

## NOTAS SOBRE LAS NEGATIVE PLEDGES

Cristián Banfi Del Río\*

RESUMEN: El presente es un intento de exposición sucinta sobre el concepto, la taxonomía, la extensión, los efectos y los remedios ante la infracción de las *negative pledges*, con base en doctrina y jurisprudencia inglesas. Se persigue promover el debate en Chile sobre algunos aspectos de interés que este tema concita y que –más temprano que tarde– pueden suscitar controversias jurídicas para cuya adecuada solución convenga examinar la experiencia comparada.

1. En la tradición anglosajona, la expresión “*security interests*” se emplea en un sentido amplio que equivale, en general, a las seguridades, garantías y cauciones reconocidas en el Derecho chileno.<sup>1</sup> El propósito fundamental de las seguridades es reducir el riesgo de no pago del crédito mediante la obtención de una prioridad sobre los demás acreedores del deudor, susceptible de ejercerse ante su insolvencia o quiebra.

Ellas además brindan al acreedor cierta influencia o control sobre otros hechos que pueden afectar su crédito.<sup>2</sup> Las seguridades constituyen

\* Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. LL.M., University of Cambridge (2002); Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile (2000); Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (1994). Se agradecen las valiosas observaciones sobre aspectos del Derecho chileno del distinguido colega y profesor, Cristián Cortés P., como también la colaboración Carlos Isensee R., ayudante del Depto. de Derecho Público, Universidad de Chile, en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia nacionales. El autor es exclusivo responsable de los errores que este trabajo contenga.

<sup>1</sup> Excede el objeto del presente trabajo la revisión de las diversas garantías en el Derecho inglés. Baste una alusión muy general: (i) “La seguridad es creada cuando una persona (‘el acreedor’) para, con quien otra (‘el deudor’) está obligada por ley o contrato, aparte de la promesa del deudor de cumplir la obligación, adquiere derechos [...] sobre ciertos bienes del deudor, con el fin de exigir el cumplimiento de la obligación” (*Bristol Airport plex. Powdrill*, 1990, Ch 744, p. 760); (ii) los cuatro tipos de seguridades de origen contractual son el “*charge*” (carga), el “*mortgage*” (hipoteca), la “*pledge*” (prenda) y el “*lien*” (derecho de retención) (*Re Casslett (Contractors) Ltd*, 1998, Ch 495, p. 508); (iii) el acreedor posee el bien gravado con *pledge* o *lien*. Su diferencia estriba en que la *pledge* es entregada como caución por el deudor/dueño al acreedor, mientras que el *lien* es un bien que el acreedor retiene en garantía habiéndolo recibido previamente a otro título (*ibid*); (iv) el *charge* y el *mortgage* gravan bienes que siguen en poder del deudor, pero sólo el *mortgage* comporta una transferencia de dominio al acreedor, *Ibidem*.

<sup>2</sup> Goode, Royston, *Legal problems of credit and security*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 3ª ed., p. 11.



derechos *in rem* que pueden hacerse valer contra terceros. El Derecho inglés además contempla algunos mecanismos que no constituyen garantías ni confieren un derecho real sobre bienes del deudor o del garante<sup>3</sup> sino uno puramente personal, pero que en los hechos aseguran el pago de la obligación principal. Se trata de los “*quasi-security interests*”, destacando entre estas las “*negative pledges*”.<sup>4</sup> Este último término será traducido literalmente, como “prendas negativas”, advirtiéndose desde luego, para evitar equívocos, que la denominación tiene de “prenda” sólo el nombre: es una cláusula de no gravar, vale decir, una prohibición convencional que origina únicamente un derecho personal y una obligación de no hacer correlativa.

2. Tanto las seguridades propiamente tales como las “cuasi-garantías” están diseñadas para proteger a los acreedores frente a la insolvencia del deudor. Ambas les proporcionan un margen de poder para restringir la conducción de los negocios del deudor, como sucede en el marco de un proyecto de financiamiento. En virtud del “*covenant*”, cláusula de estilo en los contratos de crédito, el mutuuario asume determinadas obligaciones, diversas de la de pago, las que en su conjunto permiten al mutuante prevenir o aminorar el riesgo de empeoramiento de la clasificación de solvencia del deudor. El prestamista procura evitar el deterioro de la posición del obligado durante la vigencia del crédito. De ahí que esta clase de estipulaciones sea muy discutida en la etapa de negociación del préstamo.

La infracción del *covenant* habitualmente está definida en el contrato de crédito como una hipótesis de incumplimiento (“*event of default*”) que opera como un verdadero incentivo para que el deudor honre sus compromisos. Su extensión es determinada, entre otros factores, por el nivel de riesgo asumido por el acreedor, el tipo de deudor y la circunstancia si el préstamo cuenta o no con una garantía. La prenda negativa es de los *covenant* más usuales, en cuya virtud el deudor se obliga a no constituir garantías a favor de terceros dentro de cierto lapso. La prenda negativa alcanza su mayor importancia en los contratos de crédito sin garantía, al extremo que se las califica como el *covenant* fundamental.<sup>5</sup> En efecto, los créditos otorgados a deudores que disponen de un poder negociador significativo suelen estar respaldados por una prenda negativa en lugar de una seguridad tradicional.<sup>6</sup> Corrientemente, las grandes compañías que exhiben una alta calificación financiera obtienen créditos sin garantía. Esto obedece, en una medida no

<sup>3</sup> Aunque las calidades de “deudor” de la obligación principal y de “constituyente” de una garantía pueden o no coincidir en una misma persona, en este texto se asume, exclusivamente para facilitar la descripción, que ambas concurren en un mismo sujeto, salvo indicación expresa en contrario.

<sup>4</sup> Ali, Paul, *The Law of Secured Finances*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 21, 27, 28, 175 y 176.

<sup>5</sup> Wood, Philip, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 34.

<sup>6</sup> Ali, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

despreciable, a la entidad de la prenda negativa que ofrecen a la institución financiera con quien contratan el préstamo.<sup>7</sup>

3. De esta forma, una de las causas principales que explica la extensa utilización de las prendas negativas es el hecho de que los acreedores, conocidamente los bancos, no siempre están en condiciones comerciales de exigir garantías, atendida la naturaleza y posición crediticia del cliente que tienen enfrente. Insistir en la constitución de una garantía convencional bien podría significar que el acreedor pierda un negocio. Por eso, ante la imposibilidad fáctica de requerir seguridades, la prenda negativa deviene en el resguardo por antonomasia que el acreedor pedirá para reducir la contingencia incierta de que los terceros puedan adquirir y ejercer créditos preferentes sobre el patrimonio del deudor acaecida su insolvencia. Asimismo, la prenda negativa permite controlar el excesivo endeudamiento del mutuuario. Esta cláusula es también un estímulo dirigido a los terceros a fin de que se abstengan de otorgar crédito al deudor, ya que cualquier garantía que este último les concediera se traduciría en un incumplimiento del contrato que lo vincula a un acreedor desprovisto de caución. Mirada desde la perspectiva del deudor, la prenda negativa es una limitante: el deudor puede necesitar crédito adicional que, a menudo, está condicionado al otorgamiento de garantías. De hecho, bajo determinados supuestos, el acreedor original puede renunciar a la prenda negativa para no entorpecer la obtención de crédito nuevo por el deudor.<sup>8</sup>

Otra de las razones que da cuenta del masivo uso de esta prohibición indica que los costos y el tiempo que su constitución acarrea acostumbran ser sustancialmente inferiores a los que envuelve el establecimiento de una garantía. Estos elementos dirimen el dilema que enfrenta este tipo de deudores entre conseguir crédito con o sin garantía. Además, el solo hecho de constituir una caución puede transmitir una mala señal sobre la solvencia del deudor, que es captada directamente por el mercado. Por eso, desde un punto de vista estratégico, el deudor puede estimar que le resulta más ventajoso retener su facultad de libre disposición de sus activos y postergar el otorgamiento de garantías para una ocasión en que, atendido el descenso de su posición financiera, ello le sea imperativo para acceder a más crédito. A lo anterior se añade la circunstancia de que un deudor de esta índole probablemente es capaz de obtener crédito no tanto en atención al valor de sus activos como a sus flujos de caja. En este contexto, es posible que los acreedores consideren la prenda negativa como una “garantía” suficiente, pues junto con prohibir al deudor gravar sus bienes a terceros, normalmente incluye la obligación de suministrar al acreedor información financiera detallada que permite a éste vigilar los flujos de caja del primero.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> A la inversa, los créditos otorgados a pequeñas y medianas empresas frecuentemente están respaldados con garantías. V. Mann, Ronald, “The role of secured credit in small-business lending”, in *Georgetown Law Journal*, vol. 86, 1997, pp. 1 a 44.

<sup>8</sup> Cranston, Ross, *Principles of Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 2ª ed., pp. 315 y 316.

<sup>9</sup> Ali, *op. cit.*, pp. 38 a 42; Schwarcz, Steven, “The easy case for the priority of secured claims in bankruptcy”, in *Duke Law Journal*, vol. 47, Nº 3, 1997, pp. 425 a 489.

4. Existen otros motivos que también explican la inclusión de una prenda negativa en un contrato de crédito. En primer lugar, esta clase de prohibiciones contribuye a preservar la igualdad de rango del acreedor que no goza de una seguridad, ya que permite disminuir el riesgo de que los bienes del deudor queden afectos a cauciones que preferirían al acreedor. Si el crédito original queda subordinado a los que se pacten con posterioridad, la factibilidad de pago del primero puede llegar a desaparecer. Se observa así una tensión entre la razonable pretensión del mutuante de mantener su derecho a pagarse en un plano de igualdad con las restantes acreencias y la necesidad del deudor de obtener financiamiento adicional, el que normalmente requiere la constitución de gravámenes. En segundo lugar, la prenda negativa ayuda a evitar que el deudor celebre con terceros acreedores contratos financieros que no crean "seguridades" en sentido técnico pero que desempeñan un rol similar. En tercer lugar, esta prohibición actúa como una especie de control indirecto para prevenir que el deudor asuma obligaciones en grado excesivo, aun cuando esto puede lograrse, quizá con mayor eficacia, restringiendo la capacidad de endeudamiento. En cuarto lugar, tratándose de préstamos con garantía, la prenda negativa puede impedir la constitución de una segunda caución que limitaría el poder del acreedor para administrar o reestructurar la deuda. Por ejemplo, un acreedor hipotecario posterior podría vetar al acreedor hipotecario precedente que quiere incrementar el préstamo al deudor y hipotecarlo con la misma caución.<sup>10</sup>

5. El Derecho inglés identifica, esencialmente, (i) la prenda negativa (la obligación del deudor de no caucionar sus bienes a terceros sin el consentimiento del acreedor); (ii) la obligación adicional del deudor de constituir, en beneficio del acreedor, una seguridad de igual rango y tasable sobre el mismo bien gravado a favor del tercero en contravención a la prenda negativa (o de constituir una seguridad equivalente sobre otros activos de su dominio); y (iii) la estipulación, también complementaria a la prenda negativa, en cuya virtud el acreedor adquirirá "automáticamente" una garantía sobre el mismo bien que el deudor, violando la prohibición, grave a favor terceros.<sup>11</sup>

La prenda negativa generalmente forma parte de un contrato de crédito que no es respaldado por una garantía. En principio, en el Derecho inglés esta prohibición no afecta al tercero beneficiado con la seguridad que el deudor le otorgó quebrantando la prohibición, conservando aquél la caución. Se arguye que no puede tolerarse que una obligación puramente personal sea elevada a la categoría de caución real en perjuicio de terceros, estén de buena o mala fe. En efecto, el acreedor consintió en no exigir una garantía y aceptó la prenda negativa.<sup>12</sup> Sin embargo, esto no es óbice para que el acreedor demande la responsabilidad extracontractual del tercero

<sup>10</sup> Una sinopsis de estas y otras ventajas de la prenda negativa en Wood, *op. cit.*, pp. 34 y 38.

<sup>11</sup> Granston, *op. cit.*, pp. 315 y 316.

<sup>12</sup> Goode, Royston, *Commercial Law*, London, Penguin Books, 2004, 4ª ed., p. 613.

(cuya mala fe es determinante para este propósito) que indujo al deudor a incumplir la prenda negativa.<sup>13</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la prenda negativa reviste particular trascendencia en los contratos de crédito caucionados mediante un "charge" (carga), esto es, una garantía que el deudor constituye sobre uno o más de sus bienes a favor del acreedor para asegurar el pago de una deuda, permaneciendo estos bajo su dominio y posesión.<sup>14</sup> El "floating charge" es una garantía constituida por el deudor sobre sus activos en general, cuyo valor fluctúa en el tiempo (tales como caja y acciones), conservando la facultad de enajenarlos o gravarlos en el curso ordinario de sus negocios como si el gravamen no existiera.<sup>15</sup> Sobrevvenida su insolvencia, esta caución se "cristaliza", es decir, se convierte en un "fixed charge". Este último es una garantía que el deudor constituye sobre un bien específico para asegurar el pago del crédito sin poder disponer del mismo, salvo que el acreedor consienta. La libertad del constituyente de un floating charge para disponer de los bienes afectos al gravamen en el ejercicio normal de sus actividades incluye la facultad de constituir fixed charges. A su vez, es un principio establecido que el titular de un fixed charge tiene preferencia para pagarse en el patrimonio del deudor respecto del titular de un floating charge, aunque éste hubiese sido constituido antes que aquél.<sup>16</sup> La prenda negativa constriñe la facultad del constituyente de un floating charge, porque éste se compromete a no otorgar a terceros seguridades de igual o superior jerarquía al floating charge que cauciona la obligación principal, so pena de desatarse la aceleración de la deuda, la terminación del contrato y la responsabilidad contractual del deudor.<sup>17</sup>

El debate académico y forense gira en torno a las consecuencias de este incumplimiento frente a terceros. La pregunta pertinente es si el floating charge del acreedor original es oponible al titular del fixed charge constituido por el deudor contraviniendo la prohibición. La respuesta es dudosa. La jurisprudencia ha establecido que las restricciones contractuales a la facultad del constituyente de un floating charge generan efectos únicamente entre las partes y no empecen a terceros, ni siquiera a quien adquiere un fixed charge sabiendo de la prenda negativa.<sup>18</sup> Por el contrario, un distinguido comenta-

<sup>13</sup> V. *infra* N° 8.

<sup>14</sup> "No puede haber duda que cuando en virtud de una transacción por un valor ambas partes revelan su intención de que un bien, presente o futuro, será gravado para garantizar el pago de una deuda y que el acreedor tendrá derecho a exigir dicha garantía, existe una carga, aun cuando el derecho que se contempla sólo puede ejercerse en el futuro y aunque el acreedor no adquiriera un derecho de dominio, absoluto o especial, ni la posesión, sino únicamente el derecho a exigir la seguridad mediante una resolución judicial. Si se cumplen estas condiciones estamos en presencia de una carga" (*National Provincial & Union Bank of England v. Charnley*, 1924, 1 KB 431, pp. 449 y 450). Una noción similar en *re Bank of Credit & Commerce International SA (N° 8)*, 1998, AC 214, p. 226.

<sup>15</sup> *Re Yorkshire Woolcombers' Association Ltd*, 1903, 2 Ch 284, p. 295.

<sup>16</sup> Esta regla fue fijada en *Wheatley v. Silkestone & Haigh Moor Coal Co* (1885) 29 Ch D 715.

<sup>17</sup> Ali, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

<sup>18</sup> *Griffiths v. Yorkshire Bank Ltd*, 1994, 1 WLR 1427, por Morritt J.

rista sostiene que el tercero que adquirió un *fixed charge* con conocimiento efectivo de esa prohibición queda vinculado a la prohibición.<sup>19</sup> La discusión ulterior es si un conocimiento presunto es suficiente para estos efectos.<sup>20</sup> Estas vacilaciones no existen, en cambio, si se constituyen dos *floating charges* sucesivos, a favor de distintos acreedores. Se ha fallado que el segundo *floating charge* es intrínsecamente contradictorio con la voluntad del titular del primero quien, por ende, no es afectado por aquél.<sup>21</sup>

6. Los efectos meramente relativos de las prendas negativas son un rasgo compartido por las cláusulas aludidas en (ii) y (iii) del párrafo precedente.<sup>22</sup> Entre ambas estipulaciones, la segunda es la que ha provocado mayor controversia. Esta cláusula fortalece la prenda negativa, pues prescribe que la sola infracción de la prohibición hace surgir inmediatamente en el patrimonio del acreedor una seguridad de idéntica jerarquía a la otorgada por el deudor al tercero. El inconveniente no es si este pacto produce efectos retroactivos,<sup>23</sup> sino si la mera trasgresión de la prenda negativa pueda generar “automáticamente” una garantía a favor del acreedor. Se observa que el obstáculo es que el acreedor no ha dado una “*consideration*” suficiente al deudor.<sup>24</sup> En efecto, a la época del contrato el acreedor sólo adquirió un derecho personal, recíproco a la obligación negativa del deudor. Posteriormente, cuando se verifica

<sup>19</sup> Goode, *op. cit.*, pp. 613 y 687.

<sup>20</sup> En *Jan Chisholm Textiles Ltd. v. Griffiths*, 1994, 2 BCLC 291 ese conocimiento fue inferido de la circunstancia que los terceros estaban enterados de un *floating charge* previo, aunque no tenían información de la prenda negativa. V. *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd*, 1979, Lloyd's Report 142. La ley de Sociedades de 1985 omite señalar si la prenda negativa debe ser registrada, aunque su anotación es de hecho factible. Una postura minoritaria plantea que, desde que el *charge* queda registrado, la prenda negativa se presume conocida por todos los terceros respecto de los cuales cabe razonablemente esperar que examinarán el registro. En contra, se ha resuelto que el registro de un *floating charge* con su prenda negativa no importa, sin más, que el tercero adquiere conocimiento de ésta: *AIB Finance Ltd. v. Bank of Scotland*, 1994, BCC 184. Para una clara reseña del polémico tema de los efectos de la prenda negativa respecto de terceros, v. Smith, Lionel, “*Security*”, en Birks, Peter (ed.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, vol. I, p. 427.

<sup>21</sup> V., por ejemplo, *Re Benjamin Cope and Sons Ltd*, 1914, 1 Ch 800; y *Re Household Products Co Ltd* (1981) 124 DLR (3d) 325. Goode (*op. cit.*, p. 686) lamenta que estos fallos no hayan sido invocados por la parte demandante en el caso *Griffiths*, *supra* n. 16.

<sup>22</sup> V., por ejemplo, Maxton, Julie, “Negative pledges and equitable principles”, in *Journal of Business Law*, 1993, pp. 458 a 472.

<sup>23</sup> La jurisprudencia se los niega: *Re Jackson and Bassford Ltd*, 1906, 2 Ch 467; *Re Gregory Love & Co*, 1916, 1 Ch 203.

<sup>24</sup> La *consideration*, requisito fundamental en el derecho anglosajón de los contratos, es comparable casi instintivamente con la causa. Sin embargo, en realidad ésta es una doctrina cuya función es identificar aquellos contratos que son exigibles. La postura tradicional se funda en la noción de reciprocidad: el acreedor puede demandar la contraprestación si ha dado o prometido dar algo a cambio. Una crítica potente dirigida contra esta tesis indica que la *consideration* es simplemente un argumento de que se sirve el tribunal—en forma subjetiva o discrecional— para determinar si el contrato *subtle* es exigible, con abstracción de la idea de reciprocidad. Un panorama de este complejo tema en: MacKendrick, Ewan, *Contract Law*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, 7ª ed., pp. 85 a 87.

la condición de la que dependía el nacimiento de dicha caución, el acreedor aún no ha proporcionado al deudor una contraprestación que sustente la adquisición del derecho; salvo, por ejemplo, que en el período que media entre la celebración del contrato y el acaecimiento de la condición hubiese anticipado fondos al deudor. Pero fuera de estas situaciones excepcionales la única *consideration* que el acreedor habría ofrecido al deudor es el crédito principal a cambio de la prenda negativa: el acreedor no ha dado nada por el derecho de garantía que pretendía adquirir *ipso facto* con la infracción de esa prohibición. Esta debilidad resta utilidad práctica a esta estipulación.<sup>25</sup>

La eficacia de esta cláusula supone, en primer término, que el bien que será gravado “automáticamente” a favor del acreedor sea identificado al tiempo en que esa garantía deba materializarse<sup>26</sup> y, en segundo lugar, del cumplimiento de las formalidades correspondientes, como su inscripción en el registro público respectivo. Desafortunadamente, las complicaciones no terminan ahí: la caución que el acreedor adquiriría en forma automática mal podría igualar en rango a la que el tercero obtuvo del deudor en ignorancia de la prenda negativa y de esa cláusula.<sup>27</sup>

7. El ámbito de operaciones cubierto por la prenda negativa puede ser bastante amplio. Así, por ejemplo, puede prohibirse al deudor no sólo el otorgamiento sino también la conservación de garantías ya constituidas. También puede prohibírsele adquirir bienes caucionados por sus anteriores propietarios, con el fin de evitar que ellos deprecien los activos del deudor que están libres de gravámenes. Puede además exigirse al deudor que se abstenga de celebrar convenciones que cumplen funciones de garantía sin serlo formalmente. En teoría, también puede prohibirse al deudor suscribir contratos corrientes (como arrendamientos), pero una restricción excesiva puede conducir a la inmovilización del deudor al quedar impedido de ejecutar operaciones indispensables para la marcha de sus negocios. De ahí que deba deliberarse acerca de la extensión que conviene dar a la prenda negativa.<sup>28</sup>

Esta prohibición también puede obligar a las subsidiarias del deudor. Por una parte, se trata de impedir que la sociedad matriz burle la prenda negativa mediante el subterfugio, de instruir a sus subsidiarias que caucionen sus bienes en garantía de préstamos que aquella contrata con terceros.<sup>29</sup> Por otra parte, se insiste en la necesidad de evitar que las subsidiarias se endeuden sin medida ni proporción, gravando sus activos y, en definitiva, reduciendo la capacidad de la matriz de solucionar la deuda principal. Pero no es sencillo

<sup>25</sup> Ali, *op. cit.*, pp. 53 a 55, 188 y 189. Sobre las cláusulas que refuerzan la prenda negativa véanse: Bjerre, Carl, “Secured transactions inside out: negative pledge covenants, property and perfection”, in *Cornell Law Review*, vol. 84, 1999, pp. 305 a 393; y Stone, Jonathan, “The ‘affirmative’ negative pledge”, in *Journal of International Banking Law*, 1991, pp. 364 a 370.

<sup>26</sup> *Tailby v. Official Receiver*, 1888, 13 AC 523; *Syrrat v. Egerton*, 1957, 3 ALL. ER 331.

<sup>27</sup> Wood, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 36. Cierta jurisprudencia norteamericana ha declarado que la matriz incumple la prenda negativa si transfiere sus activos a una subsidiaria la que, a su turno, los cauciona a terceros: *Re Associated Gas & Electric Co.*, 61 F. Supp. 11 SDNY, 149 F. 2d 996 (2d Cir 1045).

imponer a las subsidiarias una prenda negativa inserta en un contrato del que no participaron. La cuestión consiste en obligar directamente al deudor no sólo a ejercer su control sobre sus subsidiarias sino a obtener que éstas no constituyan garantías.<sup>30</sup> Un problema que puede presentarse es que el deudor enajene una de sus subsidiarias la cual grave sus activos a favor del tercero adquirente; luego, este último transfiere (de regreso) la subsidiaria al deudor, difiriéndose el pago de la venta a título de préstamo. A primera vista esta operación no contravendría a la prenda negativa: la caución fue otorgada por la subsidiaria cuando pertenecía al tercero. En la práctica, sin embargo, esta figura suele quedar atrapada en la prohibición, ya que está redactada en términos tales que obliga al deudor a obtener que ninguna de sus subsidiarias permitirá la *subsistencia* de seguridades.<sup>31</sup>

8. Podrá ser una aseveración ingenua, pero la eficacia de la prenda negativa reside en su cumplimiento. Su permanencia en el tiempo obedece a su habitual respeto. Con todo, el incumplimiento de estas cláusulas está lejos de ser una ficción. De la prenda negativa emanan únicamente un derecho y una obligación personales. Su contravención desencadena un evento de incumplimiento que, en principio, afecta solamente al deudor, mientras el tercero conserva la garantía que aquél le otorgó contra lo prohibido.<sup>32</sup> La infracción de la prenda negativa deja al acreedor en una situación precaria, porque es desplazado por la caución que el tercero adquirió gracias a esa infracción. El tercero, se dice, no está ni puede estar vinculado por una cláusula que no suscribió.<sup>33</sup>

El Derecho inglés ofrece diversos cursos de acción al acreedor que enfrenta este adverso escenario. Para fines didácticos, debe distinguirse dos tipos de relaciones: (i) entre acreedor y deudor; y (ii) entre acreedor y tercero. Por supuesto, en la realidad estos tres sujetos (o también el constituyente de la garantía que no es deudor personal) pueden verse involucrados en un mismo pleito. Estos mecanismos son descritos sin seguir un orden lógico ni insinuar la existencia de alguna prelación entre los mismos.

#### i) *Relación entre acreedor y deudor*

a) La vulneración de la prenda negativa constituye un incumplimiento que normalmente estará definido como tal en el contrato. El acreedor podrá así demandar la deuda principal que se habrá acelerado a consecuencia de dicha infracción o la terminación del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de los perjuicios causados por el deudor. La aceleración de

<sup>30</sup> En este punto es inevitable la reminiscencia de la promesa del hecho, en rigor, de la abstención ajena (artículo 1450 del Código Civil), y de la dicotomía entre obligaciones de medios y de resultado.

<sup>31</sup> Cranston, *op. cit.*, p. 316.

<sup>32</sup> Wood, *op. cit.*, p. 38.

<sup>33</sup> Ali, *op. cit.*, p. 190. *Contra*: Arkins, Jonathan, "'OK – So you've promised, right?' The negative pledge clause and the 'security' it provides", in *Journal of International Banking Law*, 2000, pp. 198 a 204.

la obligación principal posiblemente también genere incumplimientos en cadena de los restantes contratos que integran el proyecto de financiamiento. Sin embargo, esta ruta implica costos y dilaciones procesales y, en el más optimista de los pronósticos, la obtención de una sentencia declarativa de una obligación de dinero tan desprovista de garantía como el préstamo principal. El acreedor difícilmente superará su estado de indefensión, sobre todo ante un deudor insolvente.<sup>34</sup>

b) En el extraordinario supuesto que el acreedor conociera de los planes que el deudor pretende ejecutar, podría anticiparse e impedir el incumplimiento mediante la obtención de una resolución judicial ("*injunction*")<sup>35</sup> prohibiendo al deudor gravar sus bienes a terceros. En esta materia, contrastando con la tendencia general, los jueces ingleses se inclinan por no requerir que se acredite que la indemnización de perjuicios es un paliativo insatisfactorio. Entienden que, de otra forma, el acreedor tendría que probar la insolvencia del deudor y que si éste demostrara lo contrario, el acreedor sólo podría insistir con la medida cautelar si justificara que la aceleración de la deuda, la terminación del contrato y la indemnización de los perjuicios no le reparan el daño consistente en haber sido privado de su derecho a una inversión de largo plazo. En la práctica, la *injunction* presta una asistencia transitoria, mientras se tramita el juicio.<sup>36</sup>

c) El acreedor puede solicitar al tribunal la designación de un síndico provisional que asuma el control del patrimonio del deudor. Sin embargo, esta determinación depende enteramente de la prudencia de los tribunales, los que han sido lentos a concederla.<sup>37</sup>

d) El acreedor puede demandar la ejecución forzada ("*specific performance*") de la obligación del deudor de constituir en favor del primero una garantía de igual rango y tasable sobre el mismo u otro bien que el que haya sido caucionado al tercero infringiendo la prenda negativa. Sin embargo, tal como acontece con la *injunction*, el actor tendrá que persuadir al tribunal que la indemnización de perjuicios no es una solución idónea. De todas for-

<sup>34</sup> Ali, *op. cit.*, p. 190; Bjerre, *op. cit.*; Cranston, *op. cit.*, p. 317.

<sup>35</sup> La *injunction* es una resolución judicial que prohíbe al destinatario realizar o continuar realizando un acto o que, a la inversa, le ordena ejecutarlo. Es una medida discrecional: el tribunal determina si, en las circunstancias concretas, es justo y conveniente concederla. Un factor de peso para decidir su otorgamiento es si la indemnización de perjuicios constituye un remedio más adecuado. Esta medida puede decretarse en forma provisional, tras una audiencia preliminar, en cuyo caso el solicitante asume la responsabilidad por los daños que el demandado pueda experimentar a consecuencia de la medida, si éste gana el litigio; o en forma permanente, una vez que el actor ha obtenido una sentencia favorable en el asunto de fondo. Martin, Elizabeth y Law, Jonathan (eds.), *A Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 6ª ed., pp. 274 y 275.

<sup>36</sup> Ali, *op. cit.*, p. 190; Cranston, *op. cit.*, p. 317; Goode, *op. cit.*, p. 613.

<sup>37</sup> *National Australia Bank Ltd. v. Bond Brewing Holdings Ltd.*, 1991, 1 VR 386; Allan, David, "Negative pledge lending – dead or alive?", in Cranston, Ross & Goode, Royston (eds.), *Commercial and Consumer Law. National and International Dimensions*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 223 a 240; Devonshire, Peter, "Freezing orders, disappearing assets and the problem of enjoining non-parties", in *Law Quarterly Review*, vol. 188, 2002, pp. 124 a 150; Ali, *op. cit.*, pp. 190 a 192.

mas, como el cumplimiento *in natura* no opera retroactivamente, la caución que el acreedor logre constituir estará subordinada a la que el tercero haya adquirido e inscrito con anterioridad.<sup>38</sup>

e) El acreedor puede demandar la constitución “automática” de una caución que prevalezca sobre cualquier otra que el deudor haya otorgado a terceros contra la prohibición convencional. Esta posibilidad no debe desestimarse atendido el desacuerdo entre los autores sobre si el efecto inmediato previsto en el contrato es coherente con la realidad. Por un lado, se sostiene que el bien que será objeto de la garantía a favor del acreedor es identificable, pues es el que el deudor caucione al tercero. El racionio es que si puede gravarse un bien futuro, con mayor razón puede supeditarse la constitución de una garantía a una condición (la infracción de la prenda negativa).<sup>39</sup> Por el contrario, se aduce que el contrato que contempla el otorgamiento de garantías sobre bienes futuros es incondicional (aun cuando falta que el constituyente los adquiera), mientras que la estipulación en cuestión depende del hecho futuro e incierto de que se vulnere la prohibición. Esta cláusula sólo sería incondicional si, con anterioridad a su incumplimiento y supuesto que esto ocurra, el acreedor proporciona al deudor una *consideration* a cambio de esa cláusula, como si le adelantara una suma de dinero.<sup>40</sup> No obstante, la mayor dificultad es que la caución que el acreedor incorporaría a su patrimonio, incluso si esto sucediera “automáticamente”, sólo podría inscribirse con posterioridad a la caución del tercero quien tendría preferencia para pagarse. Excepto en la improbable hipótesis que el acreedor hubiese impedido que el deudor infringiera la prenda negativa (vía *injunction*) o reaccionado tan presto al incumplimiento que hubiese conseguido inscribir su caución antes que el tercero.<sup>41</sup>

## ii) Relación entre acreedor y terceros

El acreedor dispone, en esencia, de dos recursos contra el tercero beneficiado con la infracción de la prenda negativa.<sup>42</sup> Estas acciones pueden ser su única posibilidad de resarcimiento, máxime si el deudor es insolvente.

a) El acreedor puede solicitar una *injunction* para impedir que el tercero ejerza su derecho de garantía. Para este propósito, se ha invocado y aplicado

<sup>38</sup> Cranston, *op. cit.*, p. 317.

<sup>39</sup> Stone, *op. cit.*

<sup>40</sup> Cranston, *op. cit.*, p. 318.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>42</sup> Existe una tercera opción pero es muy poco prometedora pues se basa en una ficción: por el hecho de infringirse la prenda negativa, el acreedor (¡de un préstamo sin garantía!) es considerado desde un principio como dueño de un crédito caucionado que prima sobre la seguridad adquirida por el tercero. Esta tesis es duramente criticada: dicha prohibición jamás ha tenido por finalidad constituir garantías a favor de nadie. A mayor abundamiento, no está sujeta a inscripción (según se desprende de su omisión por la ley inglesa sobre sociedades, de 1985). Si el acreedor no obtiene una garantía contra el mismo deudor, menos podría adquirirla contra terceros. Han, Ten, “The negative pledge as a ‘security device’”, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 1996, pp. 415 a 441; Cranston, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

por analogía un antiguo principio forjado por los tribunales en equidad, que prescribe: “la persona que adquiere un bien por donación o compra, con conocimiento de un contrato lícito y con consideración suficiente, celebrado previamente entre el donante o vendedor y un tercero, cuyo objeto era el uso del mismo bien para un fin y de una manera determinadas, se abstendrá de utilizar el bien de un modo no permitido al donante o vendedor, susceptible de perjudicar seriamente al tercero y que contradiga a ese contrato”.<sup>43</sup>

Este principio supone la concurrencia de tres condiciones: el contrato debe referirse a un bien mueble; que contenga una prohibición referida al uso de dicho bien; y el comprador debe tener conocimiento real de dicha cláusula.<sup>44</sup> Este principio permite la imposición de una prohibición voluntaria referida al uso de estos bienes a quienes la doctrina inglesa considera terceros,<sup>45</sup> interpretándose como una excepción al efecto relativo de los contratos (“*privity of contract*”).<sup>46</sup>

La otra forma de hacer valer estas cláusulas contractuales respecto de terceros es mediante la acción de responsabilidad extracontractual, mencionada en la letra (b) siguiente, la que no debe confundirse con el principio en comento.<sup>47</sup> Este último, a diferencia del ilícito civil, no requiere de inducción alguna al incumplimiento de un contrato y se encuentra reducido a estipulaciones contractuales que versan sobre ciertos bienes y que pueden invocarse contra quienes son calificados de terceros.<sup>48</sup>

Sin embargo, la *injunction* ha devenido de una eficacia altamente dudosa: la jurisprudencia no parece estar satisfecha con que el tercero haya obrado de mala fe; por el contrario, ha limitado ese principio a situaciones en que el actor es dueño de ciertas clases de bienes.<sup>49</sup>

b) El acreedor puede demandar al tercero de responsabilidad extracontractual, por inducir al deudor a incumplir su contrato. Este ilícito ocupa un lugar preeminente entre los denominados “*economic torts*”. La jurisprudencia

<sup>43</sup> *De Mattos v. Gibson* (1858) 4 De G & J 276, p. 282 (por Knight Bruce L.J.).

<sup>44</sup> *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd*, 1979, 2 ALL ER 853, revocada por otros motivos en la apelación, 1980, 2 ALL ER 419, y esta última confirmada por la Cámara de los Lores, 1981, 2 ALL ER 449.

<sup>45</sup> En el Derecho chileno, en cambio, el sucesor o causahabiente a título singular es parte del contrato celebrado por su causante sobre la cosa o derecho que le ha sido transferido.

<sup>46</sup> V. Tettenborn, Andrew, “Covenants, privity of contract, and the purchaser of personal property”, in *Cambridge Law Journal*, vol. 41, 1982, pp. 58 a 86.

<sup>47</sup> *Supra* n. 43.

<sup>48</sup> Browne-Wilkinson, J. sostuvo en *Swiss Bank v. Lloyds Bank*, *op. cit.*, que el principio sentado en *De Mattos*, *op. cit.*, era una misma y sola cosa que el delito de inducción al incumplimiento contractual. Se fundó en que *Lumley v. Gye*—(1853) 2 E. & B 216—, el legendario caso que inauguró este “economic tort” en su versión moderna, había sido resuelto sólo seis años antes que *De Mattos* y, en consecuencia, la sentencia recaída en este último se había basado en *Lumley*, pero sin mencionarlo. Esta opinión ha sido criticada por confundir principios independientes que dan origen a acciones diversas. V. Tettenborn, *op. cit.*, pp. 82 y 83 y Gardner, Simon, “The proprietary effect of contractual obligations”, in *Law Quarterly Review*, vol. 98, 1982, pp. 289 a 293.

<sup>49</sup> Mitchell, Thomas, “The negative pledge clause and the classification of financing devices”, in *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 60, 1986, pp. 153 a 184 y 263 a 292.

anglo-americana le ha dado un vasto alcance. Desde el célebre caso *Lumley v. Gye*,<sup>50</sup> este delito civil ha capturado a contratos de las más diversas especies. Por citar un par de ejemplos, la jurisprudencia ha declarado la responsabilidad del comprador que indujo al vendedor de un automóvil o de una estación de servicio a vender uno y otro, contrariando la prohibición pactada.<sup>51</sup>

Los supuestos exigidos tradicionalmente para la configuración de este ilícito son cuatro: **i/** el demandado debe haber actuado a sabiendas del contrato (en nuestro caso, de la prenda negativa); **ii/** el demandado debe haber actuado con la intención de que el deudor incumpliera su obligación para con el acreedor; **iii/** debe existir un nexo causal entre el hecho del demandado y los daños sufridos por el acreedor; y **iv/** el actor debe haber sufrido daños.<sup>52</sup>

La primera condición no es satisfecha con un conocimiento meramente presunto de la prenda negativa, esto es, inferido simplemente del extenso uso que se hace de ésta en los préstamos sin garantía y con prescindencia de la situación particular del demandado. En cambio, sí parecería cumplirse si el tercero ha “debido conocer” esa prohibición, según el estándar de diligencia exigible. Asimismo, se ha resuelto que este requisito es satisfecho si el demandado actuó con total indiferencia acerca de la existencia de la prenda negativa.<sup>53</sup> En general, este elemento es de difícil prueba, particularmente porque las prendas negativas rara vez son inscritas en un registro público expuesto a la revisión de terceros.

En cuanto al segundo requisito, no es menester acreditar que el tercero actuó con la intención de causar daño al acreedor, pero sí con la de provocar el incumplimiento por parte del deudor.<sup>54</sup> De hecho, recientemente la Cámara de los Lores pronunció una sentencia que sistematiza la confusa y abundante jurisprudencia existente sobre la materia. En lo que nos concierne, el máximo tribunal inglés fue meridianamente claro al requerir que el tercero demandado actúe con intención de causar el incumplimiento, como un fin en sí mismo o como un medio para obtener otro fin (incluso legítimo), desestimando por insuficiente el dolo eventual o la mera indiferencia hacia el incumplimiento del contrato cometido por el deudor.<sup>55</sup> Por el contrario,

<sup>50</sup> *Supra* n. 48. Un excelente análisis jurídico e histórico de este caso, en Waddams, Stephen, “Johanna Wagner and the Rival Opera Houses”, in *Law Quarterly Review*, vol. 117, 2001, pp. 431 a 458.

<sup>51</sup> V. respectivamente, *British Motor Trade Associations v. Salvadori*, 1949, Ch 556; y *Esso Petroleum Co Ltd v. Kingswood Motors (Addleston) Ltd*, 1974, QB 142.

<sup>52</sup> Ali, *op. cit.*, pp. 190 a 192; Cranston, *op. cit.*, pp. 319 y 320.

<sup>53</sup> *Swiss Bank v. Lloyds Bank*, *op. cit.*; Wood, *op. cit.*, p. 38; Goode, *op. cit.*, p. 613.

<sup>54</sup> V. *Law Debenture Trust Corp v. Ural Caspian Oil Corp*, 1994, 3 WLR 1221; Stone, Jonathan, “Negative pledges and the tort of interference with contractual relations”, in *Journal of International Banking Law*, 1991, pp. 310 a 319; Wing, Lam, “Negative pledges and their effect on a third party”, in *Journal of International Banking Law*, 1999, pp. 360 a 363; Han, *op. cit.*

<sup>55</sup> La sentencia, de 3 de Mayo de 2007, resolvió la trilogía compuesta por los siguientes casos: *OBG Ltd and another v. Allan and others*; *Douglas and others v. Hello! Ltd and others (No 3)*; y *Mainstream Properties Ltd v. Young*, 2007, UKHL 21, 2007, 2 WLR 920. *Douglas v Hello! Ltd*, 2007, UKHL 21. Por tanto, fue eliminado el precedente sentado por la Corte de Apelaciones en *Millar v. Bassey*, 1994, EMLR 44, según el cual el ilícito bajo análisis era cometido incluso

la mera incompatibilidad del contrato celebrado entre el tercero y el deudor con respecto al contrato que contiene la prenda negativa es insuficiente para configurar este ilícito económico.<sup>56</sup>

El tercer elemento parecer ser el menos complicado de acreditar. En efecto, en principio es difícil que el demandado convenza al tribunal de su inocencia en relación a la conducta del deudor. Aunque el tercero podría sostener que el deudor violó la prohibición movido por su deseo o necesidad de obtener crédito adicional, el haberle exigido garantías es prácticamente inseparable de la infracción de la prenda negativa. Tampoco es aceptable, sin más, la defensa que plantea que el deudor consintió libre y voluntariamente en dar garantías.

En fin, el actor puede demandar los perjuicios que provienen directa o próximamente de la constitución de la garantía a favor del tercero, consistentes en la preferencia que éste ganó para pagarse sobre el patrimonio del deudor. En principio, estos daños equivalen a los que el acreedor hubiese podido obtener del deudor por su responsabilidad contractual.<sup>57</sup>

Con todo, en el mejor de los casos, la acción por la inducción al incumplimiento de la prenda negativa proporcionará al acreedor un crédito sin garantía (la condena indemnizatoria que se dicte contra el tercero), pero el demandado conservará la caución adquirida gracias al incumplimiento del deudor.<sup>58</sup> De esta manera, esta opción no es más efectiva que las indicadas previamente, lo que ratifica el obvio aserto que introdujo este párrafo.

9. Desde el ángulo del Derecho chileno se advierten diversos aspectos de interés en la exposición previa, ofreciéndose, en las líneas que siguen, una somera referencia a algunas de estas facetas.

a) Las *negative pledges* no son “prendas negativas”, como su traducción literal podría sugerir. Son simplemente cláusulas de no gravar, obligaciones de no hacer o prohibiciones voluntarias, convenidas entre contratantes sofisticados con equivalente poder negociador.

b) Adhiriendo a una cierta tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia chilenas, la validez de este tipo de estipulaciones presupone que no sean pactadas en términos absolutos: no deben restringir indefinidamente la facultad de disposición de los bienes –inherente al derecho de propiedad y expresión de la libertad económica, valores que cautela la Constitución– ni ser arbitrarias o injustificadas.<sup>59</sup>

si el demandado únicamente había previsto o sido indiferente al hecho de que el incumplimiento contractual incurrido por él provocaría, a su turno, el incumplimiento del contrato celebrado entre su contraparte y el actor. V. también, Weir, Tony, *An introduction to tort law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2ª ed., pp. 199 y ss.

<sup>56</sup> Ali, *op. cit.*, p. 192.

<sup>57</sup> Cranston, *op. cit.*, p. 320.

<sup>58</sup> Wood, *op. cit.*, p. 39.

<sup>59</sup> En este sentido, véanse: Somarriva U., Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Nascimento, 1939, pp. 175 y 176; Somarriva U., Manuel,

c) En el Derecho inglés, el extendido uso de las prendas negativas es función de su común respeto, mientras que los medios de que dispone el acreedor frente a la infracción de estas cláusulas le proporcionan una solución precaria, entendiéndose por tal la que no permite el cumplimiento en especie de la prohibición voluntaria. Este aserto podría correr la misma suerte en Chile.

d) En lo que concierne a la relación entre acreedor y deudor/constituyente, la infracción de la prenda negativa puede dar pábulo a la aceleración del crédito, ya que las partes habrán normalmente definido este acontecimiento como un incumplimiento del contrato. El acreedor podrá demandar al deudor la resolución del mismo y la indemnización de perjuicios, conforme a los artículos 1489 y 1555 del Código Civil. Por el contrario, parece difícil que el acreedor pueda obtener el cumplimiento en especie de la obligación negativa del deudor. Dos dificultades se aprecian a simple vista: (i) el artículo 1555, inciso 2º, se sitúa en la hipótesis de que la destrucción de lo obrado contra lo prohibido dependa exclusivamente del deudor, mientras que en el caso que se analiza se persigue la cancelación del gravamen que ya se incorporó al patrimonio del tercero, requiriéndose el concurso de éste quien tiene un interés legítimo contrapuesto al demandante; y (ii) como toda estipulación convencional, la prenda negativa obliga únicamente a las partes del contrato, conforme al principio de los efectos relativos que informa el artículo 1545 del Código Civil.

De este modo, la única manera de evitar que el tercero adquiera el gravamen es impidiendo que el deudor infrinja la prohibición pactada, lo que supone de algo extraordinario: que el acreedor, anticipándose a los hechos, obtenga una resolución judicial que prohíba al deudor consumir tal incumplimiento, por ejemplo, mediante la interposición de una medida cautelar.

e) No es una novedad que la doctrina chilena, si bien escasa, postule la posibilidad de que el acreedor demande la responsabilidad extracontractual del tercero por haber inducido al deudor a incumplir sus obligaciones contractuales para con el actor.<sup>60</sup>

*Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, N° 399, pp. 383 y 384; Alessandri B., Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Memoria de Prueba, Santiago, 1949, N° 191, p. 176; Rozas V., Fernando, *Derecho civil. Los bienes*, Santiago, Distribuidora Forense Ltda., 1984, p. 92; Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel y Vodánovic H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 6ª ed., vol. I, pp. 58 a 60; Peñailillo A., Daniel, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 4ª ed., p. 64. Dos sentencias antiguas que sirven de apoyo a esta doctrina: Corte Suprema, 8 de enero de 1915, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XIII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 429; y Corte de Apelaciones de Chillán, 21 de octubre de 1971, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXVIII, 2ª parte, sec. 2ª, p. 71.

<sup>60</sup> López S., Jorge, *Los contratos (parte general)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pp. 262 a 266 (y en su 2ª ed., 1998, T. II, p. 365), refiriéndose a la oponibilidad del contrato al tercero cómplice del incumplimiento contractual del deudor; González H., Francisco, *Elementos de la culpabilidad en la interferencia contractual por terceros*, Memoria de Prueba Universidad

Sin embargo, si los tribunales han de reconocer esta responsabilidad, debieran hacerlo en forma acotada, cuidando de no sancionar conductas lícitas que se encuadran dentro del ejercicio de la libertad de competir. Esto puede conseguirse, como se observa en el Derecho inglés, a través de la exigencia de la mala fe del demandado respecto de la existencia del contrato (en la especie, de la prenda negativa) y de su intención de producir el incumplimiento contractual, sea como un fin *per se* o como un medio para satisfacer un interés diverso.<sup>61</sup> La flamante Ley N° 20.169 que regula la competencia desleal (Diario Oficial de 12 de febrero de 2007) es coherente con esta postura. En efecto, su objetivo es proteger a los competidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal (artículo 1º), el que es definido como “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado” (artículo 3º). Sin ir más lejos, uno de los ejemplos que el legislador suministra es el ilícito en comento: “Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor” (artículo 4º (f)). La palabra en cursivas denota la intención que será necesario demostrar como condición indispensable para reclamar la responsabilidad civil del tercero, dirigida no a causar daño al acreedor sino a provocar el incumplimiento contractual por el deudor. El competidor perjudicado podrá demandar esta responsabilidad conforme a las reglas generales, artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que la ley especial reiteró innecesariamente (artículo 5º (d)).

Pero el acreedor deberá superar otros serios obstáculos si quiere prosperar con una acción de esta naturaleza. Deberá probar que ha experimentado un perjuicio y que éste ha sido causado precisamente por el tercero. Cuesta, sin embargo, reconocer un daño derivado de la sola infracción de la prenda negativa que sea independiente del incumplimiento por el deudor de la obligación principal. Pues la prenda negativa presta su real utilidad –y, por el contrario, su trasgresión se resiente– únicamente cuando el deudor ha cesado de pagar y sus acreedores hacen fila para cobrar. Mientras esto no suceda, no será una tarea sencilla conceptual y valorizar como daño el hecho de que el tercero haya adquirido un gravamen que no debió existir atendida la restricción de la libertad de disposición del deudor consentida por éste. Además, parece bastante complicado demostrar que el tercero indujo al deudor a vulnerar la prohibición voluntaria si se considera que no

de Chile (Dir. Enrique Barros), Santiago, 1995; Barros B., Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, N° 791 y ss., pp. 993 a 1000; Banfi D., Cristián, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, in *Revista chilena de derecho privado*, N° 8, 2007, pp. 9 a 57.

<sup>61</sup> La prueba de la mala fe podría ser facilitada, entre otros, mediante la publicidad de la inscripción de esta cláusula de no gravar, al menos en lo que se refiere a los inmuebles (ex artículos 32, inciso final y 53 N° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).



es raro que las cosas ocurran al revés, sea porque el deudor, que necesita financiamiento adicional, sólo puede conseguirlo gravando sus bienes, sea porque el deudor necesita adquirir bienes para lo cual debe endeudarse y caucionar los activos adquiridos con este financiamiento. En el fondo, se trata de un argumento de causalidad pero que repercute en el fundamento mismo de la responsabilidad civil del tercero, pues lleva a preguntarse si acaso es más justo que el acreedor asuma las consecuencias de su propia decisión de aceptar una prohibición voluntaria en lugar de requerir una garantía formal. En último término, si se trata de evitar alguna situación injusta, la solución más razonable podría quizá ser no la responsabilidad civil del tercero sino un mecanismo transaccional que permita a éste obtener su utilidad pero al mismo tiempo sin que el acreedor ni el deudor deban soportar una pérdida, como propone la teoría del incumplimiento eficiente del contrato.<sup>62</sup>

La posibilidad de obtener el cumplimiento en naturaleza de la prohibición voluntaria contra el tercero es incierta. Por de pronto, es improbable que el acreedor logre adelantarse al incumplimiento e impedir su perpetración, mediante la interposición de una medida cautelar de aquellas contempladas por el Código de Procedimiento Civil o mediante el ejercicio de la acción de prohibición del acto aún no iniciado (artículo 5º(a) Ley Nº 20.169). Las restantes hipótesis disponibles al acreedor que pretende deshacer el gravamen constituido a favor del tercero son la acción de cesación del acto (artículo 5º(a) Ley Nº 20.169), la acción declarativa del acto de competencia desleal si la perturbación creada por éste subsiste (artículo 5º(b) Ley Nº 20.129) y la acción de nulidad absoluta del contrato celebrado entre el deudor y el tercero por oponerse a las buenas costumbres mercantiles (artículos 1461 y 1467 del Código Civil), forma indirecta de lograr el cumplimiento *in natura*<sup>63</sup> y que no es sino otra forma de definir la competencia desleal. Los hechos tendrán que ser examinados con cuidado, pues, en principio, salvo que se pruebe una conducta de competencia desleal, el tercero simplemente ha ofrecido al deudor un financiamiento adicional que éste necesitaba, sujetándolo legítimamente a la constitución de garantías.

<sup>62</sup> Es lo que ha propuesto una corriente importante del Análisis Económico del Derecho. El "*efficient breach*" es condensado en estos términos: "El deber de respetar un contrato en el common law significa una predicción de que debes compensar los perjuicios si no lo respetas y nada más". Holmes, Oliver W., "The path of the law", *in Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 462. Para una sugestiva y reciente crítica a la existencia misma del ilícito de inducción al incumplimiento contractual, en el Derecho inglés, v. Howarth, David, "Against Lumley v Gye", *in Modern Law Review*, vol. 68, 2005, pp. 195 a 232.

<sup>63</sup> Esta última posibilidad en Barros, *op. cit.*, p. 1000.

NOTAS SOBRE LAS NEGATIVE PLEDGES  
TABLA DE ABREVIATURAS

AC	=	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
ALL ER	=	All England Law Reports
BCC	=	British Company Law Cases
BCLC	=	Butterworths Company Law Cases
Ch.	=	Law Reports, Chancery Division
DLR	=	Dominion Law Reports
E & B	=	Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports
EMLR	=	Entertainment and Media Law Reports
F.2D	=	Federal Reporter, Second Series
F.SUPP	=	Federal Supplement
"[Apellido] J."	=	juez de la High Court, instancia previa a la Corte de Apelaciones (oralmente se dice "Mr. Justice [ ]")
KB	=	Law Reports, King's Bench
QB	=	Law Reports, Queen's Bench
UKHL	=	United Kingdom House of Lords
VR	=	Victorian Reports
WLR	=	Weekly Law Reports