, Ara Editores, Lima, 2002, p. 38, nota al pie (34).
  - 6 Los deberes que se erigen como “medios de protección” sujetan a todos los individuos que conforman la sociedad en su conjunto, pues si bien no se les indica con claridad qué comportamiento deben realizar (y que no son medios de realización del derecho ajeno), el ordenamiento solicita de ellos que se abstengan de generar un cambio en el estado de cosas. Los deberes que típicamente se enmarcan bajo este esquema son los derechos de la personalidad u otros derechos de naturaleza análoga.
  - 7 Evito hablar de acreedor y deudor al referirme de quienes son titulares del derecho subjetivo y del deber de carácter extracontractual. Ello para evitar posibles confusiones. Las denominaciones ‘acreedor’ y ‘deudor’ tienen por

asunción básica la existencia de una relación obligatoria, lo cual no se presenta para el caso de una ‘relación’ extracontractual.

Empero, cuando se verifica un caso de responsabilidad extracontractual y se impone el deber de reparar a la víctima, allí sí se puede hablar de acreedor y deudor. La discusión que se expone en el texto se centra solo en una etapa fisiológica. Es decir, en la que el contenido de los respectivos deberes es acatado.

8 Imaginemos el siguiente caso: un sujeto es titular de su libertad de expresión (una situación jurídica que se asigna para el libre desarrollo de la personalidad de todo individuo). El mero hecho de la declaración de ese derecho permite (o debiera permitir) su libre ejercicio, por lo que, en abstracto, el sujeto se encuentra en un estado de satisfacción; la actuación de un tercero solo podría afectarlo imponiendo barreras. Por ello, se le impone al resto de la colectividad el deber de mantener el estado de cosas. Así, el titular de esta libertad puede exigir a cualquier miembro de la sociedad el respeto de su derecho. Sin embargo –qué duda cabe–, la actuación conforme al deber impuesto no generará ningún incremento de su patrimonio jurídico. Por ende, es la preservación del *status quo* la que permite el libre ejercicio de este derecho por parte de su titular.

9 Siguiendo con el ejemplo, al incumplir con su deber de conservación del estado de cosas, el deudor ha generado una alteración en el interés del titular del derecho subjetivo, pues con su conducta ocasionó que se encuentre en un estado de insatisfacción debido a la imposición de algún tipo de barrera o impedimento al libre ejercicio de su derecho.

Con este planteamiento, se comprenderá por qué los remedios que el derecho otorga a la víctima en la responsabilidad extracontractual se dirigen al reestablecimiento del *status quo ante*, mientras que los remedios de la responsabilidad contractual buscarán la satisfacción del interés creditorio.

10 Idea que es correctamente expuesta por Corsaro, Luigi, ob. cit., pp. 146 y ss.

11 Esta es la recta interpretación del planteamiento de Busnelli, Francesco D., ob. cit., et pássim, el cual en no pocas ocasiones ha sido incorrectamente entendido o aplicado. En el sistema peruano, por ejemplo, este texto ha ocasionado planteamientos que realmente causarían más de un reparo al ilustre autor.

12 Holmes jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, pp. 457 y ss., *ivi*, p. 462.

13 Saavedra Velazco, Renzo E., “Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir o no incumplir, he allí el dilema”, en *Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional*, nro. 30 (enero-marzo), 2011, Bogotá, 2011, pp. 68 y ss.

- 14 Los cuales a pesar de todo forman parte del mismo patrón jurídico. Sobre esta sugerente clasificación de los sistemas jurídicos véase Mattei, Ugo, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLV, nro. 1, 1997, pp. 23-40; y Saavedra Velazco, Renzo E., “El método y el rol de la comparación jurídica: Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica”, en *Advocatus*, nro. 25, 2012.
- 15 Holmes jr., Oliver Wendell y Pollock, Frederick, Holmes. *Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, texto editado por Mark de Wolfe Howe, Harvard University Press, 1941, p. 177, carta del 12 de marzo de 1911.
- 16 Por ello no comparto la opinión de Bullard González, Alfredo, “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?”, en *Derecho y Economía*, segunda edición, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 331.
- 17 Perillo, Joseph M., “Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference”, en *Fordham Law Review*, vol. LVIII, 2000, pp. 1085 y ss., *ivi*, pp. 1085-1093.
- 18 Gergen, Mark P., “Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why this Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response”, en *Arizona Law Review*, vol. XXXVIII, 1996, pp. 1175 y 1178-1179; y Perillo, Joseph M., *ob. cit.*, pp. 1090-1091.
- 19 Sobre la manera de entender esta figura especial de *tort* existen cuanto menos dos grandes teorías: i) aquella que la concibe como la apropiación ilícita de una titularidad ajena y ii) aquella que la ve como una enajenación instigada. Para una aproximación a este *tort* desde cada una de estas perspectivas, aconsejo la lectura de EPSTEIN, Richard, “Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership”, en *Journal of Legal Studies*, vol. XVI, 1987, pp. 1 y ss.; y MCCHESENEY, Fred S., “Tortious Interference with Contract versus ‘Efficient’ Breach: Theory and Empirical Evidence”, en *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, 1999, pp. 131 y ss.
- 20 Rubin, Paul, “Why Is the Common Law Efficient?”, en *Journal of Legal Studies*, vol. VI, nro. 1, 1977, pp. 51 y ss.; y Parisi, Francesco, “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”, en *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, nro. 3, 2004, pp. 259 y ss., *ivi*, pp. 262-265 (este texto recientemente ha sido traducido y publicado en *Ius et Veritas*, año XX, nro. 41, 2011, pp. 10 y ss.).
- 21 Al respecto puedo mencionar la existencia de los § 766 y § 767 del *Restatement (Second) of Torts*, en los que precisamente se indica que aquel que sin privilegios, o derecho para hacerlo, induce a otra persona a incumplir su

obligación frente a otra persona, o a que ingrese o mantenga una relación con ella, será responsable de los daños que este comportamiento ocasione al acreedor insatisfecho, o a quien tenía interés en iniciar una relación contractual con la persona inducida (o a impedir que esta renueve una relación de este tipo con otro sujeto).

- 22 Eisenberg, Melvin A., “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, en *California Law Review*, vol. XCIII, nro. 4, 2005, pp. 998-1016.
- 23 Un *commodity* es aquel bien o servicio que tiene un mercado tan amplio que torna –en principio– irrelevante la identidad del proveedor. Esta calificación normalmente se asocia a que las características intrínsecas del bien (o servicio) son tales que permiten que no existan diferencias entre el bien (o servicio) provisto por un competidor o por otro. En tal sentido, el precio se encuentra marcadamente determinado por la aplicación inmediata de las reglas de la oferta y la demanda. En términos un tanto más jurídicos, y cercano a los sistemas del *Civil Law*, el término ‘*commodity*’ puede ser traducido como bien (en términos amplios) fungible.
- 24 Uno de los ejemplos más conocidos es el propuesto por Linzer, Peter, “On the Amoralidad of Contract Remedies. Efficiency, Equity and the Second Restatement”, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXI, nro. 1, 1981, pp. 114-115. Sin embargo, el ejemplo también muestra lo inexacto que resulta el análisis en el que se asume la ausencia de costos de transacción. En efecto, y en palabras de Macneil, Ian R., “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”, en *Virginia Law Review*, vol. LXVIII, nro. 5, 1982, pp. 947 y ss., *ivi*, pp. 951-952, “De acuerdo al ejemplo de los cuatro mosqueteros de Linzer, la oferta de Aramis para suscribir un contrato para hacer mesas crea la oportunidad para alguien de obtener al menos 250.000 dólares. Bajo la regla de los daños a la expectativa esa persona es Athos. Si Athos es sujeto a una reparación por la suma de 300.000 dólares por los daños que Porthos sufre por el incumplimiento, Athos incumplirá y pagará a Porthos 300.000 dólares. Bajo la regla por la que él hará mesas y no sillas, la eficiencia será alcanzada.
- Si no existen costos de transacción, el objetivo de la eficiencia económica también es alcanzado por la regla de la ejecución forzada. Athos informará prontamente a Porthos acerca del nuevo contrato y estará de acuerdo en pagar a Porthos una suma entre 0 y 250.000 dólares (sobre y bajo su costo de 300.000) para liberarse del contrato de las sillas. En este mundo sin costos de transacción, ellos llegarán, desde luego, a un acuerdo”.
- 25 Eisenberg, Melvin A., ob. cit., pp. 1014-1015.
- 26 Aunque tuve la oportunidad de entrar en dicho análisis en Saavedra Velazco,

Renzo E., *Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente: ¿un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?*, cit., pp. 268-271.

- 27 La responsabilidad del tercero, fuera de la argumentación dogmática (o, mejor aún, precisamente por ella), se sustentaría en el artículo 1978 del Código Civil peruano, el cual señala –con total claridad– que “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”.
- Ahora bien, la aplicación de esta norma se efectuará de manera concurrente con el artículo 1969, que señala la presunción de dolo o culpa en los daños presuntamente ocasionados por el demandado. En efecto, en el caso del artículo 1978 sencillamente se aclara la responsabilidad del tercero (es un caso de responsabilidad especial que amplía el margen clásico de responsabilidad por actos propios para así hacer responsable a una persona por actos realizados por terceros –pero frente a los cuales también tiene una posición de garantía o bien, como en este caso, su conducta positiva o negativa, ha influido en la producción del evento dañoso–) a fin de tornarla más clara, pese a que esa responsabilidad podría atribuirse con la recta interpretación del artículo 1969.
- 28 Viney, Geneviève, *Tratado de derecho civil: Introducción a la responsabilidad*, traducción de Fernando Montoya Mateus, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 446-447.
- 29 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.
- 30 Esta materia no ha sido ajena a la atención de León Hilario, Leysser L., *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2007.
- 31 En términos sencillos, la oponibilidad *erga omnes* de una relación contractual presenta en fase patológica y la intangibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas, amén de los artículos 1969 y 1978 del Código Civil.
- 32 Aunque quedaría pendiente el problema de los daños idiosincrásicos en relación con las cláusulas penales, en particular la posibilidad de la reducción del monto de la penalidad fijada por las partes. Al respecto puede consultarse Mattei, Ugo, “The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, nro. 3, 1995, pp. 427 y ss.; y Saavedra Velazco, Renzo E., “Interés creditorio y su incorporación en la cláusula penal: un análisis desde el *Comparative Law and Economics*”, en *Enfoque Derecho*, publicado el 16 de setiembre de 2010, <http://enfoquederecho.com>, ahora con las correspondientes referencias bibliográficas, en [http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra/32](http://works.bepress.com/renzo_saavedra/32).

33 Aquí podría discutirse si un aspecto no revelado en la negociación por una de las partes podrá ser opuesto a su contraparte en el momento de la determinación del monto resarcitorio por los daños que el incumplimiento de la obligación le ha generado.

Este tema genera un vivo debate en el campo negocial (reconducido, por lo general, a hipótesis de reserva mental), pero que en este punto ha permanecido más bien en la sombra. Como se puede intuir, la discusión se centraría en la previsibilidad de los daños y por ende en el *quantum* resarcitorio.

34 Eisenberg, Melvin A., ob. cit., p. 999.

35 Kronman, Anthony, "Specific Performance", en *Chicago Law Review*, vol. XLV, nro. 2, 1978, pp. 351 y ss.

36 Scalise Jr., Ronald J., "Why no 'Efficient Breach' in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LV, nro. 4, 2007, pp. 733-734.

37 Como es por demás conocido, las nociones de valor y de precio no resultan sinónimas desde el punto de vista de la economía.