

Eficacia de los pactos de exclusiva

ALMA M.º RODRÍGUEZ GUITIÁN

Profesora Titular interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Consideraciones generales sobre los pactos de exclusiva.*—II. *Vulneración de exclusiva por deudor y tercero: Punto de confluencia de la categoría de los contratos en daño de tercero y la tutela aquiliana del crédito.*—III. *Estado de la cuestión en el Derecho Comparado.*—IV. *Clases de violaciones de pactos de exclusiva: directas e indirectas. Especial mención de las vulneraciones indirectas de pactos de exclusiva.*—V. *Violaciones directas de pactos de exclusiva.* 1. La responsabilidad del deudor. 2. La responsabilidad del tercero: A) Condiciones para la responsabilidad. B) Fundamento de la responsabilidad: b.1. Tutela aquiliana del crédito; b.2. Normativa de Competencia Desleal; b.3. Normativa de Propiedad Intelectual. V.III. Medios de defensa del acreedor lesionado: A) Remedios específicos. B) Modo de actuar frente a los responsables en caso de demanda conjunta a deudor y tercero.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PACTOS DE EXCLUSIVA

Ya en el año 1967 la doctrina española señalaba las frecuentes modificaciones, a través de pactos privados, del principio de libertad de contratación en las relaciones mercantiles. Tal restricción voluntaria de la libertad de contratar llevaba consigo la limitación de la libre concurrencia, y uno de los medios más utilizados para ello era el pacto de exclusiva¹. Los pactos de exclusiva carecían de regulación específica en el Ordenamiento y es sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, a través de múltiples resoluciones, va perfilando un cuerpo doctrinal relativo a dichos pactos. Es corriente que estos pactos se incluyan en diversos contratos pasando a convertirse en cláusulas de los mismos.

¹ En España son escasos los artículos monográficos dedicados al tema de los pactos o convenios de exclusiva. La autora que con mayor amplitud los ha estudiado es PUENTE MUÑOZ, T., a través de dos trabajos: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro» y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ambos publicados en la *RDM* (el primero en el núm. 103, 1967, pp.75-87, y el segundo en el núm. 121, 1971, pp. 443-462).

Pero no necesariamente, ya que puede tratarse también de un pacto independiente, acordado con anterioridad a toda relación contractual entre las partes. La primera resolución del Tribunal Supremo en la que aparece una cláusula de exclusiva es la STS 23 de marzo de 1921 (*Col. leg. núm. 90*), relativa a un supuesto de arrendamiento de servicios artísticos, de la cual tendremos ocasión de hablar en profundidad más adelante. Sin embargo, no es en esta sentencia donde se califica al pacto de exclusiva como tal, admitiendo por fin esta figura jurídica en nuestro Ordenamiento (frente a otros, como el italiano, cuyo Código Civil lo reconoce ya en 1942 en sede de contrato de suministro), sino en la STS 29 de octubre de 1955 (Ar. 3090) en que se define de un modo preciso como «una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, aparentemente en una cualidad de la prestación, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), o bien ambas obligaciones, en todo caso dentro de límites de tiempo, frecuentemente también de espacio...»².

Durante mucho tiempo ha sido objeto de discusión la validez de este tipo de pactos y se dudó sobre su inclusión dentro de las conductas sancionadas en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. No obstante la STS 18 de marzo de 1966 (Ar. 1288) señala ya en su considerando primero que es un pacto que el artículo 1255 del Código Civil permite por no ser contrario a la ley, a la moral y al orden público. En la actualidad el Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero («BOE» 29 de febrero de 92 núm. 52) ha ampliado el campo de legalidad de tales cláusulas, en cuanto desarrolla la Ley 19/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y permite tanto una serie de categorías de acuerdos con cláusula de exclusiva siempre que participen únicamente dos empresas y que afecten sólo al mercado nacional (arts. 1 y 2), como la autorización singular de determinados acuerdos no recogidos en las categorías de los anteriores artículos (art. 3). De todas formas parece que los límites objetivo, espacial y temporal a que deben someterse los pactos de exclusiva constituyen una buena justificación de su licitud y validez, ya que con tales límites la exclusiva no infringe el orden público económico que la actual Ley de Defensa de la Competencia trata de tutelar.

El pacto de exclusiva proporciona una situación de privilegio a una o a ambas partes contratantes, según que se trate de una exclusiva uni-

² Aclara Díez-PICAZO, L. en su comentario a tal sentencia en *EJC*, vol. I, reimp. de la 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 1979, p. 396; que como toda prestación es el objeto de un contrato, lo que en definitiva trata de impedir la exclusiva es la celebración de determinados convenios. Incluye, pues, una obligación de no contratar. Ahora bien, no se trata tanto de la prohibición de celebrar contratos cuanto de la prohibición de darles cumplimiento en una zona y en un tiempo determinados. Evidentemente al beneficiario de la exclusiva no le perjudica la simple celebración del contrato de su deudor con un tercero, sino la ejecución del mismo.

lateral o bilateral. La limitación de la competencia que el pacto lleva consigo se traduce en una elevación del valor económico de la prestación e implica una seguridad para cada una de las partes contratantes, bien en la adquisición de las mercaderías, bienes o servicios, bien en la colocación de dichos bienes. Incluso es un instrumento de colaboración entre empresas, ya que permite la planificación de la producción por medio de la organización de la distribución de bienes y servicios. En fin, es un medio eficaz para la expansión de las operaciones mercantiles ³.

Es muy amplia hoy en día la esfera de aplicación de esta figura jurídica: se pactan en exclusiva las actividades artísticas (estrellas de cine, cantantes...), las actividades deportivas (contratación de futbolistas y la de los ciclistas que llevan a cabo la publicidad de determinadas casas comerciales), las cinematográficas (contrato de exhibición de películas), los servicios de representación, comisión, agencia, las actividades profesionales (como las de arquitectos y científicos) y la edición de obras literarias, científicas o artísticas, entre otras ⁴.

No obstante, el objeto de este artículo no pretende ser un análisis exhaustivo del régimen jurídico del pacto de exclusiva en nuestro Ordenamiento, ya que, fuera de las observaciones antes indicadas que tratan únicamente de dar una visión de conjunto a quien no está familiarizado con esta figura, su finalidad no es otra que el intento de desentrañar el oscuro tema de la eficacia de la exclusiva, en concreto, el supuesto de su vulneración conjunta por el deudor y un tercero.

II. VULNERACIÓN DE EXCLUSIVA POR DEUDOR Y TERCERO: PUNTO DE CONFLUENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS EN DAÑO DE TERCERO Y LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

El problema que tratamos de aclarar es el siguiente: *A* realiza un contrato con cláusula de exclusiva en favor de *B*. Posteriormente, vigente aún el primer contrato, *A* efectúa y ejecuta un segundo contrato con *C*, tercero que conoce la existencia de la exclusiva anterior (ejemplos típicos son la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios artísticos por el que el cantante se compromete a grabar determinadas canciones en exclusiva para una casa discográfica y al cabo del tiempo contrata con una segunda casa discográfica, que graba aquellos mismos temas objeto de la exclusiva; o un contrato de venta en exclusiva en favor del comprador, por el que el vendedor se compromete a vender en la zona reservada sólo a este último y después contrata por segunda vez

³ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 86-87.

⁴ *Idem*, cit., pp. 87-88.

con un tercero, vendiéndole en la zona de exclusiva). La cuestión fundamental es ésta: a quién obliga la exclusiva. Es decir, frente a quién es eficaz. Es indudable que el deudor (el concedente de la exclusiva, en el primer caso el cantante, en el segundo el vendedor) ha incumplido su obligación de no hacer y responde ante su acreedor por incumplimiento contractual (casa discográfica y comprador primeros). El debate doctrinal se suscita cuando se plantea si el tercero ajeno al contrato de exclusiva tiene algún tipo de responsabilidad frente al acreedor, qué circunstancias deben concurrir en el tercero para que surja tal responsabilidad y por supuesto cuál es el fundamento de la misma: ¿La responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil? ¿Se trata de un acto de competencia desleal a la luz de la actual Ley 3/1991 reguladora de la competencia desleal? Si el deudor comunica al tercero la existencia de la exclusiva en el momento de realizar el segundo contrato, ¿existe una acción directa del acreedor hacia el tercero por constituir tal comunicación una estipulación a favor de tercero? En caso de que se admita la responsabilidad del tercero junto a la del deudor, ¿se les demandará conjuntamente o por separado a elección del acreedor? ¿Responderán mancomunadamente o de forma solidaria?

Esta hipótesis que nos planteamos se engloba hoy en día en la denominada *interferencia de un tercero en las relaciones contractuales ajenas*. En concreto, son violaciones de pactos de exclusiva en las que un tercero, conociendo la relación preexistente que comprometía al deudor, o bien induce a este último al incumplimiento de su primer contrato, o bien simplemente se limita a concluir un segundo contrato incompatible con la preexistente obligación. Tales vulneraciones de exclusiva se realizan, pues, por concurrencia de deudor y tercero. En todo caso la ejecución del segundo contrato entre deudor y tercero genera el incumplimiento de la obligación previa de exclusiva y por consiguiente la lesión objetiva del derecho del acreedor. Lesión objetiva del derecho de crédito que sin duda es imputable al deudor y que conduce a preguntarse, dando un paso más allá, sobre la responsabilidad concreta del tercero frente al acreedor.

Este caso fue calificado en el año 1958 por Gullón Ballesteros como un contrato en daño de tercero ⁵. Esta categoría alude a aque-

⁵ «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, núm. 20, 1958, pp. 130-133. Hasta el año 1958 no hay en la doctrina española un estudio sistemático y detenido sobre la existencia y utilidad de los contratos en daño de tercero. Solamente se encuentran referencias aisladas y poco concretas (ALBALADEJO, M., en su traducción a la obra *Notas al negocio jurídico* de L. CARIOTA FERRERA, Aguilar, Madrid, 1956, p. 571, y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, Doctrina general del Contrato*, tomo II, vol. I, Barcelona, Bosch, 1954, p. 268) y una aplicación práctica del contrato en daño de tercero al supuesto del contrato celebrado por el usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para el propietario (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J.: «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario», *ADC*, II, 1956, pp. 1254-1256, pero este autor según Gullón da por supuesta la existencia y utilidad de esta categoría). Es, por tanto, con el artículo de Gullón cuando se hace por primera vez en España una exposición completa de esta categoría contractual. La doctrina italiana en cambio sí se ocupa desde bien temprano de esta categoría, el primer autor que menciona estos con-

llos supuestos en que, al celebrar un contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, como si es sólo una de las partes contratantes la que busca la producción del daño ⁶. Para que exista, pues, un contrato en daño de tercero se señalan tres elementos esenciales. Primero, un contrato que es precisamente la causa directa e inmediata del daño. Segundo elemento, el daño. El término daño ha de utilizarse rigurosamente, de manera que en opinión de Díez-Picazo ⁷ para perfilar esta categoría contractual ha de acudir a la distinción entre derechos y simples intereses no protegidos específicamente por el Ordenamiento jurídico. El daño al que nos referimos supone la lesión o violación de un concreto derecho subjetivo, de manera que no hay contrato en daño a terceros si son colocados en una situación desfavorable intereses que no son especialmente protegidos. De ahí que estos contratos deban distinguirse de los productores de meros perjuicios «de hecho» ⁸ y de las situaciones de

tratos es SRAFFA, A. («Contratti a danno di terzi»; *Rivista del Diritto Commerciale*, 1903, I, pp. 453-457). Pero el estudio acerca de los mismos que ha tenido más importancia en el país vecino es el de FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio dei contratti a danno dei terzi», *Rivista di Diritto Privato*, 1940, pp. 94-149. La mayoría de la doctrina tanto italiana como española estudia el tema del contrato en daño de tercero desde una perspectiva determinada: dentro del capítulo dedicado a los efectos del contrato y en especial, dentro de los efectos que un contrato puede producir frente a terceros. Sólo un autor italiano (CARRESI, F.: «Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico», *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Dott. A. Giuffré, Milano, 1951, pp. 181-182) examina estos contratos como una consecuencia de las obligaciones de diligencia y buena fe que han de guardar las partes en la formación del negocio jurídico, entre ellas y en relación con los terceros. Los contratos en daño de tercero suelen configurarse, pues, como excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los casos en que un contrato puede producir no ya efectos indirectos, sino directos hacia terceros. Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 445-446; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit. p. 115; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 3, 16.ª Ed., Reus, S. A., Madrid, 1992, p. 747 y ALBALADEJO, M.: *Notas al Negocio Jurídico de Cariota...* cit. p. 571, entre otros españoles. En la doctrina italiana, FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio...», cit. p. 100. En cambio ni la doctrina alemana ni la francesa tratan de una manera expresa este problema, sino que dirigen su atención hacia las cuestiones que surgen de la violación de los derechos de crédito como consecuencia de la realización de determinados actos —conclusión de contratos en contra de los mismos, destrucción de la cosa objeto de aquellos...— con vistas a extender la norma de la protección aquiliana.

⁶ Definición que puede encontrarse en la inmensa mayoría de la doctrina. Vid. por todos DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. I, cit. p. 446.

⁷ *Idem*, cit. p. 446

⁸ Así GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 118-119, entiende que el perjuicio de los contratos en daño de tercero no puede interpretarse en un sentido tan amplio como el económico, ya que cualquier contrato coloca a los terceros en una posición desfavorable en cuanto se ven obligados a respetarlos. Se equivoca, pues, Puig Brutau cuando define estos contratos como aquellos que sitúan en una situación desfavorable y cita como ejemplo de los mismos el convenio que celebran unas empresas productoras para fijar precios mínimos de venta, cosa que sin duda afecta a terceros (al público en general), por su repercusión económica. Véase en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I..., cit., p. 268, en su edición de 1954. Aparece ya rectificada esta definición

abuso del derecho de la contratación ⁹. El último elemento que perfila tal categoría es la existencia de un tercero, pero no de cualquier tercero sino de aquel que se encuentra en determinadas circunstancias. No es suficiente aplicar sin más la noción de tercero civil a los contratos en daño de tercero, ya que si esto ocurriese cualquier persona extraña a un contrato que sufriese un mero perjuicio de hecho estaría legitimada para pedir el resarcimiento del daño. Tercero, para la mayoría de los autores, no es solamente aquel que ha permanecido extraño a la relación contractual formada, sino aquel que se encuentra vinculado a las partes o a una de ellas por una relación jurídica que es dañada mediante aquella, o bien se halla en una situación de dependencia con el contrato dañoso de causa a efecto. El daño pues, se producirá, de acuerdo con la definición dada de este tercero, bien por la violación de aquella relación jurídica preexistente que ligaba al tercero con las partes o con una de ellas o bien por la violación de otro derecho ¹⁰.

La doctrina menciona numerosos contratos en daño de tercero, algunos recogidos en la legislación positiva (así, venta realizada por los herederos del depositario, ignorantes de la calidad en que se encontraba la cosa en el patrimonio del difunto –artículo 1778 CC–, la pérdida de la propiedad de cosas muebles impuesta por el artículo 464 del Código Civil cuando haya sido producida por un contrato, siempre que se acepte la teoría de la adquisición *a non domino*; pago indebido de una cosa que haya sido vendida por el *accipiens* que la ha recibido de buena fe –art. 1897 del CC– y otros sin regulación legal (violaciones de pactos de exclusiva, por ejemplo). En los primeros la ley concede al tercero dañado determinadas acciones, variables según los casos en que el daño surge, que tienden a compensarle del perjuicio sufrido. No hay necesidad de alegar en ellos la noción de contratos en daño de terceros, ya que lo importante –el resarcimiento del daño– se produce por normas legales específicas. Donde sí podría prestar toda su utilidad la categoría contractual es en supuestos como el que nosotros tratamos de estudiar en este trabajo, es decir, en hipótesis en las que un tercero que conoce la existencia de una relación jurídica obligatoria previa entre dos sujetos, induce al obligado por la misma a no cumplir o concluye con el deudor un contrato incompatible con el ya existente. Estamos, pues, en este tipo de casos, según Gullón ¹¹, ante el problema sumamente complicado de la tutela aquiliana de los créditos o derechos per-

en su segunda edición de la obra de 1971, p. 264, y también en la tercera edición, la correspondiente al año 1988, p. 252.

⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, I, cit., p. 446, pone como ejemplo de este segundo tipo de contratos que constituyen abuso del derecho el caso del usufructo concedido con amplias facultades de enajenación al usufructuario para que éste pueda subvenir a sus necesidades, en el que el usufructuario enajena los bienes con el puro y exclusivo fin de perjudicar al nudo propietario. El daño causado, pues, al propietario con las enajenaciones no constituye un interés jurídicamente relevante, y se pueden aplicar los principios generales sobre el abuso del derecho subjetivo.

¹⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 122, y FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio.», cit., p. 117.

¹¹ «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 131.

sonales. Este término engloba en opinión de la doctrina todas las lesiones que pueden sufrir este tipo de derechos subjetivos procedentes de un tercero, y esta lesión encuentra la reacción del Ordenamiento en la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual, recogida en el artículo 1902 del Código Civil. Implica, pues, la acción que el acreedor que ha sufrido la lesión de su derecho de crédito tiene a su alcance contra el tercero que con su actuación impide el cumplimiento de la obligación por el deudor ¹².

Desde luego, contratos en daño de tercero y tutela aquiliana del crédito no son categorías exactamente coincidentes y es interesante puntualizarlo un poco más. Primero, porque no todas las hipótesis de contrato en daño de tercero conducen al problema de la tutela aquiliana del crédito (algunas de estas hipótesis están ya resueltas legislativamente y no hace falta que el acreedor recurra al art. 1902 CC). Segundo, porque la tutela aquiliana del crédito surge también en otros casos en que el daño al derecho personal del acreedor no se realiza a través de la celebración de un segundo contrato, es decir, de una actividad negocial entre deudor y tercero, sino que puede realizarse exclusivamente por obra del tercero cuando, por ejemplo, este último destruye o deteriora las cosas objeto de la obligación o cuando produce una injuria en la persona del deudor (muerte, lesiones, privación de libertad...). Por consiguiente, la ejecución de un contrato posterior por deudor y tercero constituiría tan sólo una de las múltiples formas o medios de causar un daño a un derecho personal.

El único caso, pues, en que coincidirían la categoría de los contratos en daño de tercero y el problema de la tutela aquiliana del crédito se reduce a aquellos supuestos en que la actividad negocial entre deudor y tercero es el medio que conduce al deudor a incumplir su obligación previa. Se han citado como ejemplos de esta hipótesis la violación de un contrato de opción cuando el concedente de la opción no inscrita no la respeta y contrata con un tercero lesionándose así el derecho del optante; la violación de un pacto de exclusiva cuando el obligado por la misma vulnera la cláusula contratando con un tercero en perjuicio del que resulta favorecido con la exclusiva y violación de un pacto de no concurrencia o de una prohibición legal o contractual de competir ¹³. Pero de todos ellos es precisamente el tema de la vulneración de exclusiva el que, según alguna opinión doctrinal ¹⁴, ha venido a realzar en la actuali-

¹² Una obra reciente que estudia con profundidad el espinoso tema es la de FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Entre los artículos dedicados a la cuestión pueden consultarse ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L: «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, I, 1962, pp. 571-601, y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, AA.VV, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845-857.

¹³ Sobre este último tema *vid.* los siguientes trabajos de NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, y *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw Hill, 1998.

¹⁴ VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito..», cit., p. 847.

dad la cuestión de la tutela aquiliana del crédito y ha pasado de configurarse como un contrato en daño de tercero a « *encuadrarse, a partir de los casos débauchage, storno o usurpación de trabajadores altamente calificados, en el fenómeno más amplio de la complicidad o inducción del tercero al incumplimiento, de gran relevancia práctica en el campo de la competencia desleal y de las sociedades mercantiles... ».*

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Preguntarse por la cuestión de la responsabilidad conjunta de deudor y tercero en la vulneración de un pacto de exclusiva en los Ordenamientos extranjeros requiere inevitablemente cuestionarse como hemos indicado sobre el problema general de la tutela aquiliana del crédito en los mismos. A los aspectos concretos de la hipótesis que nos interesa (carácter y condiciones de la responsabilidad del tercero, medidas específicas del acreedor...) se aludirá más tarde, cuando se estudie cada uno de ellos a lo largo del trabajo.

El tema de la tutela aquiliana del crédito divide a la doctrina comparada en dos grandes ramas: la germánica y la francesa, con sus respectivas áreas de influencia.

La doctrina alemana mayoritaria defiende con carácter general la irresponsabilidad del tercero por la lesión extracontractual del crédito debido, por una parte, a la recepción del positivismo de los pandectistas, quienes se basaron en las soluciones ofrecidas por el Derecho romano (que a su vez sostenía tal postura negativa) y, por otra, a que el BGB consagra en el parágrafo 823.1 un *numerus clausus* de bienes o intereses protegidos por la tutela aquiliana (vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad)¹⁵. Sin embargo deben hacerse dos matizaciones. En primer lugar, el sistema ha recibido críticas, de ahí que se ha mantenido por algunas voces que la parte final del parágrafo 823.1 «*oder ein sonstiges Recht*» no se refiere necesariamente, al contrario de lo que se ha sostenido de forma tradicional, a un derecho de carácter absoluto¹⁶. En segundo lugar, se admiten ciertas excepciones en que el tercero es responsable

¹⁵ Mantienen tal tesis de la irresponsabilidad del tercero por lesión del derecho del acreedor ENNECERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, revisado por Lehmann, traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1966, pp. 1059-1060; LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de M. Izquierdo y Macías Picavea, Edersa, Madrid, 1978, pp. 294-295 (parece que únicamente excepciona el supuesto de lesión del crédito por tercero que ataca la posición jurídica del acreedor en cuanto tal); MERTENS: *Münchener Kommentar zum BGB*, III, C. H. Beck, Munich, 1980, pp. 1147 ss. y MEDICUS, D.: *Bürgerliches Recht*, 16.ª ed.; Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 361.

¹⁶ Así FABRICIUS, F.: «Zur Dogmatik des «sonstigen Rechts» gemäss &823 Abs. I BGB», *AcP*, 1961, p. 286.

por lesión de un derecho de crédito: así el párrafo 844 que legitima al alimentista, si el fallecido era su deudor por razón de alimentos legales o podía llegar a serlo, para exigir del tercero culpable del homicidio que la indemnización debida por éste se convierta en una renta dineraria por el tiempo presumible de vida del difunto. También el párrafo 845 legitima a los acreedores de servicios domésticos o industriales legales a recibir una indemnización ante el homicidio, lesión o privación de libertad por un tercero del deudor. Por último, respecto a los casos que a nosotros nos ocupan, es decir, cuando un tercero se interfiere en un primer contrato e impide su cumplimiento en connivencia, colusión o complicidad con el deudor, el acreedor puede en determinadas ocasiones exigir indemnización al tercero por encuadrarse en el párrafo 826 («*quien dolosamente causa daño a otro de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño*»¹⁷). Pero para la represión de estos atentados dolosos normalmente se requiere que haya circunstancias ulteriores concomitantes que hagan aparecer su conducta como inmoral (por ejemplo, que el tercero haya utilizado medios reprobables o que el fin perseguido con la inducción sea la pura intención de causar perjuicios)¹⁸.

Muy diferente, sin embargo, al planteamiento alemán en esta cuestión es el Ordenamiento francés. La doctrina francesa está más influida por los principios del iusnaturalismo y además su artículo regulador de la responsabilidad civil extracontractual, el 1382 del Código Civil, mantiene una lista abierta de los daños resarcibles. De ahí que no tienen demasiada dificultad para extender en la actualidad la tutela extracontractual a los derechos de crédito¹⁹, aunque históricamente el tema fue debatido. Curiosamente de todas las hipótesis de tutela aquiliana del crédito la que primero se plantearon los autores franceses fue la que ellos denominan «*complicidad del tercero con el deudor*», es decir, los supuestos de incumplimiento de un contrato por complicidad o confabulación del deudor y de un tercero²⁰. Huguenev (*De la responsabilité*

¹⁷ El párrafo 826 tiene una función complementaria, de manera que los actos ilícitos que no encuentran protección ni en el párrafo 1.º ni en el párrafo 2.º del 823 pueden incluirse dentro de éste y en la actualidad ha adquirido mucha importancia. *Vid.* HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por Santos Briz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 831-834.

¹⁸ ENNECCERUS, L.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones...* cit.; p. 1082.

¹⁹ MAZEAUD H. y L. y TUNC, A.: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, vol. I, traducción de la 5.ª ed. por Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 197; SAVATIER, R.: *Traité de la Responsabilité Civile*, Tomo Premier, 10.ª ed., L.G.D.J. Paris, 1951, p. 187, núm. 144; VINEY, G.: *Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin, tomo IV, L. G. D. J., 1982, p. 244, y CARBONIER, J.: *Droit civil, Les Obligations*, Tomo IV, 16.ª ed., PUF, 1992, p. 239.

²⁰ Por cierto que esta terminología francesa es bastante criticable en cuanto que el término cómplice o complicidad es claramente penal y no debería utilizarse en el ámbito civil. *Vid.* en este sentido BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1964, p. 237. Menciona la impropiedad técnica de tal expresión pero a la vez su utilidad por brevedad expositiva DI MARTINO, P.: «La responsabilità del terzo «complice» nell'inadempimento contrattuale», *RTDPC*, II, 1975, p. 1357.

du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Dijon, 1910) es el primero que se pregunta si el principio de la responsabilidad del tercero cómplice, por él propugnado, representa una aplicación pacífica de un principio general de la responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito. A esta pregunta responde de forma negativa en cuanto sostiene que no existe tal principio general, en concreto porque el derecho de crédito es de carácter relativo. El segundo autor es Demogue, que también niega el problema general de la responsabilidad del tercero pero excepciona el caso de que el comportamiento del tercero presente los caracteres de la complicidad en el incumplimiento de la relación obligatoria ²¹.

Lo que sí ha ocurrido es que la responsabilidad del tercero en este caso de interferencia en un contrato han tratado de fundamentarla no tanto quizás en la tutela aquiliana del crédito cuanto en una aplicación analógica de la acción pauliana. Se ha construido una verdadera y propia acción de fraude derivada directamente de la máxima «*fraus omnia corrumpit*», y la jurisprudencia francesa ha precisado que tal acción puede conducir a dos resultados: a la nulidad del contrato que ha dañado al acreedor (sanción específica contra el fraude) o también, cuando el Juez lo considere más oportuno, a una condena al resarcimiento del daño al deudor y al tercero de mala fe (mala fe que se concreta en requerir el conocimiento del contrato y no el «*consciūs fraudis*») ²².

Respecto al Derecho italiano, la cuestión está desde el inicio bastante dividida en cuanto a la tutela general del derecho de crédito, pero en el concreto tema de la responsabilidad del tercero cómplice la doctrina se muestra partidaria de afirmar tal responsabilidad (aunque no hay acuerdo unánime en cuanto a la determinación de los elementos constitutivos de la hipótesis y en cuanto al fundamento positivo de la responsabilidad). Es curioso que desde el principio tanto en Francia como en Italia no tengan especial dificultad para admitir la responsabilidad del tercero cómplice y en cambio sí para la admisión de la tutela extracontractual del crédito en los demás casos. En Italia el debate sobre la tutela aquiliana del crédito se amplía mucho en los años cincuenta, debido a una resolución del Tribunal Supremo italiano en el año 1953 relativa a si la *Associazione Calcio Torino* podía reclamar el resarcimiento de los daños causados al club por parte de la compañía aérea *Alitalia* tras el accidente en el que muere todo el equipo del

²¹ Vid. la obra de ambos autores en FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1954, p. 67.

²² En nuestro Ordenamiento, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., p. 600, parece partidario de esta solución francesa y entiende que en estos casos en que el tercero se confabula fraudulentamente con el deudor para el incumplimiento del contrato anterior debe responder el tercero frente al acreedor, pero no por el artículo 1902 del Código Civil, ya que en su opinión no hay un deber general de respeto por parte de los terceros al derecho de crédito, sino que sería conveniente un precepto legal distinto y específico que cristalizara la conocida regla «*fraus omnia corrumpit*».

Torino. La sentencia de la Corte Suprema desestima la pretensión del Club. En 1954, Fedele saca a la luz su monografía antes mencionada (*Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*), pero este autor niega que el artículo 2043 del Código Civil italiano pueda servir como justificación para la responsabilidad del tercero en orden a la lesión de un derecho de crédito²³. La tesis negativa del anterior autor es rebatida en el año 1964 por Busnelli (en la también mencionada obra *La lesione del credito da parte di terzi*), entendiendo que existe un deber general de respeto de todos hacia los derechos de crédito. Veinte años más tarde de la anterior sentencia, en 1971, dicta la Corte Suprema otra de significado muy distinto. Es el caso *Meroni*, en el que se admite la reclamación del mismo club anterior frente a un tercero responsable de un accidente de tráfico en el que muere el jugador *Meroni*. Sin embargo en el año 1983 el consenso obtenido vuelve a ponerse en tela de juicio, esta vez por Trimarchi²⁴. Se opone a la tutela aquiliana del crédito alegando sobre todo razones como la fluidez del tráfico y el temor a un torrente de reclamaciones. No obstante su opinión ha permanecido aislada.

La doctrina italiana es la que últimamente se ha ocupado más de la responsabilidad del tercero por incumplimiento de contrato mediante actividad negocial, conocida bajo el nombre de *responsabilità extracontrattuale da contratto*²⁵.

Fuera del *Civil Law*, el derecho anglo-americano ha creado un autónomo *tort*, el *tort* conocido como «*interference with a subsisting contract*» o también «*inducing breach of contract*». Tal *tort* suele situarse sistemáticamente dentro de un grupo de *torts* cuyo denominador común es la protección de los intereses negociales o profesionales. *A* comete dicho *tort* si, en ausencia de justificación legal, interfiere en un contrato entre *B* y *C*, tanto si persuade a *B* de romper su contrato con *C* como si por cualquier otro acto impide a *B* el cumplimiento de su contrato. El origen de este *tort* se encuentra en la precedente *action for violence against the servant*, que se aplica sólo en el ámbito laboral y consiste en una acción de daños sustentada por la

²³ Cit., pp. 92-93 y 287-288. Sin embargo, señala cómo en general la doctrina italiana tras esta sentencia se muestra netamente favorable a la tutela aquiliana del crédito. *Vid.* allí la bibliografía que cita al respecto.

²⁴ «Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito», *Rivista di Diritto civile*, 1983, I, pp. 221 y 235

²⁵ Entre otros, DI MARTINO, P.: «La responsabilità del terzo «complice»...», cit., pp. 1356 ss.; GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno ingiusto», *CJ*, 1985, pp. 17-22; POLETTI, D.: «Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto», *CJ*, 1987, pp. 134-137; ROSELLO, C.: «Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza», *CJ*, 1996, núm. 2, p. 669 ss.; TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore contro i terzi (con speciale riguardo al Diritto Inglese)», *RDC*, I, 1955, pp. 299-305; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo»..., cit., pp. 218-224; VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento», *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 421-449; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti, I grandi orientamenti della giurisprudenza civ. e com.*, Galgano, Cedam, Padova, 1987, pp. 409-416.

pérdida de servicios que un *master* sufre a causa de la violencia ejercida sobre su *servant*. Con el transcurso del tiempo se hace obvio que los remedios que proporcionaba este primer *tort* son insuficientes para satisfacer los nuevos requerimientos. En 1853 se inicia la consagración del actual *tort* en *Lumley v. Gye*. Se sostiene que la acción por inducción no sólo se limita a los contratos entre *master* y *servant*, sino que puede aplicarse a todos aquellos que mantengan *professional services*. En este caso se declara responsable al tercero que induce a *Johana Wagner*, una famosa cantante de ópera, a violar el contrato primero por el que ella se había comprometido a cantar durante un cierto tiempo en el teatro del acreedor. Después, *Bowen v. Hall* (1881) y ulteriores decisiones dejan claro que inducir a otro a procurar la ruptura de un contrato, intencionalmente y sin justificación legal, tanto si se trata de *personal services* como si no es así, es un *tort* accionable. Así, *Temperton v. Russel* (1893), *Southern Foundries Ltd. v. Shirlaw* (1940) y *Thomson & Co. Ltd. v. Deakin* (1952).

Los elementos esenciales del *tort* se han ido perfilando poco a poco. Es necesario, en primer lugar, la prueba de la existencia de la relación causal entre la conducta del tercero y la ruptura del contrato y la prueba del daño sufrido por el demandante a causa de la ruptura del contrato. Es preciso también que se llegue a romper efectivamente el contrato, aunque tal ruptura no tiene que ser actual. No es suficiente, pues, el intento frustrado de ruptura. Por último, se requiere el conocimiento por parte del tercero de la relación contractual previa.

Los medios adoptados para la ruptura del contrato pueden consistir, o bien en una persuasión directa del tercero al deudor, o bien en una intervención indirecta del tercero. La primera forma del *tort* es la «*direct persuasion*», que consiste en persuadir, inducir o provocar a una de las partes contractuales a que no realice sus obligaciones. Esta primera forma aparece ejemplificada en *Lumley v. Gye*. Parece haber acuerdo unánime en que tal forma no exige como presupuesto la utilización de medios ilegales, sino que la inducción basta por sí sola para provocar el *tort*. La segunda forma que puede adoptar este *tort* es la interferencia indirecta, que consiste en la comisión por parte del tercero de cualquier acto ilegal que impida el cumplimiento del primer contrato. En el caso *British Motor Trade Assoc. v. Salvadori* (1949) la evolución del *tort* llega a su fase culminante, porque se reconoce responsable al tercero que facilite el incumplimiento, limitándose a concluir con el deudor un contrato incompatible con el contrato precedente, aunque no haya usado maniobras instigadoras aptas para determinar en tal sentido la voluntad del deudor ²⁶.

²⁶ Vid. ampliamente un estudio del *tort* en FLEMING, J. G.: *The law of Torts*, 4.^a ed., Law Book Australia Co. Ltd., 1971, pp. 599 ss.; PROSSER AND KEATON: *On Torts*, 5.^a ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, pp. 978 ss. y WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort*, 11.^a ed. by W. V. H. Rogers, Sweet & Maxwell, London, 1979, pp. 479-488.

IV. CLASES DE VIOLACIONES DE PACTOS DE EXCLUSIVA: DIRECTAS E INDIRECTAS. ESPECIAL MENCIÓN DE LAS VULNERACIONES INDIRECTAS DE PACTOS DE EXCLUSIVA

Cuando la doctrina, escasa por otra parte, aborda la cuestión de las vulneraciones de pactos de exclusiva por deudor y tercero, suele limitarse a extraer una conclusión general que se obtiene de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el tercero responde ante el acreedor siempre que conozca la existencia de la exclusiva. En nuestra opinión, un correcto análisis de la responsabilidad del tercero exige diferenciar dos tipos de violaciones de exclusiva: las directas y las indirectas. Por consiguiente, los epígrafes siguientes se dedican a estudiar la hipótesis básica, esto es, las infracciones directas de la exclusiva (*concedente que vende a terceros en la zona de exclusiva, cantante que realiza un nuevo contrato con una segunda casa discográfica cuando estaba vinculado por una exclusiva anterior*). El presente epígrafe únicamente versará sobre las infracciones indirectas de exclusiva. Tales infracciones suelen darse en contratos mercantiles de concesión, de venta o suministro en exclusiva. Así, es la hipótesis de un concedente que vende a terceros fuera de la zona de exclusiva y éstos, a su vez, revenden dentro de la misma. En la jurisprudencia uno de los casos más famosos de pactos de exclusiva, la STS de 29 de octubre de 1955, se refiere precisamente a una infracción indirecta de exclusiva. Es muy famosa, entre otras cuestiones porque por primera vez el Tribunal Supremo califica al pacto de exclusiva²⁷. Pero respecto a lo que nos incumbe ahora, la eficacia del pacto de exclusiva, tiene un considerando interesante, aunque queda disminuido el valor de esta declaración al tratarse de un *obiter dictum*, pues los motivos del recurso planteado por el exclusivista se reducen a los temas de la congruencia de la sentencia recurrida, de la prueba de los daños ocasionados al exclusivista y de si existía una obligación a cargo de la suministradora de facilitar vagones para el transporte de la mercancía objeto de la exclusiva²⁸.

Empecemos por los hechos: Don Federico Martín Soler realiza un contrato en documento privado suscrito en Barcelona el 1 de enero de 1940 con el demandante, don Nicolás Amechazurra, por el que se compromete a proveerle de cemento, procedente de la producción que una fábrica suya le rinde. Don Nicolás A. será el único y exclusivo agente de ventas de Barcelona del cemento referido, quedando obligado el

²⁷ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., pp. 444- 445. Hay una resolución anterior en relación a este tema, también muy famosa y ya mencionada antes, la STS 21 de marzo de 1921, en la que el Tribunal Supremo no se atreve a calificar el pacto de exclusiva ya que «no existen elementos de juicio para ello». Pero reconoce la validez del mismo.

²⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 825.

suministrante a no realizar expedición alguna en Barcelona, sea por venta o por cualquier otro contrato a persona distinta de don Nicolás. A su vez don Nicolás no podrá contratar compra alguna de cemento que no proceda precisamente de don Federico. Es pues, un caso de doble exclusiva, por ambas partes contratantes. Cuando suscribe este contrato el señor Martín Soler actúa como gestor de la comunidad de bienes que existe entre él y sus dos hermanas, a quienes pertenece en *pro indiviso* la fábrica de cemento. Fallece el señor Martín Soler y sus sucesoras no respetan el pacto de exclusiva y venden cemento a otros comerciantes de la zona de Barcelona. Don Nicolás demanda indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato a la heredera de don Federico Martín Soler y a sus dos hermanas. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia condenando a todas las demandadas a que abonen al actor, en la proporción que cada una de ellas tiene en la fábrica de cemento, los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula del contrato correspondiente a la exclusiva. La Audiencia Territorial, estimando parcialmente la demanda, condena a las demandadas a pagar al actor la cantidad de 30.000 pesetas en la proporción que cada una de ellas tiene en la fábrica de cemento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Y como antes decía, se refiere al tema de la eficacia de la exclusiva en el considerando 7.º en los siguientes términos: *«El pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuesto a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo, indudablemente, al comprador, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona, o contra el tercer adquirente, que, a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido las mercancías en la zona reservada al primer comprador, no pudiendo estimarse que el vendedor que ha cumplido la obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva contenido en una venta precedente asume la responsabilidad de la violación de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía»*. Dos apreciaciones deben hacerse sobre la resolución. La primera es que los hechos del caso se refieren a una violación directa de pacto de exclusiva: el vendedor vulnera la exclusiva vendiendo a terceros dentro de la zona reservada al comprador. Es decir, las ventas se producen dentro de la propia Barcelona. Hay una violación clara de exclusiva y por ello el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que condena al vendedor al pago de una indemnización por incumplimiento de sus obligaciones. Sólo condena al deudor y no a los terceros porque el demandante sólo demanda a su deudor. Ya veremos cómo en la inmensa mayoría de violaciones de pactos de exclusiva el acreedor sólo demanda a su deudor y son raros los casos en que demanda conjuntamente a deudor y terceros (que por otra parte son los más interesantes y los que más problemas plantean). La segunda puntualización es que

resulta curioso que, si bien los hechos del caso se refieren a una violación directa de exclusiva, en cambio el importante considerando de la sentencia correspondiente al tema de la eficacia del pacto se refiere a la hipótesis de violación indirecta de exclusiva: el deudor vende fuera de la zona de exclusiva, pero olvida comunicar a los terceros a los que vende la existencia de esta exclusiva y los terceros, conociéndola o no, revenden posteriormente en dicha zona. Por tanto, hay que dejar claro que este considerando que realiza el Supremo sobre eficacia de la exclusiva frente a deudor y terceros no se refiere a un caso normal y corriente de vulneración directa de exclusiva.

Es importante caer en la cuenta de la obligación esencial que supone una cláusula de exclusiva cuando se concierta. Una cláusula de exclusiva en principio únicamente obliga al vendedor (cuando ha sido impuesta a éste, por ejemplo, en favor del comprador) a que no venda a personas distintas del comprador dentro de la zona de exclusiva²⁹. Por consiguiente la exclusiva por sí sola no impide que pueda venderse a terceros fuera de la zona, ni que estos terceros, que compren fuera de la zona, vendan a su vez dentro de ella³⁰. De esta sencilla distinción debe, pues, concluirse que en principio en un contrato con pacto de exclusiva en el que no se acuerda nada más que ésta, ni responde el deudor ante el acreedor por vender fuera de la zona de exclusiva a terceros (ya que lo puede hacer, sólo le está prohibido vender dentro de la zona reservada) ni responden tampoco los terceros que compran fuera de la zona de exclusiva y posteriormente revenden en ella (porque ellos no están colaborando ni induciendo a un acto ilícito cometido por el deudor, ya que éste no infringe su obligación de exclusiva por vender fuera de la zona reservada).

Sin embargo, las cosas se complican un poco más cuando el deudor al pactar la exclusiva se obliga frente al acreedor a que los terceros con los que contrate posteriormente respeten la zona reservada al exclusiva, es decir, se obliga a que los terceros no revendan luego en esa zona. Este es precisamente el caso al que se refiere el considerando anteriormente transcrito del Supremo cuando habla de «*prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona*». En el supuesto, pues, más complicado en que el deudor asume frente a su acreedor la obligación de que los terceros respeten la zona de exclusiva, dos son las cuestiones a tratar. Primera, relativa a cuándo responde frente al acreedor el tercero que revende en la zona reservada: ¿Cuándo el deudor le da a conocer la existencia de tal prohibición de revender? ¿Cuándo conoce la exclusiva

²⁹ Tiene gran trascendencia a efectos prácticos relacionados con la eficacia de la exclusiva la delimitación del concepto de zona. No es, pues, tal concepto una mera cuestión académica. La determinación del concepto de zona viene dado no sólo por un criterio geográfico, sino por uno económico. Zona, en definitiva, significa espacio en que se desarrolla una efectiva actividad económica. *Vid.* al respecto PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., p. 108.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1955», *EJC*, I..., cit., p. 397.

a pesar de que el deudor no le haya notificado la misma? ¿Sólo cuando ha asumido como obligación contractual el respeto de la zona reservada? La segunda, relativa a cuándo queda liberado de su obligación el deudor frente al acreedor: ¿Cuando comunica a terceros la exclusiva? ¿Cuando inserta un pacto de respeto a la exclusiva dentro de los contratos con los terceros?

Empecemos por la responsabilidad del deudor. Como hemos subrayado antes, parece casi unánime el acuerdo doctrinal en torno al tema de que la obligación asumida por el deudor de que los terceros respeten la exclusiva no es una obligación esencial de la exclusiva, sino accesoria a la exclusiva nacida convencionalmente, es decir, que surge porque las partes pactan expresamente su existencia ³¹.

La STS 29 de octubre de 1955 señala que el deudor cumple tal obligación accesoria cuando pone en conocimiento, cuando comunica a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva. Sin embargo la doctrina que se ha ocupado de la cuestión parece tener opiniones distintas a la del Supremo. Díez-Picazo mantiene que el deudor, para quedar liberado de su obligación, es preciso que imponga como condición al tercero el respeto de la exclusiva y que, en caso de no aceptarlo su contrario, no contrate con él ³². Por su parte Puente Muñoz ³³ cree también que es difícil sostener la irresponsabilidad del deudor por el mero

³¹ Así parece entenderlo la propia sentencia en un considerando inmediatamente anterior al ya transcrito de la eficacia del pacto de exclusiva: «*A las obligaciones, típicas y esenciales, pueden añadirse otras, que, sin embargo, no cambian la naturaleza del contrato, como son, respecto del vendedor, la obligación de que los terceros adquirentes suyos no vendan en la zona reservada al comprador, y, por parte del comprador, la obligación de comprar un mínimo de mercancías, y la obligación, tampoco esencial, pero que ha llegado a ser bastante frecuente en la práctica, de no vender en la zona establecida otras mercancías que aquellas del vendedor, obligación que no puede confundirse ni con la esencial de la exclusiva de no adquirir mercancías semejantes de terceros ni con aquella de adquirir toda la producción*». También así lo mantiene DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 29 de octubre de 1955»... cit., p. 397. Se plantea CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»... cit., p. 825, si la STS 29 de octubre de 1955 en realidad lo que ha querido es que esta obligación de respeto a la exclusiva por terceros surja por acuerdo expreso de las partes contratantes en una de las cláusulas del contrato de exclusiva o simplemente faculta al Juez para que en labor integradora pueda incluirse en cada supuesto como pacto contractual accesorio. Parece inclinarse, no obstante, por la primera alternativa. Por el contrario, en la doctrina italiana RUBINO, D.: *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo*, vol. XXIII, 2.^a ed., ampliada, Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 602, entiende que de la obligación de exclusiva deriva, si se vende a terceros fuera de la zona reservada, la obligación por parte del vendedor de insertar en tales contratos una cláusula por la cual los terceros deben respetar la zona de exclusiva. Tal obligación según él es, pues, implícita a la exclusiva aunque puede eliminarse por acuerdo de las partes. A su vez, cuando es a cargo del comprador, la exclusiva lleva implícita la obligación de no vender en aquella zona otras mercancías sino aquellas del vendedor. El pacto trata de asegurar al comprador, pues, la exclusiva de su actividad comercial en aquella zona determinada. No obstante esta última es una opinión aislada.

³² «Comentario a la STS 29 de octubre de 1955»..., cit., p. 397. En igual sentido LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, 3.^a ed., José M.^a Bosch, Barcelona, 1955, p. 74.

³³ «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 462.

hecho de que notifique la existencia de la obligación de respetar la zona, pero considera excesiva la solución dada por el autor anterior en el sentido de que el deudor deba imponer como condición al tercero para contratar con él el respeto a la exclusiva «*teniendo en cuenta especialmente la naturaleza de ciertas mercaderías cuya venta depende de la coyuntura del mercado que obliga a contratar con el comprador que no se avenga después a respetar la exclusiva, o simplemente que tampoco quiera vincularse a respetarla formalmente en atención a sus posibles necesidades de reventa. Por otra parte, la negativa a obligarse a cumplir la prohibición de la exclusiva necesariamente no significa la intención del tercero de violarla*»³⁴. La liberación del deudor con la simple comunicación al tercero de la obligación de respeto a la exclusiva es, sin duda, más acorde con la fluidez del tráfico jurídico. No obstante, pensamos que en principio habrá que acudir al examen de cada contrato de exclusiva para concluir si las partes han acordado sobre el contenido del concreto deber que ha asumido el deudor. Quizá hayan pactado de modo expreso que al acreedor le basta con que el deudor comunique a los terceros la existencia de este deber. Pero si los contratantes han guardado silencio al respecto, la forma más segura de que el deudor cumpla su obligación asumida contractualmente es la propuesta de Díez-Picazo, en la medida en que con la simple comunicación del deber de respeto no hay jurídicamente ninguna posibilidad de que el vendedor que vende al tercero pueda forzar a éste a respetar la exclusiva, en el supuesto de que voluntariamente el tercero no asuma el compromiso.

La otra cuestión, ligada indudablemente a la solución dada en el caso anterior, es la responsabilidad del tercero. El Supremo entiende que el acreedor tiene una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el tercer adquirente al que le ha sido comunicada la prohibición de revender y aún así la ha infringido revendiendo las mercancías en una determinada zona. Desde luego, es claro que si el deudor y el tercer adquirente pactan de modo expreso en el segundo contrato el deber de respetar la zona reservada al primer comprador, hay una responsabilidad contractual del tercer adquirente ya que el segundo contrato encierra una estipulación a favor de tercero (en este caso a favor del acreedor). De manera que el acreedor podrá dirigirse contra el tercero directamente, exigiéndole responsabilidad por incumplimiento contractual. Pero también parece evidente, frente a la solución a la que llega el Tribunal Supremo, que el mero conocimiento o la mera notificación del deber de respeto al tercer adquirente no genera en éste ningún tipo de responsabilidad contractual si luego revende las mercancías en la zona prohibida, ya que el mero conocimiento o la mera notificación de la exclusiva no implica una estipulación contractual en favor de tercero³⁵.

³⁴ «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 126-127.

³⁵ Así lo han entendido PUENTE MUÑOZ: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del TS»..., cit., p. 462, y la posterior STS 21 de marzo de 1962 (Ar. 1452).

Sin embargo sí ha planteado algún autor la posibilidad de que el tercero responda por acto de competencia desleal si conoce la existencia de la exclusiva ³⁶.

Esta cuestión de las violaciones indirectas de pactos de exclusiva ha sido muy estudiada desde hace años en la doctrina italiana y se conoce con la denominación de importaciones libres ³⁷. Al respecto hay dos grandes opiniones doctrinales: una minoritaria, que entiende que la importación de mercancías por un tercero en una zona reservada es ilícito competencial siempre y cuando el tercero conozca la exclusiva. Se viola, pues, la hipótesis prevista en el artículo 2598.3 del Código Civil italiano (precepto que estima desleal la actividad de quien se vale directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la corrección profesional e idóneo para dañar la hacienda de otros) ³⁸. La mayoritaria, que comparte el Tribunal Supremo italiano, sostiene que el tercero es irresponsable frente a la violación de la exclusiva, amparándose sobre todo en la idea de la eficacia relativa de los contratos, de manera que el pacto de exclusiva genera una obligación de no concurrencia entre los contratantes, pero no genera tal obligación en los terceros y como consecuencia éstos tienen el derecho a introducir libremente en la zona asignada al exclusivista los productos objeto de la exclusiva. Para esta segunda postura, pues, el eventual conocimiento que el tercero tenga de la existencia del pacto de exclusiva no cambia los términos de la cuestión, porque excluida la ilicitud del acto y excluida la eficacia «*extra partes*» del pacto mismo, nada importa ya el conocimiento que el tercero tenga o no de la exclusiva, no pudiendo tal factor sub-

³⁶ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 462. Desde luego parece difícil entender que a la luz de la vigente Ley 3/1991 reguladora de la competencia desleal este supuesto vulnera el artículo 14.1, precepto que estima como desleal la inducción por parte de un tercero a que el deudor infrinja un deber contractual de carácter principal. Quizá, tal y como se revisa más tarde, pueda alegarse que la introducción de los productos en la zona reservada origina actos de confusión en el mercado.

³⁷ Tal denominación es propuesta por FRANCESCHELLI, R. en su primer estudio sobre la materia «Premesse e rinvio allo studio della posizione degli agenti, delle filiali, dei concessionari rispetto ai marchi del loro principale», *Riv. dir. ind.*, II, 1953, pp. 116-136. Distingue tres hipótesis dentro del ámbito de las importaciones libres en zona de exclusiva: Primero, los agentes con exclusiva, que son también titulares de la marca del producto objeto de la exclusiva, y que fabrican el producto mismo, en base a la licencia del productor extranjero. Segundo, el caso de agentes con exclusiva, que son también titulares de la marca italiana del producto objeto de la exclusiva, pero que no producen ellos mismos los bienes. Y, en tercer lugar, las llamadas hipótesis puras que no están cargadas de los problemas relativos al derecho de marcas y que es el caso del agente concesionario, licenciatario, comprador con exclusiva, etc. no titular de la marca del producto. Obviamente en nuestro estudio sólo interesan estas últimas.

³⁸ Vid. por todos GRECO, P.: «Concorrenza sleale e violazione di marchio nel commercio degli orologi Omega», *Riv. dir. ind.*, 1953, I, pp. 237-261, y recientemente VILLAGROSSI, C.: «Interferenza del terzo nel contratto e concorrenza sleale», *Riv. dir. ind.*, 1982, II, pp. 91-103. También en este sentido las sentencias de App. Milano 25 de marzo de 1955 (*Riv. dir. ind.* 1955, II, p. 154) y Savona 31 de agosto de 54 (*Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 370).

jetivo transformar en ilícito aquello que es objetivamente lícito. Según esta teoría la violación de exclusiva no constituye en sí un acto de competencia desleal salvo que el «importador libre» se procure las mercancías gracias a la violación de normas imperativas y en particular mediante el contrabando³⁹. Se ha sostenido por parte de algún autor⁴⁰ que esta segunda tesis mantiene el carácter relativo de la eficacia de los contratos como un argumento meramente superfluo y que en realidad se apoya en la libertad de comercio y en las ventajas que supone desde el punto de vista de la competencia una violación de exclusiva. En su opinión el argumento de la eficacia relativa de los contratos no explica suficientemente la afirmación de que la violación de una exclusiva por un tercero no es una conducta contraria al ejercicio honesto del comercio.

En las sentencias de las Audiencias españolas sí tenemos algunos casos en que se plantean problemas de importaciones paralelas. Tales resoluciones consideran equiparables los contratos de licencia y sublicencia de uso de una marca con los contratos de concesión o distribución en exclusiva (aquí sólo interesa los del segundo tipo). Todas estas sentencias suelen apoyarse en la doctrina de la STS 15 de mayo de 1985 (Ar. 2393) y en el Derecho Comunitario, en concreto, en la orientación seguida por el Tribunal de Justicia de la CEE, y mantienen que la existencia de ambos tipos de convenios no impide que un tercero ajeno al pacto pueda comercializar productos con la marca legítima (fabricados, pues, por el cedente) en la misma zona que abarca la licencia de uso de la marca o la concesión en exclusiva. De manera que las importaciones paralelas de terceros dentro de una zona reservada son lícitas. Así por ejemplo es significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de abril de 1989⁴¹. Dos empresas venden en la misma zona los productos de una marca japonesa. La primera tiene un contrato de distribución en exclusiva con la empresa fabricante para vender en España. La empresa concesionaria demanda una indemnización de daños y perjuicios a la segunda empresa que vende en esa zona por cometer un acto de competencia desleal. Sin embargo, tanto el Juzgado de 1.ª Instancia como la Audiencia entienden que la violación de un pacto de exclusiva por una empresa que compra fuera de la zona reservada pero que revende en la zona de exclusiva no supone competencia ilícita porque en principio el pacto de exclusiva sólo posee efectos *inter partes*, entre las partes contratantes. Únicamente tiene responsabilidad

³⁹ Partidarios de la irresponsabilidad del tercero son CARNELUTTI, C.: «Il caso Burlando-Palmolive», *Riv. dir. ind.*, 1955, II, pp. 139-149; FRANCESCHELLI, R.: «Primo bilancio sulle importazioni libere in zona di esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1956, II, pp. 71-72 y 75, y «Epilogo sulle importazioni libere in zona di esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 213; GUGLIELMETTI, G.: *Limiti negoziali della concorrenza*, Cedam, Padova, 1961, pp. 314-315; GRAZIANI, A.: «Importazioni di zona d'esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1954, II, pp. 335-345; RUBINO, D.: *La compravendita...*, cit., p. 604 y MORERA, R.: «Il patto di esclusiva nella giurisprudenza e nella dottrina italiane», *Riv. dir. ind.*, 1962, p. 341.

⁴⁰ GHIDINI, G.: «Della concorrenza sleale», *Commentario al codice civile diretto da Piero Schlesinger*, Giuffré ed., Milano, 1991, p. 309.

⁴¹ RGD, núm. 540, 1989, pp. 5865-5868.

la empresa revendedora por la vulneración del pacto de exclusiva si ha asumido la obligación de respetarla o si ha incurrido en una conducta contraria a la competencia desleal ⁴².

V. VIOLACIONES DIRECTAS DE PACTOS DE EXCLUSIVA

Estudiamos ahora los casos más comunes en que tercero y deudor concurren en la producción de un daño (lesión del derecho del acreedor) a través de la celebración de un segundo contrato posterior a la exclusiva, tanto si el tercero induce al deudor como si se limita a celebrar con él el contrato (concedente que vende a terceros dentro de la zona de exclusiva, cantante que graba canciones con una segunda casa discográfica estando obligado por una exclusiva anterior...). Como veremos más tarde, en estas violaciones de exclusiva lo normal es que el acreedor únicamente demande al deudor. No suele demandar a los terceros y rara vez demanda conjuntamente a deudor y terceros.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

En cuanto a la responsabilidad del deudor en este tipo de casos no suele haber problema. Es responsable contractual frente al acreedor, porque viola mediante la celebración del segundo contrato la obligación negativa (obligación de exclusiva) y ello lleva consigo el incumplimiento (ya veremos de qué tipo, si definitivo o no). A él únicamente puede dirigir el acreedor la demanda de cumplimiento específico (si es

⁴² Normalmente suele alegarse por el demandante que la empresa revendedora origina actos de confusión en el mercado al introducir los productos. En el caso planteado la Audiencia entiende *«a los fines de este proceso, que no se advierta otra posibilidad de confusión como no sea la que resulta de la mera concurrencia de dos comerciantes en la venta de relojes de una marca extranjera, con sus mismos accesorios y distintivos, sin violación alguna de los signos de identificación, actividad o prestaciones de la demandante, cuyo derecho de reconocibilidad no consta lesionado más que en la tolerable medida que resulte, en un sistema de libre competencia, de que otro venda lo mismo que ella»*... También suelen alegar que la revendedora ha infringido las reglas objetivas de buena fe, corrección o usos mercantiles. Sin embargo, según la Audiencia *«la prestación de un servicio después de la venta en beneficio de la clientela o la libre fijación de precios no merecen aquella calificación por sí y sin la adición de algún comportamiento constitutivo de deslealtad»*. «... De ello resulta la conclusión de que el proceso ofrece la realidad, entre los litigantes, de una competencia al vender ambas el mismo tipo de mercadería y de que, consiguientemente, sus intereses, en la lucha por la clientela, están en conflicto, pero sin que los términos de tales concurrencia y colisión permitan hablar de deslealtad alguna, y por ende, justifiquen una intervención reparadora, cual que se pide en la demanda, correctamente desestimada en la primera instancia». Vid. también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 27 de junio de 1994 (RGD, núms. 616-617, 1996, pp. 1213-1217), de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 1995 (RGD, núms. 616-617, 1996, pp. 891-896) y de 20 de julio de 1995 (RGD, núm. 615, 1995, pp. 13947-13957).

posible todavía) o la de resolución (si es un contrato sinalagmático) y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios. Realmente la doctrina no tiene la menor duda del carácter contractual de la responsabilidad del deudor⁴³. Carece de sentido defender, pues, una responsabilidad extracontractual del deudor alegando que participa en el ilícito del tercero, ya que por la misma razón cabría pensar que la responsabilidad de este último es contractual al participar en el incumplimiento del deudor⁴⁴.

La regla general en estos supuestos es que la actividad del deudor parece que siempre ha de considerarse dolosa, tanto si el tercero induce al deudor como si es este último el que lleva la iniciativa a la hora de concluir el contrato. Creo que sería una hipótesis de laboratorio pensar que el deudor celebra un segundo contrato incumpliendo la exclusiva previa porque ha sufrido un engaño por parte del tercero, o bien intimidación, violencia o error. De todas formas, en caso de sufrir el deudor alguno de estos vicios del consentimiento, tendría la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del segundo contrato y a su vez el acreedor sólo podría reclamar daños y perjuicios contra el tercero, quedando liberado el deudor de toda responsabilidad. Pero son supuestos que raramente, repetimos, se plantearán en la realidad.

El dolo por parte del deudor que incumple la exclusiva no debe entenderse tanto como voluntario incumplimiento (infracción cometida libre y voluntaria) cuanto como un supuesto en que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo⁴⁵. La consecuencia de que el deudor sea doloso es que su responsabilidad se agrava; está obligado a un resarcimiento integral de los daños (responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación). El dolo es, pues, un criterio de agravación de la responsabilidad y no un presupuesto de la facultad del acreedor para reclamar el resarcimiento de los daños ni un elemento integrante del incumplimiento⁴⁶. Ya veremos cómo se conjuga este resarcimiento integral de los daños con el deber de indemnizar del tercero.

⁴³ Díez-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 21 de marzo de 1921», *EJC*, vol. I... cit., p. 390; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, II, reimpresión de la 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 97; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos... cit. p. 132; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer», *RDP*, 1976, p. 490; PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 124-125 y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., pp. 443-444; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito»..., cit., p. 848; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *RCDI*, núm. 603, 1991, p. 470. En la doctrina francesa GINOSSAR, S.: *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, LGDJ, Paris, 1963, pp. 71-73 y VINEY, G.: *Traité de Droit Civil*..., cit., pp. 244-245. En la italiana, BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito*... cit. pp. 238-240.

⁴⁴ Vid. por todos FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La lesión extracontractual del crédito*..., cit., p. 338 nota al pie de p. 16.

⁴⁵ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II..., cit., p. 612.

⁴⁶ *Idem*, cit. p. 612.

Por otra parte es interesante poner de relieve también cómo el dolo del deudor no debe equipararse a un especial ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, sino que es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja. Así, la economía moderna ha puesto de manifiesto casos en los cuales el deudor decide incumplir su obligación no tanto para dañar a su acreedor cuanto porque ello le permite estar en situación de emprender un negocio diferente y para él más lucrativo ⁴⁷. Normalmente cuando el deudor celebra un negocio e incumple la exclusiva previa tiene este segundo tipo de propósito.

Pensamos que en estos casos de violaciones directas (al revés que en las indirectas) parece un tanto inútil plantearse como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor frente al acreedor su notificación de la exclusiva al tercero. Por ejemplo, no tiene sentido plantearnos que un cantante alegue en el juicio interpuesto por el acreedor que ha notificado a la segunda casa discográfica la existencia de una exclusiva anterior con otra casa. Qué finalidad tiene tal alegación frente al acreedor si el deudor en realidad ha querido incumplir porque le resulta más rentable el segundo contrato. Otra cosa diferente es que tal notificación pueda alegarla frente al tercero en sus relaciones internas para que sólo el tercero sea el que finalmente pague al acreedor su indemnización. Sin embargo, hay una resolución de violación directa de exclusiva en la que sí ha lugar a plantearse si el deudor queda liberado de responsabilidad frente al acreedor con la notificación de la exclusiva al tercero. El Supremo, sin embargo, responde a ello de forma negativa ⁴⁸.

Por último, cabría plantearse otra posible causa de exoneración de la responsabilidad del deudor que incumple su obligación de exclusiva: que alegue que se trataba de un contrato de exclusiva sin límite tempo-

⁴⁷ *Idem.*, cit., p. 611.

⁴⁸ Es la STS 21 de marzo de 1962, en que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca reconoce la exclusiva en la explotación de un arrendamiento en un mercado de dicha población en favor del dueño de cierto restaurante. En el mercado se establecen después algunos bares que daban bocadillos y platos de comidas. Como el Ayuntamiento no lo impide, el dueño del restaurante demanda al Ayuntamiento pidiendo que se declare su derecho a la exclusiva y que se condene al Ayuntamiento a mantenerle en ella y a indemnizarle los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado estima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revoca en parte y entiende que el Ayuntamiento queda liberado de la obligación de indemnizar al haber sido notificada por éste la exclusiva a los terceros dueños de los bares instalados en el propio mercado y que al beneficiario de la exclusiva le queda una acción directa contra los dueños de los bares, acción que surge de la notificación hecha a los mismos que constituye una estipulación a favor del recurrente. El Supremo en cambio mantiene que el hecho de notificar la exclusiva no libera al Ayuntamiento y éste debe tener un comportamiento activo y positivo en cada momento que permita obtener un respeto para el concedente de la exclusiva (por ej., ejercitar las acciones judiciales oportunas contra los dueños de los bares). La otra resolución del Supremo en la que éste indica que la notificación libera al deudor, al contrario, pues, que en el presente caso, es la resolución de 29 de octubre de 1955; pero se trata de un supuesto de infracción indirecta de exclusiva (donde sí tiene sentido plantearnos tal causa de exoneración de la responsabilidad del deudor frente al acreedor).

ral fijado y que al contratar posteriormente con un tercero dentro de la zona de exclusiva él no ha hecho más que ejercitar su derecho a la denuncia unilateral del primer contrato, permitida por la jurisprudencia en los contratos con exclusiva sin fecha de terminación. Normalmente se adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral (postura adoptada en el art. 1569 del Código Civil italiano), bien señalando un plazo máximo de duración de los mismos.

La hipótesis a la que nos referimos se plantea en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 31 de mayo de 1990⁴⁹. La parte demandada (concedente de la exclusiva), ante la acción de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la beneficiaria de la exclusiva, alega el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral de su compromiso previo desde el momento en que en el verano de 1987 concierta con un segundo empresario la distribución de sus productos en la zona asignada a la entidad actora. La Audiencia concede la indemnización al concesionario; luego parece que no admite la irresponsabilidad del deudor ante el ejercicio de la denuncia unilateral del contrato de duración indefinida de exclusiva por medio de la celebración de un segundo contrato dentro de la zona reservada. Sin duda, el correcto ejercicio de la denuncia requiere su notificación previa al beneficiario de la exclusiva.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO

Las cuestiones a plantearse son las siguientes: ¿Podrá ejercitarse la acción de resarcimiento en todos los casos contra el tercero extraño a la relación jurídica lesionada? ¿Qué fundamento tiene el deber de reparar de este último si se admite su responsabilidad?

A) CONDICIONES PARA LA RESPONSABILIDAD

Estudiamos en este punto las circunstancias que han de concurrir para la determinación de la responsabilidad del tercero. Normalmente hay un acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en considerar que el tercero responde sólo en caso de dolo, pero no de culpa. Ahora bien, cómo se entiende el dolo: ¿Es necesario únicamente que el tercero conozca la relación jurídica anterior o además que tenga como propósito causar un daño al acreedor? Suele hacerse coincidir en la doctrina extranjera y en la española el dolo con el conocimiento por parte del tercero de la exclusiva anterior, ya que la admisión de un dolo en cuanto intento concreto de dañar al acreedor significaría reconocer al tercero que permanece extraño al contrato una intangible

⁴⁹ RGD, núms. 556-57, 1991, pp. 846-849.

esfera de libertad dentro de la cual podría moverse con total albedrío⁵⁰. En las pocas resoluciones referidas a las violaciones de pactos de exclusiva por deudor y tercero en que se demanda a este último junto con el deudor, factor decisivo para estimar la responsabilidad o irresponsabilidad del tercero frente al acreedor ha sido también el dato del conocimiento de la exclusiva por parte del tercero. Así las SSTS 23 de marzo de 1921 y 4 de mayo de 1973 establecen el deber de reparar los daños y perjuicios por el tercero debido a que concertó un segundo contrato con el deudor a sabiendas de que existía un contrato de exclusiva anterior⁵¹. Por su parte, en la misma línea, la STS 20 de marzo de 1995 libera de su responsabilidad al tercero, anulando las sentencias de instancia y de apelación, por el hecho de que el tercero desconocía el pacto anterior. Nuevamente, pues, la importancia del conocimiento de la exclusiva por el tercero, pero ésta vez utilizado

⁵⁰ En nuestra doctrina *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 151 («... es ese conocimiento y esa celebración posterior del contrato lo que ha de estimarse decisivo, siempre y cuando la lesión del derecho personal anterior haya producido un daño y exista un nexo de causalidad entre el hecho y la consecuencia dañosa»); Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 605 («El dolo del tercero debe ser configurado como simple voluntariedad de la acción dañosa y no como propósito de causar un perjuicio al derecho del acreedor»); Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, II, cit., p. 223, y CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Gullón, tomo II, Madrid, 1959, p. 112. En cambio parece equiparar la intención de dañar y el conocimiento del derecho previo DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, parte general, 2.^a ed. revisada y puesta al día por De Cossío Martínez y León-Castro Alonso, Civitas, 1991, p. 472. La doctrina francesa y la italiana señalan también el dolo para hacer responsable al tercero: BOULANGER, M. J.: «Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis a publicité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, p. 563; GINOSSAR, S.: *Liberté contractuelle...*, cit., pp. 94-95; SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile...*, cit., p. 187; VINEY, G.: *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 246; BUSNELLI: *La lesione del credito...*, cit., p. 256-257 (en concreto este autor habla de la irresponsabilidad del tercero en caso de buena fe, entendiendo ésta en sentido subjetivo como conocimiento o desconocimiento, no como adopción de una determinada actitud impuesta por la diligencia); DI MARTINO: «La responsabilidad del terzo «complice»...», cit., p. 1397; TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore...», cit., p. 303; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo»... cit. pp. 219-221 (se plantea como única posibilidad de responsabilidad del tercero el caso de dolo pero finalmente aboga por la irresponsabilidad); VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., pp. 437-440; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti...*, cit., pp. 434-436. También en el *Common Law*, donde en un principio la interferencia del tercero se define como *malicious*, en la actualidad basta que el tercero conozca el contrato o el interés del demandante. *Vid.* PROSSER AND KEATON: *On Torts...*, cit., pp. 979 y 982.

⁵¹ Como ya se ha indicado antes, la STS 23 de marzo de 1921 es la primera resolución en la que aparece un pacto de exclusiva. Es un supuesto de arrendamiento de servicios, celebrado en el año 1913 entre la compañía demandante *Talking Machine et Co.* y la cantante de dúo doña Francisca Marqués (conocida artísticamente por *Raquel Meller*), por la que esta última se obliga a grabar sus canciones en exclusiva para esa casa editora de discos. En el contrato constaba el derecho de esa sociedad editora a notificar dicho convenio a las personas o entidades que tuviera por conveniente. Así en el año 1916 la demandante notifica por medio de Notario el contrato a la «Compañía del Gramófono Española, S. A.». Sin embargo la Sra. Marqués incumple la obligación de exclusiva asumida en el contrato de grabación y graba para la segunda compañía algunas de las canciones de su repertorio. Es demandada por *Talking Machine et Co.*, la cual solicita que se declare nulo

para declarar la irresponsabilidad ⁵². Esta última resolución aporta un dato bastante criticable cara a la prueba de que el tercero desconocía la existencia de la exclusiva: así el Supremo considera que la inserción de una cláusula en el segundo contrato por la que el deudor (en este caso el cantante) se reconoce libre de toda responsabilidad a la hora de contratar constituye una presunción de que la segunda casa discográfica no conocía la existencia del primer contrato. De todas formas, lo más indicado seguramente es que si una empresa ha contratado los servicios de otra en exclusiva, en cuanto tenga el menor indicio de que su contratante puede estar en tratos contractuales con una tercera empresa debe notificar a esta última –seguramente por conducto notarial– el hecho de que su deudor ya está comprometido previa-

el contrato de venta, que se obligue a la segunda compañía a la venta de los originales y de los discos grabados ilegalmente y que se condene a ambos demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados. Tanto la sentencia de primera instancia como la Audiencia acogen las pretensiones de la demandante. Y la «Compañía Española del Gramófono» interpone recurso de casación, que el Supremo admite de modo parcial. El Tribunal establece la responsabilidad tanto de la cantante como la de la segunda casa discográfica, pero no acogió la nulidad del segundo contrato que viola la exclusiva. La responsabilidad del tercero no se funda desde luego en querer hacer extensivo a la compañía las obligaciones contraídas por la cantante, sino «*que se funda en que la sociedad demandada, notificada en el año 1916 del compromiso creado en 1913, por doña Francisca y la compañía demandante, causó a ésta los consiguientes perjuicios al impresionar con el canto de dicha artista los discos relacionados en la demanda, infringiendo aquel contrato, y que esos perjuicios los ocasionó por culpa o negligencia voluntaria en actos colectivos que realizaron los demandados en la litis...*». Por tanto, la responsabilidad parece basarla el Supremo en el conocimiento que la segunda compañía tuvo de la exclusiva, en este caso por la notificación notarial que la dirigió la primera compañía. En opinión de PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 444, no aclara suficientemente el Tribunal si bastaba la notificación y consiguiente conocimiento del pacto de exclusiva de grabación para originar la responsabilidad por infracción del mismo para la segunda compañía, con lo cual a su juicio puede pensarse como fundamento de la responsabilidad en la violación de un deber de concurrencia leal infringido por la compañía demandada.

En la STS 4 de mayo de 1973 (Ar. 2291) se trata de un contrato de edición y distribución en exclusiva, celebrado en el año 1962 entre D. Francisco B. G. (y «Editorial Bruguera, S. A.», de la que es titular) y doña María del Socorro T. L., por el cual ésta se compromete a ofrecer a don Francisco todas las obras literarias que produzca durante el tiempo de vigencia del contrato, para que éste las publique por sí o gestione su publicación. Posteriormente doña María del Socorro celebra un segundo contrato en el año 1965 con don Manuel R. y «Editorial Rollán, S. A.», por virtud del cual la autora cede el conjunto de su producción literaria. La primera editorial solicita se declare ilegal la publicación y distribución de las obras de la autora por la segunda editorial. La sentencia de primera instancia declara válido el primer contrato y perfectamente eficaz, y totalmente ineficaz el segundo contrato. La Audiencia Territorial revoca la sentencia de instancia en cuanto a la ineficacia del segundo contrato, sin menoscabo de la obligación de indemnizar. Tanto la autora como la segunda editorial interponen recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Supremo desestima el recurso de casación y declara el deber de indemnizar solidariamente los daños y perjuicios por los demandados. Mantiene en su penúltimo considerando el deber de respetar la exclusiva no sólo por parte del deudor sino también de terceros y nuevamente la infracción de tal deber se fundamenta en que ambos contratantes conocían la existencia de la exclusiva: «... *que, en actuación conjunta con aquélla, han realizado actos de transgresión del deber de respetar tal exclusiva "a sabiendas de que dicha señora tenía limitados sus derechos"*».

mente⁵³. Dentro de toda esta línea uniforme seguida por el Supremo, y corroborada por la doctrina, hay, sin embargo, una reciente resolución, sorprendente por otra parte en sus razonamientos, que exonera al tercero del deber de indemnizar daños y perjuicios al acreedor, a pesar de que está probado el conocimiento de la exclusiva por el tercero (incluso él fue quien indujo al deudor a incumplir)⁵⁴.

⁵² La STS 20 de marzo de 1995 (Ar. 965) trata de un contrato privado de prestación de servicios artísticos en exclusiva celebrado el 1 de marzo de 1988 entre la «Compañía Blanco y Negro Music, S. A.» y el cantante R. O. G., por el que el intérprete, además de comprometerse a ejecutar para el productor en exclusiva las obras musicales que éste le indicara a los fines de grabación, concede a la compañía el derecho exclusivo de grabación sonora y audiovisual de sus interpretaciones artísticas, así como poner a la venta las obras fonográficas y audiovisuales resultantes. Con posterioridad, el 23 de octubre de 1989, el cantante celebra un contrato con la compañía «Promoción y Marketing Discográfico, S. A.», figurando no ya como intérprete sino como productor y declarando bajo su responsabilidad estar libre de todo compromiso que pudiese impedir la realización de este nuevo contrato. Por este último contrato, la segunda casa discográfica lanza al mercado tres discos con interpretaciones del cantante. «Blanco y Negro Music» demanda conjuntamente a la casa discográfica y al cantante, basándose en que el contrato primero con él estaba vigente y era válido y eficaz. Pide que se condene a los demandados a resolver su contrato y a indemnizarle daños y perjuicios de forma solidaria. Ambas peticiones son estimadas tanto por el tribunal de primera instancia como por la apelación. La compañía demandada recurre en casación pidiendo ser exonerada de toda responsabilidad, fundando su recurso en que ella no fue parte contratante en el primer contrato y no se la puede responsabilizar por el incumplimiento de un contrato en el que ni siquiera ha intervenido. El Supremo, a pesar de reconocer que ambos contratos tenían el mismo objeto, exonera a la casa discográfica demandada, ya que no se ha acreditado en ningún momento que la misma hubiese conocido la existencia del pacto de exclusiva: *«Al no haber resultado acreditado que la sociedad recurrente conociera la realidad del contrato inicialmente suscrito entre el Sr. Orellana y la sociedad actora, su manifiesta falta de intervención en él y su condición de tercero al respecto, conduce de modo ineludible, a concluir que el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos 1254 y 1278 e inaplicó también, de manera indebida, el artículo 1257...»*.

⁵³ De hecho así lo hizo la casa discográfica acreedora en la STS 23 de marzo de 1921, e incluso introdujo una cláusula en su contrato por la que se reservaba el derecho a comunicar a quien deseara la exclusiva.

⁵⁴ Se trata de la STS 31 de diciembre de 1993 (Ar. 9917). El 24 de febrero de 1987 «M., S. A.» y Hazy, O. (cantante de un grupo musical alemán) firmaron un contrato en virtud del cual el segundo se comprometía a actuar en la discoteca J. P. de Palma de Mallorca. Durante los meses de octubre y septiembre del año 1985 se comprometían, pues, a actuar estableciendo un pacto de exclusividad para toda Mallorca, estipulándose además de forma expresa que la banda no actuaría en el local «R. P.». Antes de la iniciación del trabajo, el señor D. Bartolomé C. M. se desplazó a Zurich y consiguió que la banda musical se comprometiera a actuar, incumpliendo el contrato anterior, en la discoteca R.P., que pertenecía a D. Bartolomé C. M. El dueño de la primera discoteca interpone demanda no sólo frente a la banda musical, así como algunos intermediarios, sino también frente al dueño de la otra discoteca, en la cual finalmente actuaron los músicos. La sentencia de primera instancia declara la responsabilidad contractual de la banda y la extracontractual de la segunda discoteca. En cambio la Audiencia revoca la de instancia en lo relativo a la responsabilidad extracontractual de la segunda discoteca. El Supremo alega, a través de una argumentación poco clara, que el tercero no ha incurrido en ningún tipo de responsabilidad, ni contractual ni extracontractual: *«... No cabe estimar una acción que, como la de responsabilidad extracontractual dirigida contra el repetido Sr. C. pretende la reparación de los daños causados por un acto concreto, el del incumplimiento contractual de un convenio en el que aquel no fue parte, y aún admitiendo que su conducta hubiese propiciado tal incumplimiento, e incluso que se hubiese podido responsabilizar ante los incumplidores de las consecuencias económicas que pudiese comportar su incumplimiento, es lo cierto que,*

Restan tres precisiones sobre el dolo en cuanto conocimiento de la exclusiva por parte del tercero: En primer lugar, a nuestro juicio el dolo no sólo engloba los casos en que hay propiamente inducción, sino también los supuestos en que el tercero propiamente no induce al deudor a incumplir la exclusiva, sino que se limita a concluir con este último un contrato incompatible con el primero. En contra se ha mantenido por alguna opinión doctrinal⁵⁵ que hay una diferencia clara entre ambas hipótesis, de manera que si existe instigación del tercero la ampliación del riesgo asumido por el acreedor con el contrato es máxima, porque el acreedor está expuesto a un peligro mayor del que estaría si el deudor no hubiese recibido un estímulo a no cumplir el contrato (por tanto, el tercero debe responder). En cambio si la iniciativa procede exclusiva-

*ni puede dirigirse contra él –y por ello no se hace– una acción de responsabilidad contractual, ni tampoco puede prosperar la de responsabilidad extracontractual originada por un acto voluntario de terceras personas, voluntariedad que rompe el nexo de causalidad exigible entre la conducta más o menos reprobable del demandado y los daños causados, por lo que, al faltar la aludida relación de causalidad, no puede prosperar la acción, debiéndose en su consecuencia, rechazar los motivos planteados por el recurrente y confirmar la sentencia que desestima la acción de responsabilidad extracontractual formulada contra el Sr. C.». Detrás de esta confusa argumentación sobre la relación de causalidad creo que, además de esconder el principio de la eficacia relativa de los contratos, se encuentra la idea de que el daño del tercero es un daño indirecto, sin evidente relación de causalidad. El acto voluntario de los cantantes (codeudores) de contratar por segunda vez parece que en opinión del Supremo es la causa directa de la lesión del derecho de crédito que interrumpe el nexo causal. No creo, sin embargo, que pueda mantenerse en estos supuestos de violaciones de pactos de exclusiva por la concurrencia o confabulación de deudor y tercero que la actuación del tercero cuando contrata tenga un carácter meramente indirecto y que por ello no se cumpla el requisito del nexo de causalidad para exigirle responsabilidad ex artículo 1902 del Código Civil. Se trata de unos actos colectivos, conjuntos, de tercero y deudor y sería muy difícil determinar o individualizar la medida concreta de la participación de cada uno de ellos en el evento dañoso. Esta afirmación de la actuación del tercero como causa directa en la participación de la lesión del derecho de crédito seguramente no es mantenible para todos los casos en que un tercero con su actuación impide el cumplimiento de su obligación por el deudor, es decir, para los demás supuestos de tutela aquiliana del crédito. Así, puede verse claramente en un ejemplo que pone Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 605, cuando explica el perjuicio del derecho de crédito como daño aquiliano: En el caso del tercero que imprudentemente ocasiona un *shock* a una cantante, que la impide cumplir sus compromisos artísticos previos, tal tercero será responsable de los daños materiales y morales que el *shock* lleve consigo, pero el daño contractual es un sólo un daño indirecto. En opinión de este autor hay una responsabilidad extracontractual del tercero causante del daño cuando aquél ha actuado dolosamente, pero en cambio tal responsabilidad no se origina cuando el daño es causado por el tercero al acreedor en forma indirecta y por simple negligencia.*

Hay también una resolución, STS 21 de marzo de 1962, ya comentada anteriormente, en que un Ayuntamiento otorga una concesión de exclusiva a un restaurante y posteriormente se establecen en el mercado algunos bares que venden bocadillos vulnerando así la exclusiva anterior. PUENTE MUÑOZ, T: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 450, sostiene cuando comenta esta resolución que encierra también una excepción a la línea seguida de que el tercero es responsable si conoce la existencia de la exclusiva. No creo que haya tal excepción, puesto que lo único que señala el Supremo es que la notificación por el Ayuntamiento de la exclusiva a los dueños de los bares no genera una acción directa del exclusivista en relación a los terceros, ya que la mera notificación no hace surgir una estipulación a favor del acreedor. Pero en ningún momento dice que los terceros sean irresponsables por la imposibilidad del acreedor de ejercitar el artículo 1902 del Código Civil.

⁵⁵ DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo “complice”...», cit., pp. 1403-1404.

mente del deudor, limitándose a realizar el tercero un contrato con aquél, desaparece la relación causal entre la conducta del tercero (interferencia) y el hecho dañoso (incumplimiento). El tercero que facilita el incumplimiento no influye sobre la voluntad del deudor, que ya está formada, sino que su actuación se limita a permitir simplemente el incumplimiento.

En segundo lugar, algún autor llama la atención acertadamente sobre el carácter demasiado simplista de la afirmación de que el tercero es responsable siempre que conozca la existencia del contrato previo, sin preguntarse, pues, por la exacta naturaleza o grado de conocimiento del contratante y los términos en que éste es requerido⁵⁶. Es obvio que el tercero debe tener algún conocimiento del contrato entre deudor y acreedor, pero la definición del grado de conocimiento varía de caso a caso de acuerdo con la conducta del tercero. De hecho es posible que el demandado sepa de la existencia del previo contrato entre demandante y su contratante, pero desconozca los exactos términos de éste (por ejemplo, que es un contrato en exclusiva, o cree que la exclusiva tiene un límite temporal más breve, o piensa que la exclusiva ya ha terminado...).

En tercer término, Fernández Arévalo ha planteado la posibilidad de que el tercero contrate inocentemente con el deudor y posteriormente descubra la existencia del primer contrato⁵⁷. Esta autora distingue dos casos. Primero, si el tercero conoce la exclusiva después de la consumación del contrato incompatible, no se puede declarar la responsabilidad del tercero ya que los daños no pueden serle imputados porque falta el presupuesto de la culpabilidad. Segundo, si el tercero conoce la situación entre la celebración y la ejecución de su contrato (ya sea ejecución instantánea o de tracto sucesivo) y aún así sigue adelante con el cumplimiento de su contrato, este tercero es responsable, pero su deber de indemnizar surge desde el momento en que conoce la existencia de la exclusiva (parece más correcto puntualizar que su deber de indemnizar surge desde la ejecución del contrato, es decir, desde que surge el daño).

Como hemos indicado anteriormente la doctrina sólo aprecia la responsabilidad del tercero en caso de dolo pero no en caso de culpa o negligencia (en un sentido estricto)⁵⁸. Una excepción la constituye en España, Fernández Arévalo⁵⁹, que entiende que el tercero responde tanto si conoce como si pudiera razonablemente conocer la existencia

⁵⁶ WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort...*, cit., p. 482.

⁵⁷ *La lesión extracontractual del crédito...*, cit., pp. 347-351.

⁵⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos»..., cit., p. 150, y en la doctrina francesa VINEY, G.: *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 245-246. Tampoco el *tort* «*interference with contractual relations*» es accionable en caso de negligencia. *Vid.* FLEMING, J. G.: *The law of Torts...*, cit., p. 608. En Alemania, el parágrafo 826 se refiere también a una genérica represión de los atentados dolosos a las *Guten Sitten*. Así, HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil*, III..., cit., pp. 831-834.

⁵⁹ *La lesión extracontractual del crédito...*, cit., pp. 339-342. En Italia, SANTINI, G.: «La vendita a prezzo imposto», *RTDPC*, 1952, pp. 1092-1093.

del derecho de crédito anterior. A su juicio la responsabilidad del tercero ha de examinarse teniendo en cuenta la coexistencia en estos supuestos de dos principios aparentemente de signo contrario, la libertad de contratación y el respeto a los derechos ajenos. Ambos principios se complementan al exigir de las personas en el tráfico jurídico la diligencia propia requerida para la actividad negocial que se realiza. Pero es claro que al tercero contratante no se le puede exigir una profunda y amplia investigación de la situación jurídica de su futuro deudor, que conduciría sin duda a un entorpecimiento de la vida del tráfico y de la actividad económica en general ante el temor que causaría en el tercero las consecuencias lesivas de la omisión de tal investigación⁶⁰. Pero, cuál es la diligencia exigible al tercero que contrata para que quede liberado de su responsabilidad, es decir, qué modelo de conducta ha de seguir el tercero⁶¹. La autora antes mencionada descarta tanto el modelo *quam in suis*, porque no le parece razonable exigir al tercero que respete los derechos ajenos en la misma medida con la que desenvuelve sus propios asuntos (¿cómo elevar a modelo de conducta el de una persona totalmente negligente en sus asuntos?) como el modelo del buen padre de familia, ya que padre de familia en principio es aquel que tiene una causa justificada para ignorar cualquier conocimiento inherente a una determinada profesión. De ahí que elija como modelo de conducta que debe seguir el tercero en estos casos para exonerarse de responsabilidad el de perito o artífice, que es aquel que desde luego no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos, precisamente los propios de la profesión

⁶⁰ Este argumento de que no puede exigirse al tercero una diligencia de este tipo que entorpecería la vida económica véase, además de en la autora mencionada (cit., p. 340), en GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit. pp. 150-151; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo...», cit. pp. 221-222; VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., p. 438, y VINEY, G.: *Traité de droit civil...*, cit., pp. 245-246. También en el *Common Law* WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort...*, cit., p. 482.

⁶¹ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 96-98, explica los diferentes modelos de conducta encuadrables en la idea de diligencia que ha diferenciado la doctrina (en concreto BADOSA, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987): el modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), el modelo del profesional o artífice (el perito), el modelo derivado del modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios intereses («*quam in suis*») y el modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular. El modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia) es el único parámetro de diligencia al que el Código Civil hace referencia de forma expresa (párrafo 2.º del art. 1104 CC). Se trata de un modelo caracterizado por la no profesionalidad y por una cierta dosis de perfección en el comportamiento: es el normal nivel de esfuerzo y de atención de las personas que poseen un grado de diligencia medio. La pericia, en segundo lugar, se convierte en un modelo de conducta de necesaria observancia por quien posee determinados saberes o conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza. La impericia sería, por tanto, la falta de aquellos conocimientos necesarios para el ejercicio de una profesión, arte u oficio, o bien el no practicar los actos o técnicas que el caso requiera. En el tercer modelo («*quam in suis*») únicamente el deudor debe tener la conducta, la diligencia que venía adoptando hasta el momento. Por último, existe un modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular, aquel que exija la naturaleza de la obligación y que sirve para corregir tanto el modelo del padre de familia como el del profesional o artífice. Es un modelo de configuración judicial.

que ejerce ⁶². En el supuesto que nos planteamos probablemente las limitaciones de contratar que afectan al deudor previamente obligado en exclusiva pueden venir exteriorizadas de diversas formas según los usos o costumbres del lugar o ramo de la actividad profesional y tales reglas o formas de exteriorización de las limitaciones deben ser conocidas según la anterior opinión doctrinal por quien es perito en la materia ⁶³.

A nuestro juicio en esta tema ha de distinguirse entre las expresiones, referidas al tercero, «debió conocer» y «debió de conocer» la exclusiva anterior. La primera expresión significa que el tercero tenía un deber que lleva consigo una responsabilidad por culpa si lo incumple al no haber realizado las necesarias averiguaciones sobre un previo compromiso de su contratante; la segunda alude en cambio a la probabilidad grande de que el tercero haya conocido la exclusiva. La realidad demuestra que en los pactos de exclusiva casi siempre existe la posibilidad de que el tercero haya conocido el compromiso anterior que une a su contratante. No hay que olvidar que los pactos de exclusiva suelen estar insertos o bien en contratos mercantiles (por tanto, celebrados por empresarios conocedores de las reglas y usos mercantiles existentes para cada contrato) o bien en contratos relativos a derechos de propiedad intelectual (igualmente los editores, casas discográficas, etc., son conocedores de la frecuencia con la que se realizan este tipo de contratos en exclusiva). Además, muchos de estos contratos en exclusiva son conocidos mundialmente, normalmente debido a la fama de las partes contratantes o al menos de alguna de ellas. Es evidente que es público y notorio, y no sólo en el mundo artístico, que el cantante X tiene una exclusiva concertada con la casa discográfica Y. En el pleito será el demandante quien demuestre que era imposible, dadas las circunstancias del caso, que el tercero desconociera la exclusiva. En cambio, según nuestra opinión, parece más difícil imponer al tercero como deber su conocimiento de la exclusiva en todo caso, que lleve a declarar su responsabilidad si se demuestra su falta de diligencia en tal averiguación. Ello supondría, como ya se ha apuntado antes, un excesivo entorpecimiento del tráfico jurídico.

Por último, dos supuestos se han planteado como posibles causas de exoneración de la responsabilidad del tercero ⁶⁴: Primero, el tercero no es responsable si el contrato previo no es válido, ya que únicamente existe un deber de respetar los contratos válidos. Lo que ocurre es que en la práctica no siempre es fácil que el tercero determine la validez de un negocio jurídico celebrado entre dos personas ajenas a él. En segundo lugar, el tercero puede ser exonerado de su responsabilidad en aquellos supuestos en que el deudor, que quiere concluir un contrato con él, le notifique que el primer contrato ha sido violado por su contraparte.

⁶² FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 341. Por el contrario se decanta por la diligencia de un buen padre de familia SANTINI, G.: «La vendita a prezzo imposto»..., cit., p. 1094.

⁶³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 342.

⁶⁴ Vid. en TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore...», cit., p. 305.

Se ha mantenido que sería verdaderamente injusto que la protección aquiliana concedida al acreedor tuviese por efecto exigir a los terceros una sentencia judicial previa que declare el incumplimiento del acreedor para que el tercero, en caso de necesidad urgente de las mercancías, pueda realizar un segundo contrato con el deudor.

B) FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Hasta el año 1987 el único remedio del acreedor contra el tercero apuntado por la doctrina y la jurisprudencia es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. En la actualidad existen dos posibilidades más: Primera, a partir de la Ley 3/1991 reguladora de la Competencia Desleal es posible considerar que en determinadas hipótesis de vulneraciones de pactos de exclusiva por confabulación entre deudor y tercero, el acreedor pueda ejercitar las medidas que ofrece esta ley al constituir el comportamiento del tercero un acto de competencia desleal. Segunda, que el acreedor ejercite contra el tercero las acciones correspondientes a la normativa reguladora de la Propiedad Intelectual si es cesionario en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual protegidos por la misma.

b.1 *Tutela aquiliana del crédito*

Hay dos grandes grupos de objeciones doctrinales que se han hecho o siguen haciéndose hoy en día a la posibilidad de que el acreedor exija al tercero que daña su derecho de crédito responsabilidad por el artículo 1902 del Código Civil. Un primer grupo de objeciones constituyen argumentos sobre viejas y polémicas cuestiones que en la actualidad aparecen superadas tanto por la jurisprudencia como por la mayoría de la doctrina. El otro grupo de objeciones, más reciente, tiene un carácter eminentemente práctico.

Empecemos por el primer bloque. Los argumentos más importantes que se han alegado por la doctrina en contra de la tutela aquiliana del crédito han sido, fundamentalmente, el artículo 1257 del Código Civil (la eficacia relativa de los contratos), la necesidad de distinción entre los derechos reales y de crédito y, en tercer lugar, el artículo 1186 del Código Civil. El artículo 1257.1 del Código Civil establece la norma general de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, debiendo entender por partes contratantes las personas que han emitido las declaraciones de voluntad o han realizado los comportamientos constitutivos del negocio y son además titulares de los intereses reglamentados por él⁶⁵. Los detractores de la tutela aquiliana del crédito han querido amparar la irresponsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento del contrato previo basándose en tal principio y en una total separación entre la relación obligatoria y la esfera de terceros: los terceros que contraten con el

⁶⁵ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, I, cit., pp. 420-421.

deudor obligado por un contrato anterior pueden desconocer el primer contrato puesto que éste no les afecta, para ellos es un hecho ajeno. La única responsabilidad que cabe exigir por parte del acreedor por el daño recibido es la del deudor ⁶⁶.

Sin embargo, nosotros creemos que es perfectamente compatible el principio recogido en el párrafo 1.º del artículo 1257 con la idea de que el tercero que, mediante una actividad negocial con el obligado previamente colabora en que este último incumpla su compromiso, tenga alguna dosis de responsabilidad frente al acreedor. Lo que quiere decir tal precepto es que los derechos y obligaciones que derivan de los contratos sólo pueden exigirse al deudor: únicamente el deudor posee la posibilidad de no prestar el contenido de la obligación. Nunca de un contrato nace una obligación a cargo de una persona extraña a su conclusión ⁶⁷. Diferente es, no obstante, la existencia de un principio básico reconocido por la unanimidad de la doctrina, que consiste en que la realidad jurídica creada por el derecho ha de ser respetada por todos y es ilícito desconocerla o lesionarla. Las disposiciones del derecho positivo y los principios generales conducen como necesidad práctica al reconocimiento de un deber general de respetar los derechos subjetivos, tanto reales como personales ⁶⁸. La celebración de un contrato de exclusiva entre dos sujetos genera evidentemente un derecho en favor del acreedor, derecho de crédito que ha de ser respetado por cualquier extraño. Por consiguiente, un tercero es responsable si no respeta el derecho de crédito colaborando con el deudor mediante un acto colectivo en el incumplimiento de este último, ya que en sentido estricto sólo el deudor lesiona el derecho de crédito. Es más, en el caso que aquí planteamos el derecho de crédito no ha de verse tanto como vínculo entre acreedor y deudor, cuanto como un bien patrimonial perteneciente al acreedor. El crédito no aparece ya únicamente como una posibilidad de obtener la prestación jurídica del deudor sino como valor patrimonial generador de intereses, susceptible de entrar en un ciclo de negociabilidad ⁶⁹.

En este deber de respetar los derechos de crédito encuentra su fundamento la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento. Y para la mayoría de la doctrina española en tal deber halla su fundamento en concreto la tutela aquiliana del crédito, es decir, la posibilidad de que el tercero responda extracontractualmente frente al acreedor por el artículo 1902 del Código Civil ⁷⁰.

⁶⁶ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., p. 588.

⁶⁷ Por todos LACRUZ, SANCHO R., LUNA S., DELGADO E., RIVERO H. y RAMS A.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. I, 3.ª ed., José M.ª Bosch, 1994, p. 546.

⁶⁸ Por todos *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 592-594.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 114-116.

⁷⁰ DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1257 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 434; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 149; LACRUZ B., SANCHO

Aunque se ha discutido que dentro del ámbito de aplicación de este precepto sólo se encuadran los derechos reales pero no los relativos, nuestra jurisprudencia se muestra de acuerdo en la inclusión de los derechos personales dentro del 1902 del Código Civil, ya que además no tiene sentido la creación de una distinción donde la ley no distingue ⁷¹.

Parece que ha de admitirse que la responsabilidad del tercero en nuestra hipótesis planteada siga el cauce del artículo 1902 del Código Civil, ya que en nuestro Ordenamiento, a diferencia del alemán, no hay un precepto donde encaje perfectamente este caso. Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que quizá se trata en estos supuestos de vulneraciones conjuntas de exclusiva por deudor y tercero de una forma específica, peculiar o distinta de responsabilidad aquiliana en cuanto a los presupuestos que la doctrina exige en atención al bien lesionado (se trata de un derecho de crédito reforzado por una exclusiva) ⁷². Por dos razones fundamentalmente: Primero, en las violaciones colectivas de exclusiva por deudor y tercero tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina se muestran de acuerdo en concebir al tercero responsable en caso de dolo pero no de culpa, cuando realmente dentro de la fórmula «culpa o negligencia» del artículo 1902 han de entenderse incluidos ambos criterios de imputación. ¿No hay aquí una excepción o una peculiaridad frente al régimen general previsto para el artículo 1902 del Código Civil? Si no queremos que el precepto se convierta en un cajón de sastre, en que cualquier caso no regulado por un precepto específico del Ordenamiento tiene cabida, hemos de hacer un esfuerzo por realizar dentro de él las necesarias distinciones de los grupos o categorías de casos diversos a los que de hecho se aplica en la actualidad. Segundo, no en todas las hipótesis en que el derecho de crédito se ve lesionado por la participación de un tercero podemos exigir la responsabilidad del tercero en virtud del artículo 1902, ya que como antes hemos indicado no siempre la actuación del tercero es causa directa del daño y no puede entenderse cumplido el requisito del nexo de causalidad entre la conducta del tercero y el daño sufrido por el acreedor ⁷³.

Por último algún otro argumento se ha afirmado en contra de la tutela aquiliana del crédito, como el artículo 1186 del Código Civil, en cuanto para algunas voces doctrinales tal precepto postula la irresponsabilidad extracontractual del tercero en todos los supuestos de lesión de derechos personales frente al titular de los mismos. Sin embargo, parece que tal precepto únicamente se circunscribe al supuesto en que

R., LUNA S., DELGADO E., RIVERO H. Y RAMS A.: *Elementos...*, II, vol. I, cit., p. 546, y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...*, II, vol. I, 1988, cit., p. 250.

⁷¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Lesión extracontractual del crédito...*, cit., p. 25.

⁷² Mantiene, por el contrario, que es un supuesto de responsabilidad extracontractual sin más peculiaridades FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 27.

⁷³ *Idem.* nota al pie de la página 54.

deba entregarse una cosa determinada y aquí nos encontramos ante una obligación de no hacer ⁷⁴.

El tipo de argumentos que hoy más se sostiene en contra de la extensión de la responsabilidad extracontractual a la lesión del derecho de crédito es de signo diverso, y aquí hacemos referencia al segundo bloque de argumentos que ya no se refieren a cuestiones de trascendencia teórica sino eminentemente práctica. Vattier Fuenzalida ⁷⁵ hace una recopilación de tales argumentos, que son fundamentalmente de cuatro tipos:

1) Un primer argumento consiste en el peligro de la multiplicación de pleitos, ya que la víctima inicial puede estar vinculada con numerosos acreedores en el momento de sufrir el daño y tales acreedores accionarían a su vez por lesión de sus respectivos derechos de crédito ⁷⁶.

2) Se concedería con la tutela aquiliana del crédito un privilegio en favor del acreedor, un plus de protección, ya que además de defenderse de su lesión del crédito frente al deudor podría hacerlo contra cualquier tercero ⁷⁷.

3) Otro argumento, quizá el más interesante de todos, se plantea desde la perspectiva del análisis económico del derecho, porque aparte de perjudicar la libertad jurídica y el interés económico del tercero, se ataca la circulación de los bienes y la celeridad del tráfico y se va contra la racionalidad del mercado en el reparto de costos, beneficios y riesgos en la contratación ⁷⁸. Para esta concepción del derecho en ocasiones la

⁷⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 149.

⁷⁵ «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., pp. 856-857.

⁷⁶ Sostiene, entre otros, la multiplicación de pleitos como un inconveniente claro de la tutela aquiliana de créditos TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo...», cit., p. 235. Pero tal inconveniente se elude si se mantiene estrictamente la exigencia de que los daños indemnizables por el artículo 1902 del Código Civil han de ser ciertos.

⁷⁷ A juicio de Vattier mayor privilegio es la reserva de la protección del 1902 del Código Civil a los derechos absolutos, que discrimina totalmente a los derechos relativos y que es contraria al texto literal del precepto. *Vid. cit.*, p. 857. Quizá tal privilegio pueda quedar, si no eliminado, sí al menos disminuido, si mantenemos que el acreedor no debe ser indemnizado doblemente por deudor y tercero, sino una sola vez. Digamos que detrás de la afirmación de una cierta responsabilidad del tercero se esconde la idea de reforzar el derecho del acreedor a ser indemnizado tras su lesión en caso de que el deudor no pueda pagarle por ser insolvente. El tercero quedaría convertido en un «fiador».

⁷⁸ Un documentado estudio de este nuevo método en general en PAZ-ARES, C.: «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)», *ADC*, 1981, pp. 601-707. Una crítica a este método se encuentra en DE CASTRO, F.: «Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 988, nota de pie de página 3: con tal método la visión económica del mundo vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se postula la subordinación del orden jurídico al económico. Según De Castro esta dirección tiene hoy una apariencia más técnica en la corriente doctrinal denominada «*New Law and Economics*», que mediante un análisis económico del Derecho trata de reemplazar la moral por la utilidad y concibe como función de los contratos la facilitación del mercado, función que se persigue mediante el minimizar los costes de transacción. Para este autor tal teoría se olvida de la esencia del Derecho y permite a su vez un incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, mediante argumentos como la estructura del mercado y la productividad. Estas tendencias centran su atención en la empresa y rehuyen cualquier valoración jurídica de las relaciones contractuales, como ajenas al desarrollo y a la prosperidad económica. Por su parte

violación de una exclusiva resultaría eficiente desde el punto de vista económico, de ahí que sea más conveniente una norma que declare la irresponsabilidad del tercero. Trimarchi⁷⁹ pone el siguiente ejemplo que aclara esta posición jurídica: *D* se ha comprometido a proveer a *C* de cierta cantidad de mercancías al precio de 100. Antes de la ejecución de este contrato, un tercero, *T*, pide una análoga provisión y como tiene necesidad urgente de ella ofrece un precio de 140. *D* no puede ejecutar ambos contratos, y calcula que no cumpliendo puntualmente el primer compromiso incurriría en una responsabilidad por la suma de 15 y, por tanto, decide aceptar la oferta de *T* y satisfacer antes el encargo de este último. En opinión de este autor en esta hipótesis es evidente que aquella mercancía daría una productividad de 15 en manos de *C*, mientras que en manos de *T* daría una productividad superior a 40 (de otro modo *T* no estaría dispuesto a ofrecer un precio de 140). Por consiguiente, el incumplimiento por parte de *D* del primer compromiso hace que la mercancía sea más útil, con un resultado de mayor eficiencia del sistema económico considerado en su conjunto. Además *C*, obteniendo el resarcimiento del daño por *D*, saldría indemne, mientras que el beneficio neto de la nueva operación resultaría de cualquier modo repartido entre *D* y *T*. Una regla que estableciera la responsabilidad extracontractual de *T* por daño al derecho de crédito de *C* frenaría este tipo de sistema. Por otra parte si *T* tuviese que esperar al cumplimiento del deudor *D* frente al acreedor *C* o tuviese que esperar a que el acreedor consintiera, los costes por el retraso serían elevados. Para Trimarchi, esta solución acorde con un punto de vista económico coincide además con una solución ajustada al principio de solidaridad. Si las tres personas descritas están animadas por un vivo deseo de solidaridad (son, por ejemplo, hermanos o socios), parece evidente que la solidaridad sugeriría proveer a *T* de las mercancías, ya que tiene una necesidad más urgente, pero a la vez dejando indemne a *C*.

La crítica que cabe hacer a tal tesis es que la misma parte de que efectivamente el deudor indemniza al acreedor, además de obtener más beneficios gracias al mejor precio que le ofrece el tercero. Pero la eficiencia desde el punto de vista económico no se conseguiría en los casos en que el deudor sea insolvente, ya que al declararse la irresponsabilidad del tercero el acreedor se quedaría sin indemnización. Y el problema al que nosotros tratamos precisamente de responder es si, en la hipótesis en que el deudor por alguna causa no pague al acreedor, debe hacerlo también el tercero (aunque fuera de forma subsidiaria).

4) Un último argumento de signo práctico que puede añadirse a los anteriores es la suficiencia de las normas en materia de competencia

VATTIER: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 857, considera que la supuesta racionalidad que propugna el análisis económico del Derecho sólo es compatible con un particular tipo de organización económica, que en la actualidad es el impuesto en el artículo 38 CE, pero que en ningún caso es jurídicamente relevante. Su función probablemente sea iluminar el contenido del canon hermenéutico de carácter sociológico previsto por el artículo 3.1 del Código Civil.

⁷⁹ «Sulla responsabilità del terzo...», cit., pp. 223-224.

desleal, de manera que para resolver estos casos no habría que acudir al artículo 1902 del Código Civil. Ya veremos, sin embargo, cómo la normativa de competencia desleal es muy específica y sólo sirve para determinadas hipótesis de vulneración de un derecho de crédito y no para todas.

La postura doctrinal mayoritaria en nuestro Ordenamiento a la que me adscribo se muestra favorable a la tutela aquiliana del crédito ⁸⁰, salvo algunas opiniones aisladas ⁸¹. Entre estos autores hay un acuerdo prácticamente unánime en considerar el carácter extracontractual de la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento. Desde luego no tiene carácter contractual en ningún caso porque el único obligado por el contrato de exclusiva es el deudor y al tercero ese contrato no le impone concretas obligaciones ni le otorga derechos. Para el deudor la responsabilidad es contractual, para el tercero extracontractual ⁸². La jurisprudencia también es coincidente en este punto ⁸³.

b.2 Normativa de competencia desleal

Ya en el año 1971 Puente Muñoz apuntó la posibilidad de que estos supuestos de infracciones de exclusiva por parte de un tercero pudiesen

⁸⁰ CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España...* cit., pp. 593-594; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 602-606, y «Comentario al artículo 1257 del Código Civil»..., cit., p. 434; Díez-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema...*, II, cit., pp. 222-223; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 145 y 149; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer»..., cit., pp. 488-494; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario del artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 1994, y «Comentario a la STS 25 de junio de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, p. 798, y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 854.

⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. en sus anotaciones a ENNECERUS, L.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones...*, cit., pp. 1067-1068, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...» cit., pp. 588 y 600 (este último autor estima como regla general que el tercero que daña un derecho de crédito ajeno no es responsable frente al acreedor, aunque hay ciertas excepciones en que el acreedor posee acción contra el tercero, como en el supuesto de las interferencias de un tercero en las relaciones contractuales ajenas, pero por otra norma distinta a la de la responsabilidad civil extracontractual).

⁸² Díez-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 23 de marzo de 1921»..., cit., p. 390; Díez-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema...*, II, cit., p. 97; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos»..., cit., p. 154; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer»..., cit., pp. 490-491; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 848; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La zona fronteriza...», cit., p. 469; FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 343. En la doctrina francesa hay una división de opiniones, de manera que frente a la opinión de que la responsabilidad del tercero es contractual porque colabora con el deudor al incumplimiento del contrato, se han alzado las voces de MAZEAUD, H. y L. TUNC, A.: *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, cit., p. 198; SAVATIER, R.: «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», *Revue Trimestrielle de droit civil*, pp. 540-542, y *Traité de la responsabilité...*, cit., pp. 187 y 190; VINEY, G.: *Traité de droit civil...*, cit., pp. 244-248. En la italiana BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., p. 240 y GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno...», cit., p. 17.

⁸³ STSS 23 de marzo de 1921 y 4 de mayo de 1973. Sin embargo, la STS 24 de octubre de 1990 (Ar. 8045) parece estimar que la responsabilidad del tercero que causa un

constituir actos de competencia ilícita en cuanto el tercero demandado hubiese violado un deber de concurrencia leal hacia el acreedor. Pero también señalaba que la normativa entonces represora de la competencia desleal no contenía ningún precepto concreto para fundamentar tal deber⁸⁴. Es cierto que algunas de estas infracciones directas de exclusivas podrían haberse estimado en su día actos de competencia ilícita, pero sin embargo el Tribunal Supremo siempre ha resuelto tales infracciones mediante la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, sin mencionar su naturaleza de actos desleales. Desde 1902 a 1974, año en que empiezan a buscarse otras vías de represión de la competencia desleal, el único cauce de persecución judicial de los actos de competencia ilícita que no tienen cabida en la estrecha normativa represora de esta materia existente en España (Ley de Propiedad industrial de 1902) es el artículo 1902 del Código Civil⁸⁵. Pero la aplicación del artículo 1902 del CC a la competencia desleal implicaba predicar los requisitos exigidos por el 1902 del acto de competencia desleal (es decir, antijuricidad, culpa o negligencia, daño y relación de causalidad entre la acción y el daño). La extensión de tales elementos al acto de competencia desleal requería solucionar una serie de objeciones previas (justificación de la represión de los actos desleales por la vía del artículo 1902 del Código Civil al constituir la LPI de 1902 *lex specialis* en relación con la norma general del 1902 del CC, fundamento de la antijuricidad de las conductas de competencia desleal no comprendidas en los artículos 131 y 132 LPI, ausencia del requisito de la culpa en los actos concurrenciales, inclusión o no de la acción de cesación dentro del marco de las acciones previstas en el artículo 1902 del CC...). Probablemente la existencia de tales inconvenientes en la aplicación del artículo 1902 del Código Civil es una de las causas por las que los tribunales en sus sentencias no calificaban los actos desleales como

daño al derecho del acreedor en colaboración con el deudor es contractual. No se trata aquí de la violación de un pacto de exclusiva sino de la violación de un contrato de opción de compra que es infringido por la celebración de un segundo contrato, por el que el concedente de la opción (cooperativa vendedora) vende el inmueble a un tercero que conocía la existencia del derecho de opción previo. El Supremo califica como contractual no sólo la responsabilidad del deudor (que obviamente lo es), sino también la del tercero que adquiere el bien e incluso la de un causahabiente suyo a título particular. Según el tribunal la responsabilidad por los daños que directa e indirectamente se derivan del incumplimiento del contrato es contractual para todos los causantes del daño, con independencia de que fuesen o no parte en el contrato incumplido. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., que comenta esta sentencia en *CCJC*, núm. 24, 1990, pp. 1138-1139, critica con razón esta resolución, aparte de por otros razonamientos, por este último que hemos señalado. En su opinión el comprador del segundo contrato cooperó con la sociedad vendedora en la lesión del derecho de adquisición preferente concluyendo un contrato en daño de la demandante. Pero su actuación al concluir el contrato dañoso no es incumplimiento de un contrato que a él no obliga, sino sólo lesión del deber general de no dañar los derechos ajenos. De ahí que califique la responsabilidad del tercero de extracontractual y la del deudor de contractual.

⁸⁴ «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 444.

⁸⁵ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, «Ed. Montecorvo, S. A.», 1993, p. 122, nota al pie de p. 31.

tales. Hay una tendencia a la resolución de la mayoría de los pleitos cuyos hechos podrían constituir competencia desleal mediante argumentos diversos a la deslealtad del acto ⁸⁶.

Sin embargo el panorama cambia con la promulgación de la LCD 3/1991, y con ella la función y finalidad de la competencia desleal. Ésta ya no persigue como fin primario la defensa de la posición adquirida por el empresario (modelo profesional) sino la protección de la competencia como tal (modelo social). De igual forma los intereses tutelados no son ya los privados de los empresarios sino también los de los consumidores y el interés público del funcionamiento del mercado ⁸⁷.

Esta nueva ley bajo la rúbrica *Inducción a la infracción contractual* incorpora por primera vez en el Ordenamiento español la deslealtad de tres actos diversos en su artículo 14: la inducción a la infracción de un deber contractual básico (párr. 1.º), la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de la infracción contractual ajena no inducida (párr. 2.º). De acuerdo con una de las numerosas clasificaciones realizadas sobre la competencia desleal ⁸⁸, que distingue entre actos que lesionan los intereses de los competidores, actos que lesionan los intereses de los consumidores y actos que lesionan el interés público en la existencia de un mercado altamente competitivo y transparente, podemos encuadrar el artículo 14 dentro del primer grupo, que tiene como función el aseguramiento de la posición adquirida en el mercado. El antecedente inmediato de nuestro precepto es la Ley Federal suiza contra la competencia desleal (así, su art. 4 lleva como título «*incitation á violer ou á résilier un contrat*» ⁸⁹). El común denominador de los dos párrafos del artículo 14 es la irrupción de un sujeto en una esfera de relaciones contractuales de las que no es parte. Se trata, en concreto, de la interferencia que provoca o aprovecha una ruptura contractual, sea la infracción de deberes contractuales o la terminación de un contrato ⁹⁰. De este precepto, que no sufrió modificación alguna en

⁸⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, p. 159 (aunque esta obra está referida a los actos desleales denigratorios).

⁸⁷ Para un estudio amplio de las transformaciones sufridas por la competencia desleal, MENÉNDEZ, A.: *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, y PAZ-ARES, C.: «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *ADC*, 1981, pp. 927-957, y «El ilícito concurrencial de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, núm. 159, pp. 7-147.

⁸⁸ EMMERICH, V.: *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 3.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1990, pp. 71-72.

⁸⁹ MARTIN-ACHARD, E.: *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Payot, Lausanne, 1988, pp. 71-77.

⁹⁰ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XV, 1993, p. 36, e «Inducción a la infracción contractual», *EJB*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3537 (esta segunda voz es un resumen del primer artículo, así que citamos en adelante por el primero).

su tramitación parlamentaria, se ha criticado la denominación del epígrafe, porque la inducción a la infracción contractual es predicable del párrafo primero, pero no del segundo ⁹¹. Sin embargo no nos interesa el estudio del conjunto del precepto, ya que las violaciones de pactos de exclusiva por parte de tercero únicamente tendrían cabida en el primer párrafo del artículo 14, ya que tal precepto se refiere a la inducción por parte de un tercero a la infracción de deberes contractuales básicos. En nuestra hipótesis un tercero induce al deudor al incumplimiento de la obligación negativa de no hacer en que consiste la exclusiva. Aquí la inducción tiene éxito, ya que la infracción contractual se produce a través de la celebración del segundo contrato. Por consiguiente, ni se induce a la terminación regular de un contrato, ni el tercero se aprovecha de una infracción inducida por otro, puesto que aquí es el tercero el que induce. Estudiamos, pues, a continuación el primer párrafo: «*Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores*» ⁹².

Cuatro son las cuestiones interesantes en este párrafo: el fundamento de la protección otorgada por la LCD a las relaciones contractuales, el objeto de la infracción, los elementos subjetivos de la misma y el propio concepto de inducción.

1) La primera cuestión que surge es, pues, la relativa al fundamento de la tutela jurídico-concurrencial de las relaciones contractuales. Es decir, las razones por las que la interferencia en relaciones contractuales ajenas es estimada competencia desleal en nuestro Ordenamiento. No es algo obvio su protección por dos argumentos. Uno, porque a la luz del modelo social de la competencia desleal la deslealtad de la inducción a la infracción contractual no puede encontrarse ya, aunque de hecho lo estuviera originariamente, vinculado a criterios de corrección profesional. No se busca proteger a los empresarios de un uso deshonesto del tráfico que hagan sus competidores (al revés que en el modelo profe-

⁹¹ OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Aranzadi, Madrid, 1994, p. 231.

⁹² En el Derecho alemán la inducción a la ruptura de un contrato (*Verleitung zum Vertragsbruch*), figura encuadrada dentro de los casos de participación en la ruptura contractual ajena (*Beteiligung an fremden Vertragsbruch*), constituye acto de competencia desleal, ya que doctrina y jurisprudencia consideran que tal supuesto realizado con finalidad concurrencial vulnera las buenas costumbres (& 1 UWG). *Vid.* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *Wettbewerbsrecht*, 15.ª ed. refundida, vol. 13a, Verlag C. H. Beck, München, 1988, núms. 644-649, pp. 894-897. En Italia la doctrina y la jurisprudencia vienen estimando desleal desde hace años en virtud de la prohibición general de la competencia desleal la violación de un pacto de exclusiva. *Vid.* información extensa, bibliografía y jurisprudencia en BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., pp. 242-245, y GHIDINI, G.: «Della concorrenza sleale»..., cit., pp. 305-314. En Francia la participación activa de un tercero en el incumplimiento de un contrato, es decir, cuando hay concierto fraudulento (equiparable a nuestra inducción a la infracción de deberes contractuales básicos) es un acto ilícito, perseguible por el artículo 1382 del Código Civil. *Vid.* CARBONIER, J.: *Droit Civil...*, cit., pp. 239 y 247, y AZEMA, J.: *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1.ª ed, Paris, 1981, pp. 173-175.

sional)⁹³. Segundo, detrás del hecho de la inducción a la infracción contractual se encuentra la lucha por la captación de clientes y de factores de producción y esta lucha, sin duda, es potenciada por el sistema de libre competencia acogido en nuestro Ordenamiento y en la propia normativa de competencia desleal. El sistema de economía de mercado sanciona la ineficiencia, legitimando incluso la pérdida de ingresos o la expulsión del mercado del competidor⁹⁴. Pero según la doctrina la inducción a la infracción contractual posee rasgos de disfuncionalidad competitiva e ineficiencia institucionales suficientes para fundar su deslealtad. Se trata de un acto de obstaculización. Las relaciones contractuales, que sostienen y desarrollan la actividad económica, tienen un valor competitivo del que la intromisión priva a su titular ocasionándole un perjuicio y de modo paralelo llevan consigo una ventaja carente de justificación concurrencial⁹⁵.

2) Veamos a continuación el objeto de la infracción. El objeto de la infracción son los *deberes contractuales básicos* de un contrato realizado entre el competidor perjudicado y el deudor. Da igual que este contrato sea de tracto sucesivo o de tracto único, pero sí es imprescindible que la relación contractual sea eficaz y que sea aquella respecto de la que la inducción a incumplirla pueda presentarse como acción concurrencial. La enumeración de los contratos del artículo 14.1 no tiene más que una finalidad enunciativa, simplemente destaca los contratos de especial carácter concurrencial y más expuestos por ello a la interferencia de terceros: contratos con trabajadores, proveedores, clientes, sin olvidar los contratos de distribución, de concesión, de agencia, de franquicia, de arrendamiento de servicios, de marcas... (estos últimos incluidos dentro del concepto más genérico de «*demás obligados*»)⁹⁶. Se ha criticado por algún autor⁹⁷ la utilización del término *deber* para designar lo que en realidad constituyen auténticas obligaciones con fuerza de ley entre las partes. La palabra *deber* se refiere tradicionalmente a obligaciones de índole menor. Lo que la norma quiere contemplar son las obligaciones contractuales principales derivadas de los pactos en vigor entre el competidor del inductor y los clientes, proveedores o trabajadores de aquél. Por tanto, la consecuencia que ha de extraerse es que la infracción inducida de prestaciones contractuales secundarias no puede en todo caso ser calificada como acto desleal si la prestación principal es

⁹³ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 37. Aunque según este autor algunos datos del artículo 14 parecen todavía reflejar esa concepción, como la referencia a los competidores en el párrafo primero

⁹⁴ *Idem.*, cit., p. 37.

⁹⁵ *Idem.*, cit., pp. 37-38. En similar sentido BERCOVITZ, A.: «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 30-31.

⁹⁶ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., pp. 38-39, para estas cuestiones referidas al objeto del tipo.

⁹⁷ ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de*

satisfecha y respecto de ella no hay inducción alguna o, de haberla habido, hubiere resultado sin éxito⁹⁸. En este punto es interesante plantearnos si la obligación de no hacer derivada de un pacto de exclusiva es una obligación de carácter básico o no. Si no lo fuera evidentemente no podríamos sustentar que en determinadas ocasiones el acreedor perjudicado por una violación de la exclusiva a la que se había comprometido su deudor, por medio de la celebración de un contrato segundo con un tercero, pueda interponer contra este tercero una acción de competencia desleal. Es una cuestión de difícil resolución⁹⁹. Sin embargo pensamos que, con independencia de que nos planteemos desde un punto de vista puramente teórico el carácter básico o accesorio de la exclusiva, habrá que atender a la finalidad perseguida por el contrato para examinar la importancia que las partes contratantes han otorgado a la obligación de que se trate. En el caso de una exclusiva, aunque ésta esté inserta dentro de una relación obligatoria más amplia, a nuestro juicio habrá sin duda una frustración del fin negocial querido por las partes si se viola la exclusiva. En la mayoría de las relaciones contractuales bilaterales en las que se inserta una prestación negativa, ésta tiene una función especial de aseguramiento y refuerzo del negocio principal, que determina que su incumplimiento lleve consigo la frustración del interés contractual y así la violación de la obligación negativa en numerosos

enero de 1991, Coor. Alberto Bercovitz, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 110.

⁹⁸ También en el Ordenamiento alemán la inducción a la ruptura contractual presupone la infracción de una obligación contractual esencial. *Vid.* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *Wettbewerbsrecht...*, cit., p. 896.

⁹⁹ Consideran que es una obligación básica ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 112; CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI...», cit., p. 817, y PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo...», cit., p. 459. Para esta última autora la inclusión de una cláusula de exclusiva dentro de un contrato de venta, de suministro... hace que tales contratos posean una causa diversa a la que tienen estos mismos contratos sin exclusiva. Por esta causa distinta la exclusiva entra dentro del mismo orden de principalidad que la obligación de venta y puede conducir a la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación. Insistiendo en que las obligaciones de exclusiva no pueden ser calificadas como obligaciones accesorias en cuanto constituyen el motivo causalizador de la celebración del negocio jurídico, es decir, la razón por la cual las partes han querido su celebración EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración de las obligaciones negativas*, José M.^a Bosch, ed., Barcelona, 1990, pp. 199 y 208-209, y LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil, II...*, cit., p. 74. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 249-250, establece una diferenciación según que la obligación negativa constituya una obligación autónoma entre dos personas determinadas y según que constituya el especial contenido de una prestación incorporada a una obligación más amplia. Él pone como ejemplo un pacto de no concurrencia (creemos que tal ejemplo podría asimilarse al pacto de exclusiva) que puede ser un pacto autónomo o puede ser un pacto incorporado a un contrato de carácter más extenso. En este último caso tal pacto está inserto en una relación obligatoria más amplia que es, en general, de tipo positivo, constituyendo lo que la doctrina alemana ha llamado un deber de omisión combinado y en términos generales puede ser considerado como accesorio de la principal de signo positivo. También en este último sentido, MORERA, R.: «El pacto de exclusiva...», cit., p. 323.

supuestos origina un desequilibrio que no es posible eliminar sino a través del ejercicio de la acción resolutoria ¹⁰⁰. La resolución de un contrato sólo tiene sentido cuando se ha frustrado el fin del negocio y la prestación ya no puede serle útil al acreedor ¹⁰¹.

3) En cuanto a los elementos subjetivos de la infracción inducida, se trata de un acto en el que intervienen necesariamente tres personas: En primer lugar, el inductor de la infracción contractual; segundo, trabajadores, proveedores y clientes y demás obligados vinculados contractualmente con el competidor perjudicado y, por último, el propio perjudicado.

El tenor literal del artículo 14.1 exige que el inductor esté en una relación directa de competencia con el perjudicado (inducción... con los *competidores*) ¹⁰². Sin embargo, parece que ha de buscarse otra lectura del precepto. No puede entenderse que el párrafo 1.º del artículo 14 está exigiendo la relación de competencia entre sujeto activo y pasivo del acto desleal cuando la ley de manera expresa ha desterrado esta exigencia como presupuesto de deslealtad en el artículo 3.2. La referencia a las obligaciones contractuales contraídas con competidores debe entenderse como una mera repetición de la finalidad concurrencial, que por exigencia de la ley debe tener cualquier acto de competencia desleal. Así, todo acto desleal ha de realizarse en el mercado con finalidad concurrencial. Hay una presunción legal de esta finalidad cuando el acto por las circunstancias que lo acompañan se muestra objetivamente idóneo para promover o asegurar en el mercado las prestaciones propias o de un tercero (art. 2.2). Por consiguiente, al inductor sólo se le exige que participe en el mercado y que la inducción se ordene entre las actuaciones que le son propias en su condición de oferente o demandante de productos o servicios para su transformación y distribución en el mercado ¹⁰³. Pero no están incluidos dentro del ámbito de la ley aquellos supuestos ilícitos de dos empresarios realizados no por motivo de acceso a la actividad económica, sino por otras razones ajenas a la lucha en el mercado (motivos personales) ¹⁰⁴. No obstante, al existir una presunción legal de la finalidad concurrencial sería el demandado (aquí el empresario inductor) el que habría de probar en estos casos la falta de fin concurrencial. Y esta prueba no parece especialmente fácil en los supuestos de inducción a la violación de una exclusiva previa, ya que el acreedor perjudicado y el inductor suelen pertenecer al mismo sector

¹⁰⁰ EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración de las obligaciones negativas...*, cit., p. 203.

¹⁰¹ Para estas cuestiones relativas al ejercicio de la acción resolutoria DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 699-727.

¹⁰² OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, cit., p. 233, e ILLESCAS ORTIZ: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 110.

¹⁰³ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual...», cit., p. 39.

¹⁰⁴ BACHARACH DE VALERA, S.: «Acciones derivadas de la competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Coor. Alberto Bercovitz, Jornadas organizadas por la Cámara de comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 145.

económico y la existencia frecuente de una reciprocidad entre el daño ocasionado y el beneficio propio es un indicio claro de una relación concurrencial entre ellos. No obstante, si el inductor logra demostrar la ausencia de finalidad concurrencial en su actuación, al acreedor únicamente le resta dirigirse contra él por la vía del artículo 1902 del Código Civil.

4) El comportamiento del sujeto agente consiste en la inducción, término que no explica la ley. Únicamente dice que la inducción debe consistir en la infracción contractual (infracción que no es mero incumplimiento sino que se refiere al concepto más amplio de contravención al tenor de la obligación del art. 1101 del CC) ¹⁰⁵. La inducción presupone una actitud activa, consiste en el ejercicio de influencia sobre otra persona conscientemente encaminada a y objetivamente adecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación contractual previa ¹⁰⁶. La ley fija su atención únicamente en la conducta del sujeto agente, del inductor, y pudiera interpretarse que el legislador considera irrelevante por completo la actitud del inducido. Es decir, da exactamente igual que la inducción haya sido posterior a una conducta o previo incumplimiento del obligado. Desde tal interpretación sería indiferente que la incitación sea la causa esencial de la infracción, bastando con que sea causa concurrente. Sin embargo, es más adecuado a nuestro juicio una concepción estricta de las hipótesis que caben integrarse en el párrafo 1.º del artículo 14, concepción derivada precisamente de una interpretación rigurosa del término *inducción*. El artículo pone su fuerza en esta palabra y si no menciona el comportamiento del obligado es precisamente porque desea poner todo su peso en la actitud del sujeto agente que toma la iniciativa y a través de un medio deshonesto (la influencia en otro sujeto que está obligado por una relación contractual previa) logra que la infrinja. Por eso la inducción del sujeto agente, el comportamiento activo del mismo debe ser la causa primera y principal de la infracción contractual ¹⁰⁷. De ahí que en nuestra opinión quedan fuera del párrafo 1.º tanto aquellos supuestos en que no es el tercero el inductor sino el obligado el que ofrece sus servicios al empresario competidor ¹⁰⁸ como aquellos supuestos en que el tercero

¹⁰⁵ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 41.

¹⁰⁶ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 40; OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*..., cit., p. 231 y VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., tomo I, vol. 2.º, José M.ª Bosch, ed., Barcelona, 1991, p. 1077.

¹⁰⁷ Comparte tal opinión NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*..., cit., p. 249.

¹⁰⁸ En el caso de que el tercero tenga conocimiento de la relación contractual previa que une a su contratante con un empresario competidor, el tercero debe responder de los daños y perjuicios frente a éste último *ex* artículo 1902 del Código Civil. Por su parte NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*..., cit., pp. 249-250 opina que la conducta del empresario que contrata al trabajador inductor vinculado por un pacto de no competencia postcontractual (conociendo tal pacto) podría incardinarse dentro del comportamiento tipificado en el artículo 14.2 LCD sobre approve-

inductor no conoce la existencia de la exclusiva previa, ya que la inducción presupone una actitud consciente y, por tanto, dolosa (que se concreta en el conocimiento de la exclusiva por parte del empresario inductor)¹⁰⁹.

Si el acreedor acciona por la vía de la competencia desleal únicamente puede dirigirse contra el inductor, es decir, contra el tercero. Sólo el tercero es el sujeto que comete el acto de competencia desleal. Los que se limitan a incumplir no contraen responsabilidad alguna en los términos de la Ley de Competencia Desleal, si bien al perjudicado le cabe la posibilidad de pedirles responsabilidad en los términos del artículo 1101 del Código Civil¹¹⁰. No obstante, se ha objetado a ello que la Ley de Competencia Desleal en su artículo 20 señala como legitimados pasivamente a todos los que hayan realizado, ordenado, o cooperado a la realización del acto de competencia desleal, lo que ha llevado a sugerir incluso una responsabilidad solidaria de los responsables¹¹¹. Creemos, sin embargo, que ha de prevalecer la primera interpretación, más acorde con el tenor del artículo 14 LCD.

Recordemos, por último, que el perjudicado por el acto de competencia desleal puede ejercitar la acción declarativa de deslealtad del acto (si subsiste la perturbación), la de cesación, la de prohibición (si aún no se ha realizado el acto desleal) y además si existe dolo o culpa de los causantes del daño la acción de indemnización de daños y perjuicios (acción que necesita de los mismos requisitos del art. 1902 del CC). Más discutible es la posibilidad de que el perjudicado ejercite la acción de enriquecimiento injusto del artículo 18.6.^a LCD, que sólo procede cuando el acto desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Parece difícil entender que el supuesto que estudiamos está incluido dentro de tal expresión. Requisito necesario para la *condictio* por intromisión prevista en el precepto de la Ley de Competencia Desleal es que el demandado se haya enriquecido mediante la invasión indebida de un bien jurídico ajeno. El derecho de exclusiva lesionado por un acto de competencia desleal al que se refiere el artículo 18.6.^a presupone, pues, la atribución de un monopolio que el Ordenamiento atribuye a su titular. El derecho de exclusiva no puede confundirse con la exclusividad, de manera que

chamamiento de la infracción contractual ajena, no en el artículo 14.1, ya que también a su juicio la inducción ha de ser parte del supuesto de hecho de tal precepto.

¹⁰⁹ En contra MASSAGUER, J.: «Inducción a la infracción contractual...», cit., pp. 41-42, y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual...*, cit., p. 249. Para ambos autores el artículo 14.1 LCD no exige que el inductor tenga conocimiento de la existencia de un pacto anterior de su obligado, debido a la formulación estrictamente objetiva de la prohibición general de deslealtad del artículo 5 de la LCD que conduce a prescindir del conocimiento de la relación contractual y de su contenido obligacional básico por parte del inductor. A nuestro juicio, por el contrario, el empresario que ofrece sus servicios y no conocía la vinculación de su obligado no responde ni siquiera por la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

¹¹⁰ ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 111.

¹¹¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 366.

esta última sólo atribuye un monopolio convencional ¹¹². El plazo de prescripción que ofrece la LCD es el de un año desde el momento en que el acreedor lesionado pudo ejercitar la acción y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que hizo el acto de competencia desleal y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto. La competencia territorial es bastante amplia, de manera que tres son los fueros concurrentes electivos: el del lugar donde se realiza el ilícito desleal, el lugar en donde se manifiestan sus efectos o el de la sede del demandado (que se desglosa en otros tres: el lugar donde el demandado tiene su establecimiento, en su defecto, el del domicilio y en el caso en que no lo posea en territorio nacional, el de su residencia habitual).

b.3 *Normativa reguladora de la Propiedad Intelectual*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las violaciones de pactos de exclusiva con concurrencia de deudor y tercero cabe clasificarla de acuerdo con un criterio estrictamente temático en dos grandes grupos de casos: violaciones de contratos mercantiles (en especial, compraventa, suministro y concesión) y violaciones de contratos de arrendamientos de servicios relacionados con los derechos de propiedad intelectual (edición y ejecución musical sobre todo) ¹¹³. Antes del año 1987 la aparición de un nuevo contratante que vulneraba la exclusiva de arrendamiento de servicios artísticos o de edición sólo podía combatirse por el acreedor por la vía de la tutela aquiliana del crédito. Sin embargo, a partir de ese momento con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual los anteriores supuestos pueden tener una solución diversa a la que ha llegado el Supremo mediante la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Por una parte, y respecto al caso concreto de los artistas intérpretes o ejecutantes la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, les reconoce derechos de propiedad intelectual (esto es, derecho exclusivo a autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones) (arts. 101 y 102 LPI). Por otra parte, en la LPI de 1987 se incluye un precepto, inexistente en la anterior de 1879 y normativa pos-

¹¹² Véase sobre el significado de la acción de enriquecimiento injusto del artículo 18.6.ª de la ley de competencia desleal el libro de PORTELLANO Díez, P.: *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 144-155 (en especial pp. 145-146). En contra de la redacción tan restringida del artículo y a favor de una aplicación de tal acción de enriquecimiento siempre que se produzca sin causa justificada un empobrecimiento del actor relacionado con un enriquecimiento del demandado BACHARACH DE VALERA, S.: «Acciones derivadas de la competencia desleal»..., cit., p. 143.

¹¹³ Así, en cuanto a esta última materia, SSTs 23 de marzo de 1921, 3 de abril de 1968, 31 de diciembre de 1993 y 20 de marzo de 1995, todas ellas referidas a contratos de arrendamiento de servicios artísticos entre cantantes y casas discográficas en que se demanda al cantante y a la segunda casa discográfica (excepto en la STS 3 de abril de 1968 [Ar. 2033] en la que únicamente se demanda al cantante y no hay pronunciamiento sobre la responsabilidad del tercero hacia el acreedor). Por último, la STS 4 de mayo de 1973, relativa a un contrato de edición en exclusiva.

terior, el artículo 48, que se encuentra entre las disposiciones generales y que contiene una regulación común de la cesión en exclusiva de cualquier derecho de propiedad intelectual (edición, representación teatral, ejecución musical y producción de obras audiovisuales) ¹¹⁴. Por consiguiente, en la actualidad cuando el titular de un derecho de propiedad intelectual celebra un contrato con una casa discográfica, con una editorial, etc., cabe una doble relación jurídica: por un lado, o bien el artista cede a la otra persona o entidad más o menos ampliamente sus derechos de propiedad intelectual, o bien simplemente realiza un compromiso de prestación exclusiva de servicios en favor del beneficiario.

Los litigios que se han planteado ante el Supremo con posterioridad a la Ley de 1987 se han tratado siempre como meros contratos de arrendamiento de servicios en exclusiva y, por tanto, únicamente se ha planteado el tribunal la conveniencia de decretar la responsabilidad del tercero en relación con el artículo 1902 del Código Civil ¹¹⁵. Sin embargo, insistimos, a partir del artículo 48 LPI 1987 debe estudiarse en estos supuestos si estamos ante un contrato de prestación exclusiva de servicios o si estamos ante una cesión en exclusiva de derechos de propiedad intelectual. Veamos qué ocurriría en este segundo caso, ya que el primero ha sido suficientemente estudiado en páginas anteriores.

El tema de las relaciones entre cesión de exclusiva y terceros es polémico y ni la LPI 1987 ni el texto refundido actual tratan este difícil y nada usual asunto. Hay varias hipótesis diferentes en relación a este conflicto pero el único supuesto que aquí interesa es el tercero que adquiere su derecho del autor con posterioridad a la cesión en exclusiva, esto es, cesión no exclusiva posterior a la cesión en exclusiva. En tal situación se encuentran, tanto un segundo cesionario como el que adquiere del autor ejemplares de la obra concedida en exclusiva ¹¹⁶. Se

¹¹⁴ La LPI 22/1987 recientemente ha sido derogada por el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996 («BOE» 22 de abril de 1996 núm. 97), que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales sobre la materia. Pero el artículo 48 no ha sufrido ningún cambio en su tenor literal respecto a la antigua LPI de 1987: «*La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquella, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido...*».

¹¹⁵ La STS 31 de diciembre de 1993 es un supuesto en el que, ya vimos, se niega que el tercero sea responsable extracontractualmente hacia el acreedor porque el acto voluntario del deudor al celebrar el segundo contrato rompe el nexo de causalidad entre la acción del tercero y el daño producido. Sin embargo la STS 20 de marzo de 1995 establece la irresponsabilidad extracontractual del tercero porque no se ha probado que conocía la existencia de la exclusiva. Según SÁNCHEZ ARISTI, R., que comenta esta última resolución en CCJC, núm. 39, 1995, p. 954, el Supremo no aplica la LPI de 1987 probablemente condicionado por las limitaciones propias de su función casacional y también por los argumentos delineados por las partes en sus alegaciones.

¹¹⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI», cit., pp. 737-738, señala otros conflictos entre terceros adquirentes del autor y el cesionario en exclusiva, que aquí no interesan: el caso de cesión no exclusiva anterior a la cesión en exclusiva y el

ha apuntado aquí que la resolución del conflicto planteado depende de la postura adoptada acerca de la naturaleza de la cesión en exclusiva. Es decir, se discute si estamos ante un negocio transmisivo, de enajenación o si estamos ante un simple arrendamiento con pacto de exclusiva ¹¹⁷. Si se acoge la segunda posibilidad la solución no varía absolutamente nada respecto al problema planteado con anterioridad a la Ley de 1987 y al nuevo texto refundido: Si la cesión en exclusiva de derechos de autor es un arrendamiento con pacto de exclusiva, al exclusivista, como titular de un derecho personal frente al autor (titular de los derechos de propiedad intelectual), únicamente le quedará dirigirse al tercero por medio del artículo 1902 del Código Civil y además el tercero sólo responderá, de acuerdo con el criterio predominante en la jurisprudencia, si conocía la existencia de la exclusiva. Por el contrario, si se considera la cesión en exclusiva un negocio transmisivo, de enajenación, el exclusivista, como titular de los derechos de autor cedidos, tendrá a su disposición las acciones que recogen los actuales artículos 133 ss. (antiguos 124 ss.). La ventaja con la que se encontraría el exclusivista frente al supuesto anterior es que el artículo 134.4 (antiguo 124.4) sólo considera inatacable frente al ejercicio de las acciones protectoras de los derechos de autor la posición del tercero de buena fe que adquiere ejemplares para su uso personal. Es decir, que los cesionarios y adquirentes para uso mercantil en todo caso sufrirán las consecuencias de las mencionadas acciones de propiedad intelectual: suspensión de la explotación infractora y prohibición de reanudarla, retirada del comercio, destrucción o adquisición por el autor a precio de coste de los ejemplares ilícitos... Así, en este último caso, el infractor no podrá alegar, bien su desconocimiento no negligente de una titularidad ajena de derechos de propiedad intelectual, bien cláusulas contractuales en las que su contraparte aseguraba estar libre de todo compromiso anterior. Por consiguiente, la infracción de la propiedad intelectual se producirá siempre, salvo supuestos de fuerza mayor ¹¹⁸. Evidentemente además de ejercitar esta acción de la LPI

caso de dos cesiones en exclusiva. Sobre los diversos supuestos de colisión entre dos cesiones y los criterios de resolución del conflicto *vid.* también RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, pp. 253 ss.

¹¹⁷ Mientras CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»... duda sobre la naturaleza jurídica de la cesión en exclusiva y prefiere concluir que los derechos del cesionario se sitúan en un terreno indefinido entre los derechos reales y los personales (tanto en la 1.ª edición de la obra cit., p. 738, como en la 2.ª edición cit., p. 814); por el contrario SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Comentario a la STS 20 de marzo de 1995»..., cit., p. 956, se muestra partidario de configurarla como un negocio transmisivo, de enajenación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 1990 (RGD, núm. 555, 1990, pp. 9154-9156) califica el contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual (en este caso derechos sobre una obra cinematográfica) como una compraventa especial sujeta a los preceptos de la LPI y no como una compraventa mercantil, cuyas disposiciones sólo son aplicables en defecto de la regulación específica. En cambio VATTIER FUENZALIDA, C.: «La propiedad intelectual (estudio sistemático de la ley 22/1987)», ADC, 1993, p. 1088, mantiene que la cesión en exclusiva es un negocio obligatorio.

¹¹⁸ *Vid.* ampliamente en CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»..., cit., p. 823, y SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Comentario a la STS 20 de marzo de 1995»..., cit., pp. 956-957.

frente al tercero, al acreedor le cabe dirigir su demanda contra el autor por incumplimiento contractual.

3. MEDIOS DE DEFENSA DEL ACREEDOR LESIONADO

A) REMEDIOS ESPECÍFICOS

Díez-Picazo, que toma como punto de partida el propósito de las partes que concluyen un contrato en daño de tercero, propone que el perjudicado pueda solicitar la nulidad del contrato ¹¹⁹. Tal medida, sin embargo, es excepcional y su alcance restringido: únicamente lo admite en los casos en que los contratantes se conciertan, se ponen de acuerdo para ocasionar un daño al tercero. En estos supuestos observamos que el contrato posee causa ilícita y esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo. No obstante, en opinión de este autor, cuando no exista tal concierto entre las partes o cuando a pesar de existir causa ilícita, la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que al tercero le cabe el remedio de la acción de resarcimiento o de indemnización ¹²⁰. Ahora bien, probablemente el caso ante el que nos encontramos de vulneración colectiva de una exclusiva por deudor y tercero sea uno de los ejemplos concretos en que la nulidad no constituye un remedio adecuado para la tutela del interés lesionado. De hecho, tras la declaración de la nulidad del segundo contrato, nada impediría que deudor y tercero continuaran sus relaciones ¹²¹. Por parte de la jurisprudencia, aunque ésta suele estimar como ilícita la causa de los contratos que se dirigen a lesionar los derechos de un tercero o a causar daños a éste ¹²², sin embargo no ha declarado en ningu-

¹¹⁹ *Fundamentos...*, I, cit., p. 447.

¹²⁰ DE COSSÍO y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., p. 472, añade que hay nulidad del contrato por inmoralidad de causa no sólo en los casos de intención de dañar al tercero sino también en los casos en que ambas partes tienen conocimiento del derecho del acreedor. Sin duda es excesiva esta ampliación de la nulidad del contrato.

¹²¹ El propio Díez-Picazo, refiriéndose en concreto a la obligación de no contratar, que es una subespecie de la obligación negativa y de la cual es un ejemplo muy frecuente en los últimos tiempos la obligación de exclusiva, señala que tal obligación comporta como regla general sólo un deber de abstención por parte del deudor, por lo que el contrato llevado a cabo por este último infringiendo la obligación es en principio válido. Por ello no debe confundirse una obligación negativa con las prohibiciones legales o con las estipulaciones negociales que comportan una privación de las facultades necesarias para efectuar un acto de modificación jurídica. Si en vez de estipular una obligación de no enajenar, por ejemplo, el adquirente ha sido privado del poder dispositivo, la enajenación realizada será nula. Decidir ante un caso específico si éste comporta una obligación negativa o una privación de poderes dispositivos es una cuestión de interpretación. En caso de duda la cuestión debe ser decidida en favor del principio de libertad, y por tanto, de la menor limitación. *Vid. Fundamentos...*, II, cit., p. 251.

¹²² Así lo deduce en su estudio jurisprudencial TORRALBA SORIANO, V.: «Causa ilícita: exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1966, p. 683.

na resolución referente al pacto de exclusiva la nulidad del segundo contrato celebrado entre deudor y tercero que daña el contrato de exclusiva previo ¹²³. Como segunda posibilidad, el acreedor posee la acción de cumplimiento específico o la acción de resolución (si estamos ante un contrato sinalagmático) de forma exclusiva contra el deudor, obligado contractualmente al cumplimiento de la obligación ¹²⁴. Es preciso analizar qué tipo de incumplimiento se produce cuando se vulnera la obligación de exclusiva por celebración de un segundo contrato del deudor. Como regla general la doctrina ha entendido que la violación de una obligación negativa genera un incumplimiento definitivo. Detrás de esta opinión se encuentra el fundamento de que en esta clase de obligaciones o el deudor cumple (porque no hace) o viola el contrato e incumple (porque hace). Parece que no hay un término medio, o todo o nada. Evidentemente, a los efectos que nos interesan, si hay incumplimiento definitivo no cabe que el acreedor solicite el cumplimiento en forma específica, puesto que la prestación ni es posible ya ni satisface el interés del acreedor. Únicamente le quedaría la indemnización de daños y perjuicios o bien ésta acompañada de la acción resolutoria del contrato, si es que estamos ante una obligación sinalagmática (ya apuntamos

¹²³ En la STS 23 de marzo de 1921 las resoluciones de primera y segunda instancia confirman el pedimento de los demandantes de solicitar la nulidad del segundo contrato. Pero el Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación declarando válido el segundo contrato, aunque condena a la casa discográfica a que se abstenga de impresionar discos con el canto de la *Meller* en tanto contraríe con esas impresiones las cláusulas estipuladas en el primer contrato. Apunta aquí FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit. p. 349, nota pie p. 34, que no se entiende el motivo de que se prive de eficacia al segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero a partir de la fecha de la sentencia y no a partir de la fecha de la notificación de la exclusiva por la primera casa discográfica a la segunda. En cuanto a la STS 4 de mayo de 1973 la resolución de primera instancia declara válido el primer contrato y en cambio ineficaz y sin valor alguno ni efecto el segundo contrato. La sentencia de la Audiencia revoca la de instancia en cuanto a la ineficacia del segundo contrato. La demandada recurre en casación, señalando entre otros motivos la inclusión en la sentencia de apelación de disposiciones contradictorias, pues estima válido y eficaz el primer contrato e igualmente el segundo. El motivo es desestimado por el Tribunal «*porque la parte dispositiva de la sentencia impugnada no contiene esas tajantes declaraciones de eficacia que se le imputan ya que, si bien decreta la plena validez del primer contrato, no hay en cambio análogo pronunciamiento respecto al segundo, sino que se limita a desestimar los pedimentos 3.º y 4.º de la segunda demanda, que postulaban la ineficacia del contrato de 1965 (contrato segundo), agregando que ello es sin menoscabo de la obligación de indemnizar... por no haberse respetado el derecho de exclusiva*». En opinión de Fernández Arévalo el Supremo se muestra indeciso y confuso en cuanto a la eficacia del segundo contrato que vulnera la exclusiva a favor del acreedor lesionado: establece la obligación de indemnizar, pero no se decanta en cuanto a la cesación de la fuente de daños. Esta autora es partidaria de la ineficacia del segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero, además de la indemnización por ambos demandados de los daños y perjuicios probados a partir de que el tercero conocía, o podía razonablemente conocer, la existencia del primer contrato. *Vid. cit.*, p. 350 nota de pie p. 34 y 369. Por consiguiente, apuesta por la declaración de ineficacia del segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero, pero no por la nulidad del segundo negocio por causa ilícita. Se trataría de una declaración de ineficacia frente al acreedor dañado, pero no *inter partes*.

¹²⁴ Por todos IZQUIERDO TOLSADA: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Edit. Reus, Madrid, 1993, p. 148.

anteriormente la dificultad doctrinal acerca de si la obligación de exclusiva es principal o accesoria cara a la admisión de la resolución contractual. Si se configura como obligación accesoria normalmente no cabe acción resolutoria, salvo que entendamos que su vulneración tiene como consecuencia de todas formas la frustración del fin negocial).

Sin embargo, debe ponerse de relieve cómo desde hace algún tiempo ya un sector de la doctrina ha comenzado a considerar, por una parte, la posibilidad de mora en las obligaciones negativas y, por otra, la posibilidad de que el incumplimiento de las mismas sea defectuoso. Hemos de decir, eso sí, que tales autores siguen afirmando que en la inmensa mayoría de las obligaciones negativas sólo puede hablarse de incumplimiento definitivo, pero en otras no. Se ha señalado que las razones que siempre han llevado a la doctrina a pronunciarse unánimemente a favor del incumplimiento definitivo en las obligaciones de no hacer ha sido el hecho de que se han limitado a analizar los mismos ejemplos de obligaciones de esta clase, pero no aquellos más comunes en la realidad y que son precisamente los que no siguen la regla general del incumplimiento definitivo ¹²⁵. En ocasiones, pues, la violación de una obligación negativa genera en primer lugar un incumplimiento defectuoso, de manera que para Moisset De Espanes ¹²⁶ estamos ante un caso semejante cuando la obligación contraída por el deudor significa continuar con la situación de pasividad en que ya se encontraba éste y sólo después de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido (vecino que no impide el goce del panorama a su colindante, que se compromete a continuar en esta situación de pasividad durante un cierto tiempo). En estos casos la consecuencia es que subsiste la obligación y el acreedor tiene la pretensión de cumplimiento si estamos ante una obligación simple, que se concreta en una pretensión de corrección, que puede llevarse a cabo sobre la misma prestación defectuosa, mediante sustitución por otra o mediante ejecución de una nueva prestación corregida. Si la relación obligatoria es, por el contrario, sinalagmática, también es preciso exigir la pretensión de cumplimiento ya que la resolución posee un alcance excepcional y requiere una frustración total o parcial del contrato ¹²⁷.

¹²⁵ Apunta este argumento MOISSET DE ESPANES, L: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, 1975, pp. 351 y 354. Dan lugar al incumplimiento definitivo los supuestos en que la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido. Por ejemplo, alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de julio, con motivo de la celebración de la independencia, y concurre. No es ni siquiera posible en tales casos pensar en deshacer lo mal hecho y la violación de la promesa es total.

¹²⁶ «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer...», cit., pp. 354-355.

¹²⁷ Igualmente comparte esta posición RUIZ VADILLO, E.: «Las obligaciones negativas en el Derecho Español», *Pretor*, núm. 93, 1976, pp. 51 y 52. En su opinión, el Juez para decidir si existe un incumplimiento total o defectuoso de la obligación negativa debe objetivamente y con arreglo a los criterios comerciales o del tráfico social normales decidir si el *quantum* del incumplimiento es merecedor del calificativo de total o simplemente de incompleto o defectuoso. Si *D* se obliga a no vender cemento en una determinada zona a otras personas distintas de *A* y vende de una producción de 1.000.200 kg en la zona prohibida, mal puede afirmarse un incumplimiento total o propio, debiendo dar lugar a desha-

Pero frente a estas opiniones que mantienen que en ciertos casos las obligaciones negativas dan lugar a un incumplimiento defectuoso, se ha sostenido¹²⁸ que desde un punto de vista estrictamente técnico se genera un incumplimiento definitivo. Diferente es que si se desea obtener el desarrollo de la conducta omisiva por el tiempo que queda por transcurrir, las partes están posibilitadas para manifestar una voluntad en tal sentido, novando la primera obligación por otra de igual contenido omisivo y con duración limitada al tiempo que faltaba por cumplir.

También se ha señalado recientemente cómo a veces la vulneración de una obligación negativa lleva consigo la constitución en mora del deudor. Durante tiempo se ha defendido unánimemente por la doctrina que no cabe mora en las obligaciones de no hacer, de acuerdo con el artículo 1100 del Código Civil que dice de forma expresa que incurren en mora «los obligados a entregar o hacer alguna cosa»¹²⁹. Pero ciertas voces han considerado como excepción los casos en que el contenido de la prestación es un no hacer del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él. Es decir, son los supuestos en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a no hacer en el futuro¹³⁰. Si se afirma la existencia de mora en ciertas obligaciones

cer lo mal hecho, a corregir económicamente los daños y perjuicios y a mantener en sus límites de máxima corrección la relación jurídica quebrantada.

¹²⁸ EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas...*, cit., p. 161.

¹²⁹ A título ejemplificativo SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil comentado y concordado*, artículo 1088-1213, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 577 y ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, 6.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 205.

¹³⁰ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 627; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, II, cit., p. 204; MOISSET DE ESPANES, L.: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer»..., cit., pp. 356-358, y RUIZ VADILLO, E.: «Las obligaciones negativas en el Derecho Español»..., cit., p. 54. Moisset de Espanes (cit., p. 357) pone el siguiente ejemplo en relación con las obligaciones de no hacer competencia, muy similares a las de exclusiva: Roberto Espejo, emprendedor comerciante de la ciudad de Río Tercero, tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma y la otra de ramos generales. En el mes de septiembre vende el negocio de artículos de goma a Ricardo Tapia, comprometiéndose a entregárselo el 1 de noviembre, y a no efectuarle competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos de ese tipo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder. Llegado el 1 de noviembre, Roberto Espejo entrega la gomería a Tapia, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y otros artículos de goma en su negocio de ramos generales, es decir, no empieza a cumplir la abstención prometida en la fecha acordada. Este incumplimiento de Espejo, según el autor, encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para Ricardo Tapia que se cumpla de manera íntegra, es decir, que durante los cinco años prometidos se abstenga de realizarle competencia, y le permita consolidar su clientela. Matiza la tesis anterior Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 397-398, ya que en su opinión quien hace lo que no debe incumple y no puede purgar su incumplimiento con una posterior no-actividad. La lesión del derecho de crédito ya se ha producido, otra cosa distinta es que pueda seguir obligado si es una obligación de larga duración, pero nada más. Ella trata de responder a la cuestión

de este tipo, en caso de que aún quepa satisfacer el interés del acreedor (cosa que dudo como regla general), éste no va a iniciar una acción resolutoria por incumplimiento, sino que solicitará la acción de cumplimiento y los daños y perjuicios que el retraso en el incumplimiento haya generado al acreedor, indemnización que se rige por las reglas generales relativas a los daños contractuales.

Qué ocurre en la práctica diaria: En las sentencias sobre vulneraciones de exclusiva la regla general es que se demanda únicamente al deudor (no a los terceros) y se solicita, o bien la resolución del contrato acompañada de la indemnización de daños y perjuicios, o bien únicamente la indemnización ¹³¹. Raro es, en cambio, el caso en que el acreedor reclama el cumplimiento específico de la obligación. En nuestra opinión por dos razones: Primero, porque aunque teóricamente quepa admitir la mora en ciertas obligaciones de no hacer, en la práctica la violación de este tipo de obligaciones negativas parece dar lugar siempre a un incumplimiento definitivo en cuanto el hacer por parte del obligado genera una insatisfacción del interés del acreedor, ya que normalmente a este último le interesa que el cumplimiento de la obligación, a causa de sus circunstancias económicas, se dé en un determinado momento y no en otro, de manera que ni siquiera la posibilidad de novar la primitiva obligación de no hacer resulta un aliciente para él (hemos de excepcionar ciertas hipótesis en las que al acreedor le interesa contratar con ese deudor y no con otro, porque es el único que suministra determinado producto o porque es el que ofrece mejor calidad). Además, a la razón anterior se añade la pérdida de confianza en el deudor, confianza que es un elemento muy frecuente en la celebración de los contratos de exclusiva. Segundo, porque el cumplimiento específico en estos supuestos de violación de exclusiva exige en el deudor un comportamiento nuevo que sólo puede lograrse además por la colaboración de los terceros con quienes el deudor ha contratado. Es decir, si el Juez admite la demanda de cumplimiento específico, surge un problema en caso de que el deudor se niegue a cumplir voluntariamente la demanda. La ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer se encuentra regulada aunque muy deficientemente en el artículo 1099 del Código Civil y el artículo 925 de la LEC. Si la obligación de no hacer violada es personalísima y el deudor no desea cumplir, la ejecución forzosa consiste entonces en un resarcimiento de daños y perjuicios. Ya se ha planteado algún autor ¹³² la tensión que en estas hipótesis se produce entre el derecho del acreedor a que la sentencia se cumpla en sus propios términos y

desde la finalidad que cumple la mora en el Ordenamiento. Si su finalidad es el traspaso de los riesgos al deudor incumplidor no tiene sentido la constitución en mora del deudor en las obligaciones negativas, en cuanto que no cabe hablar de imposibilidad sobrevenida fortuita de una obligación negativa.

¹³¹ *Vid.* en este sentido a título ejemplificativo las SSTS de 29 de octubre de 1955, Ar. 3090; 18 de marzo de 1966, Ar. 1288; 6 de febrero de 1985, Ar. 535; 10 de noviembre de 1981; Ar. 4472; 30 de junio de 1987; Ar. 4832; 15 de abril de 1991; Ar. 2690; 3 de abril de 1968, Ar. 2033.

¹³² FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., pp. 368-369.

la libertad de la persona del deudor, dejando claro que de momento el acreedor ha de contentarse con una indemnización de daños y perjuicios ¹³³.

Hay una excepción relevante en la jurisprudencia en la que el demandante, además de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pide el cumplimiento específico al Ayuntamiento demandado, concedente de la exclusiva. Esta STS 21 de marzo de 1962 parece admitir esta específica obligación positiva del concedente de mantenimiento del beneficiario en su situación de exclusiva, que impone al obligado un comportamiento activo, que aquí consiste en que el concedente tiene que ejercitar las acciones civiles oportunas contra los dueños de los bares que obran fuera de los términos de la concesión ¹³⁴.

La última medida puesta al alcance del acreedor, que es la que con mayor frecuencia solicita, es la indemnización de daños y perjuicios. Tal medida cabe dirigirla contra el deudor, contra el tercero o contra ambos conjuntamente. Se examina a continuación, en cuanto la demanda conjunta a deudor y tercero para la indemnización de daños y perjuicios plantea graves problemas.

B) MODO DE ACTUAR FRENTE A LOS RESPONSABLES EN CASO DE DEMANDA CONJUNTA A DEUDOR Y TERCERO

Al acreedor le caben en la práctica dos modos de actuar desde el punto de vista procesal cuando solicita indemnización de daños y perjuicios: o bien demanda por separado y de forma sucesiva a deudor y tercero, optando el acreedor por uno u otro (lo frecuente, como se desprende de la práctica jurisprudencial es que demande únicamente al

¹³³ Por el contrario en el *Common Law* no solamente cabe exigir al deudor el cumplimiento específico de la obligación sino también incluso al propio tercero. Así ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., pp. 578-580, menciona dos ejemplos famosos al respecto. El primero es un caso de EEUU, en el que los hermanos Pasquel organizaron un equipo de béisbol en México y lograron sustraer a un jugador norteamericano que tenía una cláusula de exclusiva con el club estadounidense. Los hermanos Pasquel le indujeron a incumplir el contrato y concertar uno nuevo con ellos. El club norteamericano podía acudir al *Court of Law* demandando a dicho jugador por incumplimiento de contrato, pero por medio de la *action at law* únicamente obtendría el resarcimiento del daño, cuando al Club le interesaba el cumplimiento específico del primer contrato. Pero este tipo de problemas se resuelven en este sistema a través de la *equity*, cuyo principal remedio son las *injunctions* y las *mandatory injunction*. En el caso planteado los hermanos Pasquel recibieron un mandato judicial por el que se les prohibía utilizar al jugador que habían sustraído al club demandante y continuar induciendo a dicho jugador a infringir el contrato anterior. De esta manera se obtuvo el cumplimiento específico del contrato. Si no se cumple tal orden o mandato judicial existe como medida una pena pecuniaria e incluso un arresto personal. El segundo ejemplo es un mandato judicial dirigido contra el deudor que incumple. Un Juzgado de equidad inglés expidió un mandamiento judicial contra la estrella de cine Bette Davis en el año 1937 a instancia de la compañía cinematográfica que la había contratado en exclusiva de 1934 a 1942. Mediante esta *injunction* se prohibió a la artista prestar sus servicios a una segunda compañía de cine.

¹³⁴ Vid. nota 48 para un resumen de los hechos de la sentencia.

deudor), o bien demanda conjuntamente a deudor y tercero (cosa francamente excepcional ¹³⁵).

La primera posibilidad –que el acreedor dirija primero su demanda frente al responsable que prefiera, eligiendo la oportuna acción contractual o extracontractual– realmente no está exenta de problemas. Se ha indicado que normalmente el acreedor suele demandar al deudor de forma exclusiva, sin duda por diversos motivos: porque el plazo de prescripción es mucho más largo en la responsabilidad contractual que en la extracontractual, porque además de pedir la indemnización puede solicitar la resolución del contrato (tratándose, claro, de obligaciones sinalagmáticas), porque sobre el tema de la tutela aquiliana del crédito hay una cierta confusión, porque sin duda le es más difícil conocer al tercero que ha contratado con el obligado y le ha causado un daño... Pero con esta posibilidad de opción por el acreedor entre los dos responsables (opción puesta en tela de juicio por la doctrina ¹³⁶) podría suscitarse un problema de multiplicidad de pleitos y con ello de doble reparación (en caso de que demande sucesivamente a uno y a otro). Precisamente al ser el hecho lesivo común (ambos actúan colectivamente) y el perjuicio idéntico (lesión del derecho de crédito) la escasa doctrina que menciona este tipo de hipótesis se muestra de acuerdo en que la reparación ha de ser única ¹³⁷. En principio, de acuerdo con nuestra mecánica procesal, no debería existir inconveniente para pretender la indemnización doble, es decir, de cada uno de los responsables, ya que se trata de acciones diferentes (en tales acciones, contractual y extracontractual, hay dos elementos identificadores variables: la causa de pedir y los sujetos). Al ser las acciones diversas, ejercitada y resuelta una de ellas por sentencia firme, nada impediría que en un proceso posterior se ejercitara la acción no juzgada con anterioridad, es decir, la institución de la cosa juzgada no afectaría, en principio, a la repetición de un proceso donde se ejercite la acción no actuada, pues no se produciría el *bis in idem* que pretende evitar la cosa juzgada, al no darse esa repetición *in idem*. No obstante, al tratarse de acciones concurrentes a un mismo fin (la reparación del

¹³⁵ Vid. SSTS 23 de marzo de 1921, 4 de mayo de 1973, 31 de diciembre de 1993 y 20 de marzo de 1995.

¹³⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 155, con razón se muestra contrario a que el perjudicado elija cuál de los dos sujetos ha de reparar el daño. Por una parte, resulta inmoral que habiendo sido el daño causado por ambos en un mismo acto colectivo tuviese uno de los responsables, en virtud de la libre voluntad del dañado, que responder del todo como si fuera él el causante exclusivo. Por otra parte, la opción por el perjudicado para actuar la responsabilidad contractual y extracontractual tiene una completa justificación cuando es una misma falta cometida por un solo sujeto la que puede tener un carácter u otro, pero éste no es el caso ante el que nos encontramos.

¹³⁷ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, ... cit., p. 606; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 154, y CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 241. En la doctrina italiana DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo «complice»...», cit., p. 1419, y VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., p. 447.

daño) se ha sostenido que no se ve razonable la doble consecución de ese fin, aunque sean personas distintas los presuntos responsables ¹³⁸. En este caso de unidad de fin de acciones distintas, la institución de la cosa juzgada debe operar de un modo peculiar: la resolución que acoja la demanda (interpuesta, por ejemplo, contra uno de los responsables) y conceda la tutela jurídica solicitada (la indemnización de daños y perjuicios) produce todos los efectos de la cosa juzgada material. El interés del actor ha quedado satisfecho y el fin al que tienden ambas acciones ya se ha obtenido. De intentarse un nuevo proceso, ejercitando la acción correspondiente contra el otro responsable, faltaría una de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción: el interés jurídicamente protegible. La prosperabilidad de una de las dos acciones comporta la extinción de la otra ¹³⁹.

Sin embargo, a nuestro juicio hay casos en que debe admitirse la multiplicidad de pleitos, puesto que no surge el problema de la doble reparación. En primer lugar, si se ha dirigido contra alguno de los responsables y no ha obtenido la completa satisfacción, puede dirigirse después frente al otro por lo que quede. Segundo, cabe demandar posteriormente al segundo responsable si la primera acción ejercitada no ha tenido éxito: por ejemplo, se acoge por el Juez una excepción opuesta por el demandado extracontractual de prescripción por el transcurso de más de un año entre el evento dañoso y el ejercicio judicial. Tercero, si en el primer proceso se pide una indemnización de daños y perjuicios al responsable extracontractual, no hay razón para hacer operar la cosa juzgada –con función negativa de excluir un segundo proceso– cuando en el segundo pleito lo que se discute es el cumplimiento contractual estricto o simplemente la resolución del contrato sin más. No se trata de acciones concurrentes.

Pero incluso en estos supuestos en que se admiten los dos pleitos sucesivos ya que no hay peligro de doble reparación, sin embargo, por una parte, el acreedor se ve obligado a interponer dos pleitos distintos con el gasto que supone de tiempo y de recursos, y por otra parte, pare-

¹³⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., p. 241.

¹³⁹ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., p. 292, aunque estas observaciones las realiza la autora en relación, no propiamente a la hipótesis aquí planteada, sino en relación a los casos en que unos mismos hechos realizados por un mismo sujeto pueden encuadrarse tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual (es decir, lo que para ella es un concurso propio de acciones). En sentido similar sobre el tema concreto que nos ocupa Díez-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español», *Revista del Instituto del Derecho Comparado*, 1962, núm. 19, pp. 67-68. Aunque reconoce que la demanda sucesiva y doble reparación del daño lleva a consecuencias inadmisibles, sin embargo a su juicio parece extraordinariamente difícil desde el punto de vista procesal impedir que las acciones del perjudicado se ejerciten. Como posible solución propone una acción de repetición de los que han pagado, en la medida en que este pago haya sido injusto, indebido o sin causa, es decir, en la medida en que haya un enriquecimiento injusto por parte del perjudicado.

ce más lógico que el Juez fije el resarcimiento, pudiendo examinar el conjunto de los hechos y de los responsables que generan el daño al derecho de crédito (no olvidemos que estamos ante un acto colectivo de dos personas que causa idéntico perjuicio).

De ahí que sin duda la mejor opción en estos supuestos de concurrencia de deudor y tercero en la vulneración de una exclusiva sea el ejercicio conjunto y simultáneo de ambas acciones en el mismo pleito ¹⁴⁰. Procesalmente, en principio no existiría problema en la medida en que ambas acciones son acumulables a tenor del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación a la que nos referimos es una acumulación simple, en la que dos o más acciones diferentes se someten a la consideración del Juez para que éste se pronuncie sobre todas ellas. Los límites procesales que la LEC impone a la posibilidad de acumulación se reducen a una incompatibilidad material (art. 154.1) y a una incompatibilidad procesal, consistente en la sustanciación de varias acciones en juicios de diferente naturaleza (154.3), pero no cabe hablar de juicios de diversa naturaleza entre los cuatro procesos ordinarios. En cambio la ley no establece limitación alguna para la acumulación en cuanto a la competencia territorial. Así, cuando se acumulan acciones cuya competencia viene atribuida a Jueces de distinto territorio, se produce una alteración de la competencia territorial por conexión y el Supremo tiene declarado al respecto que tratándose de acciones acumuladas es competente el Juzgado del lugar en que deban cumplirse el mayor número de obligaciones o en que alcancen mayor cuantía económica ¹⁴¹. Por consiguiente, a pesar de que la responsabilidad contractual y extracontractual difieren en cuanto a la competencia territorial, sin embargo no parece ser ésta una dificultad para la acumulación de las diversas acciones ¹⁴².

El problema realmente grave en este caso de demanda conjunta a deudor y tercero es que, al tratarse de dos responsabilidades de signo distinto (contractual y extracontractual), se someten cada una de ellas en nuestro Ordenamiento a un régimen jurídico diferente y frente a este hecho el acto dañoso es un acto colectivo, un acto unitario y la reparación ha de ser única. De ahí que se proponga por la doctrina el que tal acto unitario se someta a un régimen también unitario de responsabili-

¹⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación...», cit., p. 69.

¹⁴¹ Véanse tales apreciaciones sobre la acumulación simple de acciones en TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., pp. 169-178,

¹⁴² La competencia territorial para reclamar indemnizaciones por responsabilidad aquiliana no está expresamente regulada en la LEC, a diferencia de lo que sucede con la acción por incumplimiento contractual. Regla común a ambas es la norma general de sumisión expresa o tácita de los interesados, con las limitaciones de los artículos 56, 57 y 58 LEC. En su defecto, para exigir la responsabilidad contractual la ley establece tres fueros concurrentes: será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato. Para exigir la reparación de daños *ex* artículo 1902 del Código Civil no hay determinada una regla específica, aunque el Supremo viene entendiendo competente, a falta de sumisión expresa o tácita, el Juez del lugar donde se causaron los daños.

dad (inclinándose, parece, con esta postura a un acercamiento entre la responsabilidad contractual y extracontractual) y a que la condena a la indemnización de daños y perjuicios entre deudor y tercero sea solidaria¹⁴³. La mayor dificultad en la hipótesis que nos planteamos estriba en el régimen diverso de ambas responsabilidades en materia de competencia judicial territorial (que no impide la acumulación, como hemos indicado ya), valoración de la culpa y del daño, prescripción y distribución de la responsabilidad en este caso de pluralidad de responsables. Sin embargo, ha de afirmarse sin ninguna duda que tras un análisis detenido de estos elementos las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad son más teóricas que reales. Tales diferencias, o ya no existen, o se han atenuado en grado considerable por la labor jurisprudencial fundamentalmente. Y a la hora de resolver el supuesto que nos ocupa no puede hablarse ya con tanto rigor de un diverso régimen jurídico, salvo en materia de prescripción y en materia de indemnización de daños en el concreto caso de la fijación en el primer contrato de exclusiva de una pena convencional. Examinemos a continuación cada uno de estos aspectos.

Respecto al tema de la prescripción, el problema se produce no sólo por ser más corta la prescripción de la acción extracontractual que la de la contractual (un año frente a quince años), sino además por existir plazos de prescripción o de caducidad de acciones contractuales más cortos (saneamiento de vicios ocultos en la compraventa civil, por ejemplo) y también por diferencias en las reglas de interrupción de la prescripción de las acciones mercantiles que no reconocen a la reclamación extrajudicial eficacia interruptora de la prescripción¹⁴⁴. En nuestro supuesto, la dificultad radica en que al demandarse conjuntamente a deudor y tercero y variar los plazos de prescripción, probablemente, la acción extracontractual ya ha prescrito cuando se interpone la demanda. Sólo le restaría al acreedor su acción contra el deudor y se vería expuesto al riesgo de la insolvencia del mismo. En la mayoría de las ocasiones sería casi imposible la demanda conjunta (salvo que se demande a los dos en el corto plazo de un año). Pero, ¿cabría señalar un plazo de prescripción unitario para ambas acciones? Una posible solución doctrinal es que primero se aplique el plazo más breve, si en caso de no hacerlo se frustrase la finalidad de la norma que lo establece. Si no se frustra tal fin u otros motivos sobresalientes abogan en favor del plazo más largo, este plazo mayor es entonces el que ha de regir¹⁴⁵. Parece que el sentido de

¹⁴³ Vid. esta propuesta en Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 606, y FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., pp. 365-366.

¹⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Responsabilidad civil, CGPJ*, Madrid, 1993, p. 70.

¹⁴⁵ LARENZ, K.: *Derecho civil...*, cit., p. 350, aunque este autor proporciona tal solución para el caso, diverso del nuestro, de que unos mismos hechos realizados por idéntico sujeto constituyan el supuesto de hecho normativo de ambas responsabilidades. En idéntico sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual...», cit., p. 70.

tan corto plazo para la extracontractual radica en el carácter extremadamente volátil de los elementos de prueba relativos a los eventos dañosos extracontractuales¹⁴⁶ y en que la inexistencia de una relación jurídica previa entre demandante y demandado hace aconsejable que este último no deba esperar mucho tiempo para conocer la actitud que el perjudicado ha de adoptar¹⁴⁷. Hemos de cuestionarnos, pues, qué plazo de prescripción –si el de la contractual o el de la extracontractual– ha de aplicar el Juez en el caso de demanda conjunta a deudor y tercero por vulneración de exclusiva. Creemos que sería conveniente aplicar el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual en cuanto las razones que existen para el señalamiento de un plazo tan breve en la extracontractual no tienen razón de ser en nuestra hipótesis (y, por tanto, no se frustra la finalidad de la norma extracontractual): aquí normalmente el elemento de la prueba de los eventos dañosos no tiene carácter volátil, ya que las pruebas son documentales (los dos contratos normalmente se plasmarán en sendos documentos). Además, el tercero en estos casos suele conocer la existencia del acreedor dañado, es decir, suele conocer la relación jurídica previa que une a su contratante y a un tercero (no en vano muchos de estos supuestos son de inducción a la ruptura de la obligación de exclusiva por parte del tercero). Y, por último, sin necesidad ni siquiera de profundizar en el fundamento del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual, se llega al mismo resultado en base al principio *pro damnato*.

Se ha mencionado como otra de las diferencias clásicas de régimen entre ambas responsabilidades la extensión del daño indemnizable. En principio a los daños contractuales se les aplica el artículo 1107 del Código Civil (que diferencia en sus dos párrafos entre deudor doloso y no doloso), mientras que los daños extracontractuales se reparan de forma íntegra (no se distingue entre deudor doloso o culposo). En nuestra hipótesis concreta de deudor y tercero por vulneración de exclusiva no creo que pueda sostenerse una distinción de régimen en cuanto a la extensión del daño indemnizable entre deudor y tercero. Nosotros hemos mantenido que el deudor es siempre doloso y el tercero también, ya que éste no responde de la violación de la exclusiva si ha contratado con el deudor negligentemente. Parece que no hay inconveniente en entender que el párrafo 2.º del artículo 1107 del Código, relativo al deudor doloso, no se separa del régimen correspondiente a la responsabilidad extracontractual: reparación integral. Deudor y tercero dolosos responden exactamente igual, por tanto, por todos los daños causados.

Un caso en el cual sí se plantea conflicto es aquel en que en el primer contrato de exclusiva se ha establecido una pena convencional, es decir, una prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acree-

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario a la STS 9 de diciembre de 1983», *CCJC*, núm. 4, 1983, p. 1206.

¹⁴⁷ DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1968 Código Civil», *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.ª ed, Madrid, 1993, p. 2165.

dor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación. La prestación penal posee una naturaleza diversa, normalmente en el caso de incumplimiento de una obligación de no hacer consiste en una prestación pecuniaria. El problema se presenta cuando las partes de forma expresa no han determinado el alcance que ha de poseer tal pena. De manera que, entonces, se aplica la regla del Código Civil que dispone que la pena convencional actúa en función de previa liquidación del daño y sustituye a la indemnización¹⁴⁸. Entonces, si deudor y tercero a los que se demanda conjuntamente deben una única indemnización: ¿Responden íntegramente del daño –solución a la que se llega por la aplicación de la responsabilidad extracontractual– o responden simplemente por la cantidad pecuniaria establecida como pena convencional en el primer contrato? Grandes objeciones presenta, sin duda, la segunda posibilidad. Primero, la pena convencional suele pactarse por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Por tanto, y de acuerdo con el principio de la eficacia relativa de los contratos, tendría efecto sólo entre las partes que la han pactado, de manera que únicamente obliga al deudor. Segundo, la cláusula penal limita la responsabilidad a la suma establecida y si bien es discutida la eficacia de similares cláusulas en materia de responsabilidad extracontractual, no así en el ámbito contractual, en el que se admiten tales cláusulas de limitación de la cuantía del resarcimiento (distintas, por el contrario, a las cláusulas que exoneran de responsabilidad al deudor que reciben un tratamiento diferente)¹⁴⁹. En tercer lugar, en este tipo de cláusulas se exonera al acreedor de la carga de la prueba del daño y ello constituiría una grave derogación del régimen de la responsabilidad civil. Es más, la exoneración de la carga de la prueba conduciría al peligro de hacer responder al tercero en los supuestos en que el daño ocasionado sea menor de la suma prevista en la cláusula penal, o en el caso límite de que no exista daño alguno¹⁵⁰.

No obstante, a pesar de la existencia de estos fuertes argumentos que niegan la posibilidad de aplicar la pena convencional, también hay otras razones de peso que conducen a aventurar que deudor y tercero respondan únicamente de la cantidad por la que respondería el deudor en caso de incumplimiento. Por una parte, según Fernández Arévalo¹⁵¹, es lógico que la colaboración en el incumplimiento imputable al tercero, que lleva consigo la insatisfacción del acreedor, genere para él una responsabilidad por la lesión del derecho de crédito, pero sólo en la medida en que existe éste en la realidad. El tercero tendrá que responder por eso mismo (en nuestro caso junto con el deudor), pero no por más de lo que hubiera de responder el obligado. Es decir, el acreedor no puede pretender que bajo el expediente de la tutela aquiliana del crédito el tercero haya de asumir sus propios costes y riesgos económicos con

¹⁴⁸ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 399-400.

¹⁴⁹ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 617.

¹⁵⁰ Sobre estas objeciones *vid.* DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo “complice”...», cit., pp. 1414-1415.

¹⁵¹ *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 26.

los que inicialmente él, como acreedor, debía cargar para la consecución de los fines previstos en la constitución de la relación. Por otra parte, el daño es el resultado económico y jurídico de una actividad del tercero cualificable en términos aquilianos (es ilícita, pues), pero tal daño, desde el punto de vista ontológico, se identifica con el incumplimiento mismo. Por consiguiente, el cálculo del daño resarcible ha de efectuarse según los criterios contractuales y no según los criterios aquilianos ¹⁵².

Quizá más conveniente sea una postura intermedia en la que descartemos por pura ortodoxia la aplicación directa de la pena convencional, pero la suma de tal pena ha de considerarse como criterio judicial en la evaluación de los daños, al menos a título indicativo, ya que el perjudicado al aceptar la cláusula indica en qué montante estima la lesión de su derecho de crédito y no parece adecuado, como indicábamos antes, que el tercero asuma riesgos con los que inicialmente el acreedor debía cargar ¹⁵³.

El último aspecto que interesa resaltar es el de la pluralidad de responsables y cómo se distribuye la responsabilidad entre ellos. Como la ley no establece un rango jerárquico, ambos responden en el mismo grado (ninguno es responsable subsidiario, pues) ¹⁵⁴. Ahora bien, cómo se distribuye esta responsabilidad de rango igual: ¿mancomunada o solidariamente? ¿Es diferente el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual en este punto? En la actualidad parece que hay un acercamiento en cuanto a la extensión del régimen de la solidaridad tanto en el campo extracontractual (que ya desde principios de siglo fue el primero en evolucionar hacia la solidaridad en cuanto el TS en el año 1903 ciñó el art. 1137 del CC a las obligaciones contractuales) como en el contractual (la solidaridad no sólo se mantiene cuando así lo han querido de forma expresa las partes contratantes en la obligación, sino también cuando se evidencie del comportamiento de las partes o de la naturaleza de las obligaciones) ¹⁵⁵. Cavanillas Múgica ¹⁵⁶ se pregunta si, mientras que la solidaridad contractual obtenida por la voluntad de las partes debe ser la solidaridad propia u ordinaria del Código Civil, la solidaridad extracontractual y la contractual en que la solidaridad se obtiene, no de un pacto de las partes sino de la conducta paralela de los deudores y de la comunidad de intereses que ostentan, deben regirse por un régimen de solidaridad *sui generis*, que la doc-

¹⁵² VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo»..., cit., p. 445.

¹⁵³ En este sentido VINEY, G.: *Traité de droit civil*..., cit., p. 248.

¹⁵⁴ Así lo entiende Díez-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación...», cit., p. 66. Descarta la responsabilidad subsidiaria también GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 154-155. A su juicio la mayor dificultad en caso de admitir la responsabilidad subsidiaria de uno de los responsables estribaría en examinar cuál de las dos conductas —si la del deudor o la del tercero— es la causa más inmediata del daño y ello supondría tener que acudir, con más precauciones por la complejidad del caso ante el que nos encontramos, a las teorías que resuelven supuestos en que hay pluralidad de causas.

¹⁵⁵ CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*..., cit., pp. 40 ss.

¹⁵⁶ *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*..., cit., p. 45.

trina denomina responsabilidad *in solidum*. En esta última clase de supuestos la solidaridad no se fundamenta en la existencia de una voluntad consciente, sino en la necesidad de proteger la legítima confianza depositada en que los varios deudores responderán indistintamente de la totalidad del precio ¹⁵⁷.

En nuestra hipótesis concreta la doctrina es partidaria de que tanto deudor como tercero respondan de los daños y perjuicios solidariamente. Aunque tiene cierto apoyo jurisprudencial la postura que mantiene con carácter general que si hay varios responsables, unos contractuales y otros extracontractuales, éstos no responden solidariamente, aún mayor apoyo posee la tesis contraria ¹⁵⁸. Ya en materia específica de vulneración de pacto de exclusiva, la STS de 23 de marzo de 1921 entiende, por el contrario, que la responsabilidad es mancomunada ya que aplica el tenor literal del artículo 1137 del Código Civil, que declara únicamente obligaciones solidarias las que expresamente así lo determine su título y aquellas otras de cuyo texto resultare. Sin embargo, la posterior STS 4 de mayo de 1973 establece ya la responsabilidad solidaria de los responsables contractual y extracontractual basándose, por una parte, en el carácter indivisible del deber de respetar la exclusiva que compete tanto al deudor como a terceros que la conocen, en la actuación conjunta y unida de los infractores que ha producido un resultado dañoso y, por último, en la reiterada doctrina jurisprudencial que establece la solidaridad sin necesidad de que medie pacto expreso entre las partes, bastando que del contexto de la obligación se derive su existencia y en todo caso entre los coautores de un acto ilícito civil cuando hay unidad de acción o resultado ¹⁵⁹. La responsabilidad solidaria en estos

¹⁵⁷ En opinión de DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 206, no hay dos clases de solidaridad distintas sino solamente que, en ocasiones, en virtud del tipo de relaciones existentes entre los sujetos, no se aplican algunas reglas generales de la solidaridad típica. Para SOTO NIETO, F.: «Dinámica de la obligación solidaria. La obligación "in solidum"», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1220, 5 de noviembre de 1980, Madrid, pp. 11-13, la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia es a desconocer la categoría de las obligaciones «in solidum», hablando de solidaridad sin más.

¹⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al artículo 1902 del Código Civil»..., cit., p. 1980. *Vid.* su enumeración de sentencias al respecto, no todas por supuesto referidas a pactos de exclusiva.

¹⁵⁹ La jurisprudencia italiana desde hace muchos años es partidaria de la solidaridad entre deudor y tercero, sin que a ello suponga un obstáculo que ambos respondan por título diverso. Justifican tal solidaridad, bien bajo el aspecto del carácter unitario del daño producido al acreedor, bien bajo el carácter unitario del hecho dañoso. Tal unidad del hecho dañoso no se concibe como identidad de acción y de título de culpa de los dañantes, los cuales concurren a producir el daño con violaciones de diversos deberes jurídicos o morales. Pero es este último presupuesto del carácter unitario del hecho dañoso el que más frecuentemente exige la jurisprudencia para que haya responsabilidad solidaria entre varias personas. *Vid.* BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., pp. 247-248, y GALGANO, F.: «Relazione introduttiva», *La tutela del credito negli ordinamenti giuridici moderni*, Ascoli Piceno, Conveno di 20 ottobre 1990, Giuffrè, 1993, p. 24. Por su parte también la jurisprudencia francesa mantiene desde principios de siglo la responsabilidad solidaria de deudor y tercero en la indemnización de daños y perjuicios. *Vid.* SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile...*, cit., p. 190.