



Jean-Sébastien Borghetti(\*)

# Incumplimiento y responsabilidad

## frente a terceros en el Derecho francés

¿Cómo salir del punto muerto?(\*\*)(\*\*\*)

### 1. Introducción

La relación entre contrato y responsabilidad civil ha sido una fuente de continua dificultad y reflexión para los juristas en la mayoría de los sistemas jurídicos, no sólo en Francia<sup>(1)</sup>. Mientras que la concurrencia de acciones, contractual y extracontractual, entre las partes de un contrato es a menudo una cuestión discutible; sin embargo, ello no es así en el Derecho Francés. Una estricta regla del *non-cumul* prohíbe ampararse en las normas de la responsabilidad extracontractual cuando exista una relación contractual entre las partes<sup>(2)</sup>. Por ello, el debate doctrinal y jurisprudencial en Francia tiende a concentrarse en el problema de la interferencia del tercero en las relaciones contractuales, y viceversa. Pero la naturaleza tan general de las normas jurídicas francesas, concernientes a la responsabilidad extracontractual, ha dado como resultado soluciones que podrían parecer, en gran medida, sorprendentes cuando son vistas desde la perspectiva de los sistemas jurídicos foráneos. Por ejemplo, la interferencia contractual se suele

---

(\*) El profesor Jean-Sébastien Borghetti inició su carrera docente como Profesor de Derecho Privado en la Universidad de Nantes (2005-2009), actualmente se desempeña como Profesor de Derecho Privado en la Universidad Panthéon-Assas. Entre sus principales publicaciones se encuentra *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, LGDJ, 2004, así como de una decena de artículos publicados en las principales revistas europeas de la materia.

(\*\*) Título original: *Breach of Contract and Liability to Third Parties in French Law: How to Break Deadlock?*. En: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Volumen 18. No. 2, 2010; p. 279 y siguientes La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor y de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, ambas gestiones estuvieron a cargo de César E. Moreno More.

La traducción del inglés, con la gentil colaboración del autor, estuvo a cargo de César E. Moreno More, Asistente de Docencia de Derecho Civil VII: Derecho de contratos – Parte especial, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Bachiller en Derecho por la misma casa de estudios.

Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer algunos pasajes del trabajo traducido, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

(\*\*\*) El tema de este artículo fue objeto de discusión por primera vez durante una *aktuelle Stunde* en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht en abril del 2009. El autor quiere agradecer al Profesor Reinhard Zimmermann y a su equipo por la calurosa bienvenida así como a sus valiosos comentarios. El autor tiene una gran deuda con Johnny MacLeod por la revisión de sus ocasionales dudas respecto al idioma inglés.

(1) Para una visión histórica y comparativa general, véase ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1996, p. 10 y siguientes, así como las referencias citadas.

(2) Véase VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3era. edición, 2008, p. 216 y siguientes; BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. *Principles of french law*, 2da. edición, 2008; p. 328.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

regular por la cláusula general del artículo 1382 del Código Civil francés<sup>(NT1)</sup>, de acuerdo con la cual “cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa fue causado a repararlo”<sup>(3)</sup>. Como resultado, aquel que a sabiendas de estar cooperando con una de las partes al incumplimiento del contrato, generalmente será considerado culpable, y de esta forma responsable de pagar los daños extracontractuales a la otra parte<sup>(4)</sup>. La regla no es tan clara en la jurisprudencia como en la doctrina<sup>(5)</sup>, pero esto no ha sido controvertido en los últimos años. No obstante, lo mismo no se puede afirmar de la relación entre el incumplimiento del contrato y la responsabilidad contractual frente a terceros.

¿Bajo qué condiciones un incumplimiento puede hacer responsable al deudor frente a terceros? Uno podría preguntarse, en primer lugar, por qué debería existir un problema aquí. Obviamente, en la mayoría de los casos en donde una persona sufre un daño por parte de otra con quien esta no tenía ninguna relación contractual previa, esta última podría ser responsable, sin importar para la primera que el evento que causó el daño ocurriese en el mismo momento del incumplimiento de un contrato entre el demandado y alguna otra persona. Si A, mientras cruza la calle, es atropellado por B, quien está conduciendo su furgoneta de reparto demasiado rápido; el hecho de que B podría estar incumpliendo el contrato con su empleador C al conducir negligentemente, normalmente sería irrelevante. Sin embargo, pueden existir otras circunstancias en las que una persona confía en la presunción de que un contrato, respecto del cual ella no es parte, ha sido o será correctamente ejecutado. Por ejemplo, el comprador de una casa recientemente edificada, espera que el contratista haya cumplido con todas las obligaciones que surgen del contrato de construcción; el inversor que adquiere acciones de una compañía, confía

en los reportes elaborados por los auditores de esta última. Por consiguiente, el daño causado por el incumplimiento de un contrato a terceros, quienes habían confiado en dicho contrato de una u otra manera, es en modo alguno excepcional. Aunque dichos terceros normalmente no tenían derecho a hacer cumplir el contrato, es posible que deseen demandar por el resarcimiento del daño a la parte contractual que incumplió.

Decidir cómo deben ser resueltas dichas demandas es en modo alguno sencillo desde una perspectiva conceptualista. Por mucho tiempo, los autores franceses han estado luchando con este problema, pero el debate se ha acalorado recientemente siguiendo la adopción de la *Cour de cassation*, el más alto tribunal francés en materia de Derecho civil, de una solución bastante sorprendente. La corte sostuvo que todo incumplimiento puede servir de base a un tercero, para demandar por la vía extracontractual al deudor que incumplió el contrato. Que una regla tan flagrantemente contraria al sentido jurídico común haya sido adoptada por el más alto tribunal francés es materia de asombro. Este es sólo el último capítulo de una larga historia (sección 2), aunque, puedan ser sugeridas algunas explicaciones que indiquen ciertas tendencias distintivas en el pensamiento jurídico francés (sección 3). Actualmente, sin embargo, la pregunta es: ¿Cómo saldrá el Derecho francés de este atolladero (sección 4)?

(NT1) En adelante, cuando en el texto se haga mención del Código Civil, se entenderá que se hace referencia al Código Civil francés.

(3) “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.3

(4) Véase LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 7ma edición, 2008; p. 977; BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 336. Mientras que este resultado sería sorprendente en el derecho alemán, aunque probablemente parezca más familiar a la doctrina inglesa: véase OBG Ltd. & Anor vs. Allan & Ors, 2005, 2 All ER; p. 602

(5) Por ejemplo, el principio no es aplicable en el caso de adulterio, no obstante el matrimonio es considerado un contrato bajo el Derecho francés: *Cour de Cassation, Deuxième chambre civile* (Cass. Civ. 2°), 5 de julio 2001, Bulletin civil (Bull. civ.), II, p. 136, *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.), 2001; p. 893, con nota de Jourdain, *Jurisclasser périodique-Semaine juridique, édition générale* (JCP G), 2002, II; p. 10139, con nota de Houtcieff.



Jean-Sébastien Borghetti

## 2. Titubeos jurisprudenciales

El Código Civil francés no aborda explícitamente el problema de la relación entre incumplimiento contractual y responsabilidad de las partes frente a terceros. Esto ha dejado a las cortes un gran margen de decisión. Mientras un acuerdo entre los intereses de las partes y de los terceros pareció haber sido adoptado en la década de 1990 (2.1), el nuevo milenio ha visto inclinarse la balanza decisivamente a favor de los terceros (2.2).

### 2.1. Llegando a un acuerdo entre los intereses de las partes y de los terceros

Tradicionalmente, las cortes han resuelto las demandas interpuestas por los terceros frente a las partes, usando las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, particularmente la *clausula generalis* del artículo 1382 del Código Civil (2.1.1). No obstante, bajo excepciones que no son menos tradicionales, algunas demandas han sido sometidas a las reglas del Derecho contractual (2.1.2).

#### 2.1.1. La regla tradicional del artículo 1382 del Código Civil y el requisito de la culpa

Aunque no hay ninguna disposición del Código Civil que resuelva directamente las demandas de los terceros frente a las partes que han incumplido un contrato, el artículo 1165 puede ser tomado como punto de partida. Este establece el principio de la relatividad contractual, el cual recibe el nombre de *effet relatif des contrats* (efecto relativo de los contratos): “los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes, no afectan a terceros y sólo los benefician en el caso previsto por el artículo 1121”<sup>(6)</sup>. A causa de este

principio, uno podría ser tentado a pensar de que el incumplimiento por parte de A del contrato celebrado con B, nunca debería dar lugar a responsabilidad extracontractual por el daño causado a C, lo que ha sido llamado, en el Derecho inglés, la “falacia contractual”<sup>(7)</sup>. Aunque algunos casos han insinuado dicho rumbo<sup>(8)</sup>, sin embargo, semejante regla nunca se consolidó en Francia. La principal razón de ello es probablemente que los juristas franceses por mucho tiempo han diferenciado los efectos *obligacionales* de los efectos *fácticos* que el contrato produce frente a terceros<sup>(9)</sup>. Mientras los primeros son normalmente inexistentes, los últimos no revisten poca importancia. Se considera que un contrato crea una situación fáctica en la que los terceros pueden confiar y no pueden ignorarla. Como resultado, aunque los terceros no tienen derecho alguno a hacer cumplir el contrato, un incumplimiento de este constituye, desde su punto de vista, un hecho que puede, bajo ciertas circunstancias, satisfacer los requisitos necesarios para el surgimiento de responsabilidad extracontractual.

Esto ha sido reconocido durante mucho tiempo por los tribunales<sup>(10)</sup> y fue expresado claramente por la *Cour de cassation* en un caso resuelto en 1931, en el cual se sostuvo que el incumplimiento contractual, considerado como un hecho e independientemente de

(6) “Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121”. El artículo 1121 trata de la *stipulation pour autrui*.

(7) WHITTAKER, Simon. *Chitty on contracts*. 29na. edición. Volumen I: General Principles, 2004; p. 1-148.

(8) *Cour de Cassation, chambre civile* (Cass. civ.), 27 de julio de 1869, DP 19869, 1; p. 350; *Cass. Civ.*, 18 de noviembre de 1895, D. 1896, 1; p. 16. Esta solución también ha sido compartida por un par de autores: véase Planiol, Marcel, *Dalloz périodique* (DP), 1896, 1, p. 81; Ségur, Louis, *La notion de faute contractuel en droit civile français*, 1956; p. 26.

(9) Efectos “obligacionales” y efectos “fácticos” son expresiones tomadas de BELL, BOYRON y WHITTAKER (No. 2); p. 336. Los juristas franceses hablan de *effet relatif du contrat* y de *opposabilité du contrat* – ¡lo cual no es muy claro! Acerca de los efectos del contrato sobre terceros, véase TERRÉ, François; SIMLER Philippe e Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 10<sup>o</sup> edición, 2009, p. 482 y siguientes, NICHOLAS, Barry, *The french law of contracts*, 2<sup>o</sup> edición 1992; p. 169 y siguientes

(10) *Cass. civ.*, 4 de febrero de 1868, *Recueil Dalloz* (D.), 1868, 1, p. 271, *Cour de Cassation, chambre des requêtes* (Cass. req.), 21 de julio de 1875, D., 1877, 1; p. 325, *Cass. req.*, 21 de julio de 1879, D., 1880, 1, p. 381, *Cass. req.*, 25 de febrero de 1935, *Recueil Sirey* (S.), 1935, 1; p. 129, con nota de Rousseau.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

toda consideración contractual, puede constituir también un hecho ilícito frente al demandante y ser así una fuente de responsabilidad extracontractual para la parte que incumplió, siempre que el incumplimiento satisfaga también los ordinarios requisitos del hecho ilícito<sup>(11)</sup>. Este principio fue confirmado por la Corte en numerosas ocasiones<sup>(12)</sup>. Por lo tanto, solía estar claramente establecido que, como regla, un incumplimiento contractual podía ser una fuente de responsabilidad frente a terceros cuando, y sólo cuando, el incumplimiento fuese al mismo tiempo un hecho ilícito en el sentido del artículo 1382<sup>(13)</sup>.

A estas alturas, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad por culpa según lo establecido por el artículo 1382 es bastante general<sup>(14)</sup>. En el campo de la responsabilidad extracontractual, el Derecho francés no reconoce la idea de que las personas deben observar diversos deberes de cuidado, cuya condición y beneficiarios surgen de circunstancias particulares. En cambio, en la concepción francesa existe un deber general de cuidado y diligencia presente en todos los casos<sup>(15)</sup>. El

*devoir général de prudence et de diligence*, se dice, sirve de base al artículo 1382 del Código Civil, y la culpa, como es empleada en dicho texto, es definida como una violación del deber general de cuidado<sup>(16)</sup>. De esta forma nada es más extraño al pensamiento jurídico francés que la famosa sentencia de Lord Esher, de acuerdo con la cual “un hombre está facultado a ser tan negligente como le plazca frente al mundo entero, si él no tiene ningún deber frente a ellos”<sup>(17)</sup>. Así, cuando un incumplimiento contractual causaba daños a un tercero, no era necesario para este último demostrar que la parte que incumplió tenía frente a este un específico deber de cuidado. En cambio, le era suficiente establecer que el incumplimiento era al mismo tiempo una violación del *devoir général de prudence et de diligence*<sup>(18)</sup>.

- 
- (11) Cass. civ., 22 de julio de 1931, *Dalloz hebdomadaire* (DH), 1931; p. 506: “en même temps qu'un manquement à l'obligation contractuelle dans les rapports entre les deux parties contractantes, [un] fait, envisagé en lui-même et en dehors de tout point de vue contractuel, peut constituer au regard de la victime [...] une faute délictuelle engageant [la responsabilité du contractant]”.
- (12) Véase por ejemplo, Cass. req., 9 de marzo de 1936, DH, 1936, p. 233, Cass. req., 8 de marzo de 1937, S., 1937, 1, p. 241, rapp. Pilon, D., 1938, 1, p. 76, con nota de Savatier, Cass. req., 7 de octubre de 1940, *Gazette du Palais* (GP), 1940, p. 2, p. 64, *Cour de Cassation, Première chambre civile* (Cass. civ. 1<sup>o</sup>), 9 de octubre de 1962, Bull. civ. I; p. 405, Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 7 de noviembre de 1962, Bull. civ. I; p. 465, *Cour de Cassation, Troisième chambre civile* (Cass. civ. 3<sup>o</sup>), 15 de octubre de 1970, Bull. civ. III, No. 515, Cass. civ. 3<sup>o</sup>, 18 de abril de 1972, Bull. civ. III, No. 233, Cass. civ. 1, 23 de mayo de 1978, Bull. civ. I, No. 201. Sin embargo, como ha sido resaltado por algunos autores, el requisito de que el incumplimiento sea también un hecho ilícito independientemente de todo punto de vista contractual resultó ser más formal en muchos casos: véase, VINEY, Geneviève, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, D., 2006; p. 2825 y siguientes.
- (13) En teoría, otros regímenes distintos al artículo 1382 podrían ser aplicados en caso de incumplimiento. No obstante, en la práctica sólo en circunstancias excepcionales es que el incumplimiento puede cumplir la condición para que se aplique otro régimen (véase p. eje. Cass. req., 23 de febrero de 1897, S., 1989, 1; p. 65, con nota de Esmein).
- (14) BELL, BOYRON y WHITTAKER (No. 2), p. 364 y siguientes, VINEY, Geneviève, *Tort liability*. En BERMANN, George A. y Etienne PICARD, *Introduction to french law*, 2008; p. 237 y siguientes; p. 247 y siguientes.
- (15) Viney, Geneviève/Jourdain, Patrice, *Les conditions de la responsabilité*, 3 edición, 2006; p. 450.
- (16) Otros deberes, especialmente legales, pueden existir al lado de este general deber de cuidado y su incumplimiento será normalmente considerado como un ilícito en el sentido del artículo 1382: Viney/Jourdain (No. 15); p. 448. No obstante, ellos sólo pueden complementar el deber “básico” de cuidado mientras este último sigue siendo aplicable en cualquier caso.
- (17) Le Lievre vs. Gould [1893], 1, Q.B.; p. 491.
- (18) Véase p. eje. *Cour de Cassation, Chambre Commerciale* (Cass. com.), 2 de abril de 1996, Bull. civ. IV, No. 101: “Le fait d'une partie au contrat peut, à l'égard d'un tiers à celui-ci, constituer une faute quasi-délictuelle par violation d'une obligation générale de prudence et de diligence, bien qu'il pût être aussi un manquement de cette partie à ses obligations contractuelles”, Cass. com., 17 de junio de 1997, Bull. civ. IV, No. 187, Cass. com., 8 de octubre del 2002, JCP G, 2003, I; p. 152, No. 3, obs. de Viney, Cass. com., 5 de abril del 2005, Bull. civ. IV, No. 81.



## Jean-Sébastien Borghetti

Este enfoque tradicional acerca de la relación entre incumplimiento contractual y responsabilidad es bastante generoso para los demandantes. Por un lado, la norma del artículo 1382 es una norma realmente amplia, al menos cuando se la compara con las normas aplicables a la responsabilidad por culpa en la mayoría de los sistemas jurídicos. Como es bien sabido, ésta se aplica a todo tipo de hecho ilícito (incluyendo omisiones) así como a todo tipo de daño (incluyendo los daños meramente económicos)<sup>(19)</sup>. Por otra parte, los tribunales franceses constantemente han considerado que una parte contractual, frente a una demanda de un tercero, no puede servirse de las defensas que surgen del mismo contrato, tales como las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad<sup>(20)</sup>. Como resultado, los terceros tendrán, en ocasiones, una demanda más contundente frente a la parte que incumplió, que el propio acreedor.

Esta paradoja ha atraído críticas crecientes de los principales círculos académicos a partir de la década de 1970<sup>(21)</sup>. Estos autores jamás negaron el derecho de los terceros a demandar por el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento del contrato. Más bien, ellos objetaron que tales demandas sean acogidas por las reglas de la responsabilidad extracontractual. Esto estimuló una extensión judicial de las demandas contractuales por parte de terceros, basadas en el mecanismo de la *action directe*.

### 2.1.1.1. *Action directe y expansión de la responsabilidad contractual.*

Durante mucho tiempo, el Derecho francés ha tomado una posición no muy estricta del principio de la relatividad de los efectos contractuales<sup>(22)</sup>. Esto se hace evidente a partir del artículo 1165 del Código Civil, el cual hace referencia a una excepción establecida de dicho principio. Esta excepción se

encuentra en el artículo 1121, el cual prevé la *stipulation pour autrui*. Bajo tal previsión, las partes pueden convenir en otorgar un derecho a un tercero exigible a cualquiera de ellas<sup>(23)</sup>. El beneficiario de dicha estipulación tiene un derecho, originado del contrato mismo, al cumplimiento del contrato, permitiéndole accionar contractualmente frente al deudor cuando este último incumpla su obligación frente a él. Las cortes han adoptado una concepción flexible de la *stipulation pour autrui*. Particularmente, ellas han aceptado que *stipulations pour autrui* implícitas a favor de los parientes del acreedor podrían encontrarse en algunos contratos, lo que permite a dichos parientes accionar contractualmente frente al deudor cuando su incumplimiento haya causado la muerte o la lesión del acreedor<sup>(24)</sup>.

No obstante, cualquiera sea la extensión de la *stipulation pour autrui* en el Derecho francés, su efecto práctico respecto a la responsabilidad contractual de las partes frente a terceros siempre ha sido limitado. No obstante, otra y mucho más eficiente vía ha sido encontrada, la cual permite a los terceros accionar contractualmente, y de este modo invocar directamente el incumplimiento cuando este haya sido causa de su perjuicio. Este mecanismo es la *action directe*. En términos generales, la *action directe* puede ser definida como un derecho de acción concedido por ley a determinada persona, mediante la cual dicha persona puede accionar directamente frente

(19) BELL, BOYRON y WHITTAKER. No. 2; p. 364 y siguientes

(20) Para un caso típico, véase Cass. civ., 27 de julio de 1925, D., 1926, 1; p. 5, con nota de Ripert.

(21) Véase VINEY. No. 2; p. 209 y siguientes, y los autores citados.

(22) Véase el destacado estudio de WHITTAKER, Simon, *Privity of contract and the law of tort: the french experience*, (1995), 15, *Oxford journal of legal studies*, (OJLS); p. 327 y siguientes

(23) TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. No. 9; p. 511 y siguientes, BELL, BOYRON y WHITTAKER. No. 2; p. 336 y siguientes *Stipulation pour autrui* es el nombre francés para la clásica excepción de la regla *alteri stipulari nemo potest* que puede ser encontrada, no obstante bajo diversas formas, en la mayoría de los sistemas jurídicos europeos (véase ZIMMERMANN, Reinhard, No. 1, p. 34 y siguientes) e incluso ha sido introducido recientemente en el derecho Inglés (*Contracts [Rights of Third Parties] Act* de 1999).

(24) WHITTAKER, (1995), 15 OJLS; p. 327 y siguientes Sin embargo la jurisprudencia parece estar alejándose de esta solución: Cass. civ. 1, 28 de octubre del 2003, D., 2004, p. 233, con nota de Delebecque, RTD civ., 2004; p. 496, obs. de Jourdain.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

al deudor de su propio deudor, pero en nombre y beneficio propio<sup>(25)</sup>. Las *actions directes* vienen en diferentes formas y tamaños, y han sido reconocidas por las cortes así como por la legislación. Una de ellas ha probado ser de particular significancia en el contexto de las demandas de terceros en caso de incumplimiento contractual.

Tempranamente en 1820, la *Cour de cassation* afirmó que una garantía accesoria a un contrato de compraventa podría pasar al siguiente comprador cuando el bien fuera revendido<sup>(26)</sup>. Si X vende un objeto a Y quien más tarde lo vende a Z, este último podría, por lo tanto, confiar en la garantía accesoria del primer contrato y demandar, por el incumplimiento de la garantía derivada del contrato, a X. De este modo Z ejercería un derecho contractual de Y en beneficio propio, un típico ejemplo de creación jurisprudencial de la *action directe*. En este tipo de *action directe*, aplicable a las denominadas *chaînes de ventes* (cadena de enajenaciones), se ha confiado cada vez más desde la década de 1950 a razón de la *garantie des vices cachés* (garantía por vicios ocultos)<sup>(27)</sup>. El artículo 1641 del Código Civil establece que el vendedor está obligado a garantizar por a los vicios ocultos que pueden hacer el producto inapropiado para el uso al cual estaba destinado<sup>(28)</sup>. El artículo 1645 adicionalmente establece que, cuando el vendedor tenga conocimiento de los vicios, se encontrará obligado, adicionalmente a la restitución del precio, al resarcimiento por los daños ocasionados al comprador<sup>(29)</sup>. En la década de 1960, la *Cour de cassation*

estableció una regla de acuerdo con la cual, en un contrato de compraventa con un consumidor, se presumía irrefutablemente que el profesional conocía del vicio oculto de la cosa vendida, incluso si el defecto era, de hecho, imposible de descubrir. Por lo tanto, el comprador inexperto puede, en todos los casos, demandar al empresario-vendedor por los daños ocasionados, basándose en el artículo 1645, cuando el vicio oculto del bien haya causado daños a la persona del comprador o a su patrimonio<sup>(30)</sup>. Además, gracias a la *action directe*, el comprador, basándose en el artículo 1645, podría accionar contractualmente por los daños causados no sólo frente al minorista, sino también frente al distribuidor, al fabricante o frente a cualquier otro vendedor profesional a lo largo de la cadena de enajenaciones<sup>(31)</sup>.

Desde luego, esta *action directe* constituye una excepción a la regla de la relatividad de los efectos del contrato. La justificación que normalmente se da es que las acciones relativas a la garantía por los vicios ocultos son transferidas, con la transferencia del bien, como un bien accesorio<sup>(32)</sup>. Cuando el subadquiriente se convierte en propietario del bien,

(25) CORNU, Gérard (editor), *Vocabulaire juridique*, 7ma. edición, 2005, voz Directe (action).

(26) Cass. civ., 25 de enero de 1820, S., 1820, 1; p. 171.

(27) El caso de 1820 se refería a la *garantie d'éviction*, que es otra garantía que otorga el Código Civil francés (artículo 1626) en el contrato de compraventa. La *action directe* más tarde fue extendida a la *garantie des vices cachés*: Cass. civ., 12 de noviembre de 1884, D., 1885, 1, p. 357, S., 1886, 1; p. 149.

(28) "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement ce usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus".

(29) "Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur".

(30) Cass. com., 1 de julio de 1969, Bull. civ. IV, No. 243, GP, 1970, 1, tablas, voz vente, No. 43, Cass. com., 20 de enero de 1970, JCP G, 1972, II, p. 17280, con nota de Boitard y Rabui, Cass. com., 27 de abril de 1971, D., 1971, sommaires (somm.); p. 144, Cass. com., 15 de noviembre de 1971, D., 1972, jurisprudence (jur.), p. 211, Cass. civ. 1º, 21 de noviembre de 1972, JCP G, 1974, II, p. 17890, con nota de GHESTIN, RTD civ., 1975, p. 126, obs. de Cornu, Cass. com., 27 de noviembre de 1973, Bull. civ. IV, No. 344 y 345, JCP G., 1974, II, p. 17887, con nota de Malinvaud, RTD civ., 1975, p. 126, obs. de Cornu.

(31) Para mayores detalles sobre la *action directe* en cadenas de enajenaciones, véase WHITTAKER, (1995), 15 OJLS; p. 327 y siguientes.

(32) Cfr. artículo 1615 del Código Civil francés (que trata acerca de las obligaciones del vendedor): "L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel" ("La obligación de entregar la cosa incluye sus accesorios y todo aquello que fuera designado para su uso permanente". Traducción tomada de [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr))





## Jean-Sébastien Borghetti

adquiere adicionalmente los derechos relativos al bien que le pertenecían al vendedor. Esta explicación técnica ha sido, en efecto, desafiada por algunos autores<sup>(33)</sup>. Aunque nunca se ha sugerido seriamente la supresión de la *action directe* en las cadenas de enajenaciones. Ella es considerada ampliamente como de extrema utilidad; desde que ofrece al demandante una garantía, previene múltiples acciones judiciales y no perjudica al demandado, quien puede plantear frente al demandante cualquier defensa que él podría haber planteado frente a su comprador directo. Desde una perspectiva francesa, el principal problema que se planteaba respecto a la *action directe* no era su contrariedad a la regla de la relatividad, sino, más bien, que esta permita al sub-comprador elegir entre demandar por la vía contractual o por la vía extracontractual, desde que él podía teóricamente basar su demanda por daños y perjuicios en el artículo 1382 así como en el artículo 1645 del Código Civil. Esto constituía una obvia ruptura de la estricta regla del *non-cumul*, que rige normalmente en el Derecho francés. Esta excepción fue finalmente suprimida por una sentencia en el año 1979, en la cual la *Cour de cassation* estableció que el sub-adquiriente que demandaba por los daños y perjuicios al vendedor de un bien defectuoso, solo podía basarse en la *garantie des vices cachés*; es decir, solo podía accionar contractualmente y no en base al artículo 1382<sup>(34)</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad extracontractual fue oficialmente reemplazada por la responsabilidad contractual en un contrato en donde el demandante accionaba por una pérdida ocasionada por el incumplimiento contractual, no obstante no tenía relación contractual directa con el demandado.

La utilidad de la *action directe* en las cadenas de enajenaciones, combinado con las críticas anteriormente mencionadas dirigidas

a las acciones extracontractuales realizadas por terceros basadas en el incumplimiento del contrato, convenció a algunas cortes a extender la finalidad de la aplicación de la *action directe* a otros tipos de contratos. En la década de 1980, la Primera Cámara Civil de la *Cour de cassation* tomó la audaz decisión de que en los denominados *groupes de contrats* (grupos de contratos), toda parte contractual perteneciente a dicho grupo podría y debería demandar por la vía contractual a cualquier otra parte del mismo grupo, sin tener en cuenta cualquier relación contractual directa entre ambas<sup>(35)</sup>. Esta solución estaba destinada a ser aplicada especialmente en el ámbito de la construcción y en los contratos de construcción en donde el contratista principal recurre a sub-contratistas quienes no tienen ninguna relación contractual directa con el cliente que comisionó el trabajo<sup>(36)</sup>. Fundar la demanda del cliente en el contrato y no en las reglas de la responsabilidad extracontractual permitió al sub-contratista plantear frente al cliente cualquier defensa contractual que este podría haber planteado frente al contratista principal, así como cualquier defensa derivada del contrato entre el cliente y el contratista principal<sup>(37)</sup>. El sub-contratista era de este modo protegido por los cortos plazos de prescripción aplicables a las acciones contractuales, que eran en aquel momento

(33) Acerca de la justificación técnica de la *action directe* y sus deficiencias, véase VINEY y JOURDAIN. No. 15; p. 750.

(34) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 9 de octubre de 1979, *Iamborgini*, Bull. civ. I, No. 241, D., 1980, somm., p. 222, obs. de Larroumet, GP, 1980, 1. jur., p. 249, con nota de Plancqueel, RDT civ., 1980; p. 354, obs. de Durry. Un demandante podría tener interés en ampararse en el artículo 1382 en vez de en el artículo 1645 desde que el plazo prescriptivo aplicable de la acción extracontractual es mayor que el aplicable a la acción basada en la *garantie des vices cachés*.

(35) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 21 de junio de 1988, Bull. civ. I, No. 202, RTD civ., 1989; p. 74, obs. de Mestre y p. 107, obs. de Rémy: "dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial". Sobre estos desarrollos, véase LE TOURNEAU. No. 4; p. 950.

(36) Así mismo debe mencionarse que bajo los arts. 12 y siguientes de la ley 1975-1334 del 31 de diciembre de 1975, el sub-contratista tiene el mismo una *action directe* frente al cliente: si el contratista principal no le paga, él puede demandar al cliente, en interés propio, el monto que el cliente aún debe al contratista principal.

(37) Ciertamente, esta *action directe* también puede beneficiar al cliente en algunos casos, desde que él podría ampararse en el simple incumplimiento por parte del sub-contratista, sin tener que demostrar la culpa de este último requerida por el artículo 1382 del Código Civil francés.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

generalmente menores que los aplicables a las acciones extracontractuales<sup>(38)</sup>.

Esta extensión de la responsabilidad contractual era, sin embargo, muy difícil de justificar desde una perspectiva técnica: en dicha configuración contractual usualmente no existe ningún bien cuyo propietario transfiera del sub-contratista al cliente, lo que quiere decir que la acción contractual del último frente al anterior no puede ser vista como una transferencia de un bien accesorio. No obstante, redefinir los límites de la responsabilidad contractual y aplicándolos no sólo a las partes contractuales, sino a todos los participantes de un particular grupo contractual, requería una clara definición de *groupe de contrats*. Pero ningún tribunal, ni mucho menos la doctrina, ha sido capaz de acercarse a una. La nueva solución planteó más problemas que los que había resuelto y no causó ninguna sorpresa que en 1991 la *Assemblée Plénière* de la *Cour de cassation*, que es el más alto tribunal civil en su más solemne conformación, condenó la audaz maniobra en el famoso caso *Besse*<sup>(39)</sup>. En dicha ocasión, el principio tradicional fue reafirmado, por medio del cual el cliente sólo puede demandar al sub-contratista por la vía extracontractual y no por la contractual desde que este no tiene ninguna relación contractual directa con aquel<sup>(40)</sup>.

El caso *Besse*, sin embargo, no socavó la solución tradicional, permitiendo una *action directe* contractual en las cadenas de enajenaciones y, más generalmente, en las cadenas de contratos, a lo largo de las cuales, la propiedad de un bien había sido transferida (*chaînes de contrats translatives de propriété*). A mediados de la década de 1990, el estado de la regulación parecía por lo tanto bastante clara en lo que respecta a la relación entre incumplimiento contractual y

responsabilidad frente a terceros: un tercero que demandaba por los daños sufridos a causa de un incumplimiento contractual, normalmente tenía que demostrar que aquel incumplimiento había sido, además, un acto ilícito del deudor en el sentido del artículo 1382 del Código Civil; solo cuando el demandante era además parte de una *chaîne de contrats translatives de propriété* podía contar con una *action directe* contractual frente a otro eslabón de la cadena ubicado arriba suyo.

No obstante esta situación no duró mucho. Al término de la década de 1990, la Primera Cámara Civil de la *Cour de cassation* montó un nuevo ataque a dicho acuerdo, el cual ahora parece haber ganado el día.

### 2.2. Tomando partido por los terceros

La decisión adoptada en el caso *Besse* había obstruido la vía contractual: los terceros no podían, como regla, ampararse en la responsabilidad contractual para demandar por los daños y perjuicios causados por un incumplimiento contractual. Lo curioso es que, este fallido intento por tratar de frenar las demandas por parte de los terceros fue seguido por un movimiento en la dirección contraria. De la mano de la Primera Cámara Civil de la *Cour de cassation*, algunas cortes recorrieron el sendero de la responsabilidad extracontractual de nuevo, pero esta vez con la intención de facilitar las demandas

(38) Un plazo prescriptivo específico es aplicable a los contratos de construcción. Conforme al artículo 1792-4-1 (anteriormente del artículo 2270) del Código Civil francés, este periodo es de diez años y empieza a correr con el visto bueno de los trabajos, mientras el plazo prescriptivo ordinario de la acción extracontractual era también de diez años pero empezaba a correr con la manifestación del daño o su agravación (artículo 2270-1 del Código Civil francés). Sin embargo, los plazos prescriptivos han sido recientemente modificados, y mientras que las normas específicas aplicables a los contratos de construcción han permanecido iguales, el plazo ordinario de prescripción de la acción extracontractual así como la contractual han sido reducidos a cinco años (artículo 2224 del Código Civil francés).

(39) *Cour de Cassation, Assemblée Plénière* (Cass. ass. plén.), 12 de julio de 1991, *Besse*, Bulletin de l'assemblée plénière (Bull. ass. plén.), No. 5, D., 1991, jur.; p. 549, con nota de GHESTIN, JCP G., 1991, II, p. 21743, con nota de VINEY, RTD civ., 1991, p. 750, obs. de Jourdain: "dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avient un lien avec le contrat initial".

(40) Para mayores detalles acerca de la *action directe* en los grupos de contratos, véase WHITTAKER, 1995, 15 OJLS; p. 327 y siguientes.





## Jean-Sébastien Borghetti

de los terceros frente a las partes del contrato (2.2.1). Desafortunadamente, la *Assemblée Plénière* de la *Cour de cassation* decidió seguir su ejemplo en el 2006 en el conocido caso *Myr'ho*, cuya solución actualmente ha sido respaldada por todas las cámaras de la Corte Suprema (2.2.2).

### 2.2.1. Atentado al principio de la relatividad de los efectos contractuales

El problema de la relación entre incumplimiento y la responsabilidad frente a terceros no deja de estar vinculado al problema de la responsabilidad por productos defectuosos<sup>(41)</sup>. A decir verdad, antes de la adopción de la Directiva europea en materia de responsabilidad por productos defectuosos de 1985<sup>(42)</sup>, la extensión de la finalidad de la aplicación de la *garantie des vices cachés* a través de la *action directe* constituyó el principal mecanismo empleado por los tribunales franceses para imponer responsabilidad sin culpa a los fabricantes y distribuidores, por los daños causados por sus productos. Sin embargo, esta no proveyó una solución al problema que enfrentaban los denominados hombres de a pie, es decir personas que sufrían daños a causa de un producto que ellas no habían adquirido por sí mismas, quienes por lo tanto no podían ejercitar normalmente ninguna acción contractual<sup>(43)</sup>. En la mayoría de los países europeos, antes que la Directiva de 1985 fuese adoptada, estos demandantes sólo podían ampararse en las reglas comunes de la responsabilidad extracontractual, es decir en la responsabilidad por culpa, al menos oficialmente<sup>(44)</sup>. No obstante, muy precozmente en

Francia, los tribunales trataron de aliviar la situación de aquellas personas, permitiéndoles ampararse en algún tipo de responsabilidad extracontractual sin culpa.

Tempranamente en la década de 1930, la *Cour de cassation* decidió en varias ocasiones que el simple hecho de la venta de un producto defectuoso podría implicar, para la parte profesional del contrato, responsabilidad extracontractual, incluso en los casos en donde ella no podía haber estado consciente de dicha defectuosidad<sup>(45)</sup>. Aunque en un primer momento esto no se convirtió en una regla general<sup>(46)</sup>. Fue recién en la década de 1990 que, frente al letargo de la legislatura que aún no había actuado la Directiva Comunitaria de 1985, la *Cour de cassation* desarrolló un auténtico régimen de responsabilidad por productos defectuosos, basado en el modelo de la Directiva<sup>(47)</sup>. El primer paso lo constituyó el *descubrimiento* de una nueva obligación originada del contrato de compraventa. Se consideró que el vendedor profesional garantizaba que el producto vendido no era defectuoso en el sentido de la Directiva<sup>(48)</sup>. No obstante, esta obligación solo beneficiaba al comprador. Pero en la resolución de un

- 
- (41) Esto es cierto en la mayoría de sistemas jurídicos: véase *Bundesgerichtshof* (BGH), 26.11.1968, BGHZ 51, 91 = NJW 1969, p. 269 (*Hühnerpestfall*) en Alemania, *Donoghue vs. Stevenson* [1932] A.C.; p. 562, en el derecho inglés.
- (42) Directiva Comunitaria del 25 de julio de 1985 acerca de la uniformización de los leyes, regulaciones y disposiciones administrativas de los Estados Miembros concernientes a la responsabilidad por productos defectuosos (85/374/EEC), OJ L 210, 7.8.1985; p. 29 y siguientes.
- (43) STAPLETON, Jane, *Product liability*, 1994, p. 14 y siguientes, BORGHETTI, Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des produits. Etude de droit comparé*, 2004, No. 9.
- (44) BORGHETTI (No. 44); p. 178 y siguientes.
- (45) Cass. civ., 22 de julio de 1931, Gp., 1931, 2, p. 683, Cass. req., 8 de marzo de 1937, S., 1937, 1, p. 241, rapp. Pilon, D., 1938, 1, p. 76, con nota de Savatier, Cass. req., 7 de octubre de 1940, DH, 1940, 180, GP, 1940, 2; p. 64.
- (46) Véase sin embargo Cass. civ. 3°, 18 de abril de 1972, Bull. civ. III, No. 233, Cass. civ. 3°, 5 de diciembre de 1972, D., 1973, jur., 401, con nota de Mazeaud, J., Cass. com., 26 de junio de 1978, Bull. civ. IV, No. 177, Cass. civ. 1°, 27 de junio de 1978, Bull. civ. I, No. 243, D., 1978, información rápida p. 409, obs. de Larroumet.
- (47) BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. (No. 2), p. 405 y siguientes, Borghetti (No. 44), p. 218 y siguientes
- (48) Cass. civ. 1°, 20 de marzo de 1989, D., 1989, jur., p. 381, con nota de Malaurie, RTD civ., 1989, p. 756, obs. de Jourdain, Cass. civ. 1°, 22 de enero de 1991, Bull. civ. I, No. 30, RTD civ. 1991, p. 539, obs. de Jourdain, Cass. civ. 1°, 11 de junio de 1991, Bull. civ. I, No. 201, D., 1993, somm., p. 241, obs. de Tuornafond, JCP G., 1992, I, p. 3571, obs. de Viney, RTD civ., 1992; p. 114, obs. de Jourdain.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

importante caso en 1998, justo unas pocas semanas antes que la Directiva fuera finalmente actuada por el Derecho francés, la Primera cámara civil dictaminó que dicha obligación podía beneficiar a todo demandante potencial y que el vendedor profesional debería ser responsable por todo daño causado por un producto defectuoso vendido por él, si este era padecido por el comprador o por un tercero<sup>(49)</sup>.

Esta constituyó una clara vulneración a la regla de la relatividad de los efectos del contrato; aunque no era muy claro si la responsabilidad del vendedor frente a los terceros era de tipo contractual o extracontractual. Sin embargo, esto podría ser explicado por el contexto específico de la responsabilidad por productos defectuosos y la necesidad de proveer a las víctimas de los productos defectuosos, la misma protección que tendrían de haberse beneficiado con la Directiva Europea si se hubiese actuado a tiempo. Uno podría de este modo creer que la Primera Cámara Civil no estaba cuestionando la regla de la relatividad de los efectos del contrato, sino más bien que estaba imponiendo una nueva excepción.

No obstante, pronto se hizo evidente que el problema de la responsabilidad por productos defectuosos y el deseo de proteger a las víctimas no era la única fuerza motriz detrás de la posición de la Primera Cámara Civil. A partir de finales de 1998 la Corte estableció claramente en varios casos, algunos de los cuales no tenían nada que ver con la responsabilidad por productos defectuosos, que el incumplimiento en cuanto tal, constituía una fuente de responsabilidad extracontractual para las partes del contrato frente a terceros. En al menos dos sentencias, una afirmación muy audaz puede ser hallada,

de acuerdo con la cual “los terceros pueden basarse en la cumplimiento defectuoso del contrato cuando este haya sido la causa del daño, sin que ningún elemento adicional tenga que ser establecido”<sup>(50)</sup>. Es cierto que ambas se ocupan de la acción de las *victimes par ricochet*<sup>(NT2)</sup>, por ejemplo los familiares de las víctimas inmediatas<sup>(51)</sup>, quienes tienen una relación específica con las anteriores y por lo tanto, en esa medida, con el mismo incumplimiento contractual. A pesar de ello, la misma regla fue sustancialmente afirmada en otros casos en donde, ni *victimes par ricochet* ni responsabilidad por productos defectuosos podían ser encontradas<sup>(52)</sup>. Adicionalmente, la Segunda y Tercera Cámaras Civiles de la *Cour de cassation* siguieron su ejemplo<sup>(53)</sup>.

No obstante, esta evolución no ha sido pacífica. Al mismo tiempo que algunas cámaras de la *Cour de cassation* se estaban liberando ellas mismas de la regla de la relatividad de los efectos del contrato, la Cámara Comercial se estaba adheriendo al principio tradicional. En diversas ocasiones confirmó la regla tradicionalmente enraizada, por la cual un incumplimiento contractual sólo puede ser fuente de responsabilidad frente a terceros si constituye al mismo tiempo una violación el deber general de diligencia y cuidado, es decir un hecho ilícito en el sentido

(49) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 28 de abril de 1998, Bull. civ. I, No. 104, JCP G., 1998, II, p. 10088, concl. Sargos, JCP G., 1998, I, p. 185, No. 19, obs. de Viney, RTD civ., 1998, p. 684, obs. de Jourdain: “tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l’égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu’il y ait lieu de distinguer selon qu’elles ont la qualité de partie contractante ou tiers”.

(50) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 18 de julio del 2000, Bull. civ. I, No. 221, JCP G., 2000, II, p. 11415, con nota de Sargos, RTD civ., 2001, p. 146, obs. de Jourdain, Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 13 de febrero del 2001, Bull. civ. I, No. 35, D., 2001, somm., p. 2234, obs. de Delebecque, JCP G., 2002, II, p. 10099, con nota de Lisanti-Kalcynsky, RTD civ., 2001, p. 367, obs. de Jourdain: “les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l’exécution défectueuse de celui-ci lorsqu’elle leur a causé un dommage, sans savoir à rapporter d’autre preuve”.

(NT2) Se entiende por *victimes par ricochet* aquellos que sufren un daño indirecto por la muerte o lesión de un pariente cercano (víctima directa); el resarcimiento está referido tanto al perjuicio económico como al daño moral.

(51) SAVAUX, Éric, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13ra. edición, 2009; p. 183, 370 y siguientes, BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. (No. 2); p. 413.

(52) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 15 de diciembre de 1998, Bull. civ. I, No. 368, Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 18 de mayo de 2004, Bull. civ. I, No. 141, RTD civ., 2004; p. 516, obs. Jourdain.

(53) Véase las sentencias citadas por Viney (No. 2); p. 215-2.



## Jean-Sébastien Borghetti

del artículo 1382 del Código Civil<sup>(54)</sup>. Por lo tanto, a mediados de la primera década del nuevo milenio, era obvio que existía una fuerte divergencia entre la Cámara Comercial y las otras Cámaras de la *Cour de cassation* en lo relativo al problema del incumplimiento contractual y la responsabilidad frente a terceros. Como es usual en estos casos, la *Assemblée Plénière* de la *Cour de cassation* tuvo que intervenir para decidir entre ambas.

### 2.2.2. El caso *Myr'ho* y sus repercusiones

Los propietarios de un edificio comercial lo habían arrendado a Myr'ho, una empresa, quien luego subarrendó el edificio a Bootshop, otra empresa. En un determinado momento, Bootshop demandó a los dueños, argumentando que ellos no estaban cumpliendo con el mantenimiento del edificio tal como se debía realizar, y esto había causado un impacto negativo a los negocios de Bootshop. La Corte de apelación de París concedió el resarcimiento por daños y perjuicios a los demandantes, sin embargo, los demandados impugnaron dicha decisión frente a la *Cour de cassation*. Ellos argumentaron que ninguna culpa extracontractual había sido probada frente a ellos, siendo este un requisito necesario para considerarlos responsables, desde que ellos no tenían ninguna relación contractual directa con el demandante y que jamás habían sido informados del subarrendamiento. La posición de los propietarios solo fue, en efecto, una reafirmación de la regla tradicional, de acuerdo con la cual un incumplimiento contractual sólo podía ser fuente de responsabilidad frente a terceros cuando esta sea, además, un hecho ilícito en el sentido del artículo 1382 del Código Civil.

La *Assemblée Plénière* tomó este caso para decidir entre la posición de la Primera Cámara Civil y la de la Cámara

Comercial. Se rechazó la impugnación y se afirmó la decisión de la apelada, estableciendo que “un tercero puede, en base a las reglas de la responsabilidad extracontractual, invocar un incumplimiento contractual cuando este incumplimiento le haya causado un daño”<sup>(55)</sup>.

A primera vista, esto parece una clara confirmación de la postura de la Primera Cámara Civil. Sin embargo, como ocurre a menudo, esta decisión de la *Cour de cassation* es, en cierta medida, ambigua, si se considera su corta extensión y el no haber dado razones sustantivas que fundamenten la postura de la Corte. Por lo menos tres interpretaciones pueden ser sugeridas<sup>(56)</sup>. No obstante, en los últimos años las diferentes cámaras de la *Cour de cassation* han tenido ocasión de aplicar la regla del caso *Myr'ho* en varias situaciones y han confirmado que la correcta interpretación de esa regla es la más extensiva.

La primera interpretación posible del caso *Myr'ho*, y también la más benigna, realizada por la *Assemblée Plénière*, en realidad no sólo era distinta a alguna de las dos posturas opuestas (la de las Cámaras Civil y Comercial), sino que además constituía un inflexible pronunciamiento. Si esta hubiese querido ratificar la postura de la Primera Cámara Civil, como es comúnmente afirmado, la *Assemblée Plénière* habría dicho más de lo que dijo y su pronunciamiento habría sido más preciso. En

(54) Cass. com., 17 de junio de 1997, Bull. civ. IV, No. 187, Cass. com., 8 de octubre del 2002, JCP G., 2003, I, p. 152, No. 3, obs. de Viney, Cass. com., 5 de abril del 2005, Bull. civ. IV, No. 81, D., 2005, somm., p. 2848, obs. de Fauvarque-Cosson, *Revue des contrats* (RDC), 2005, p. 687, obs. de Mazzeaud, D., RTD civ., 2005, obs. de Jourdain.

(55) Cass. ass. plén., 6 de octubre del 2006, *Myr'Ho*, Bull. ass. plén., No. 9, D., 2006, p. 2825, con nota de Viney, JCP, 2006, II, p. 10181, con nota de Gariazzo y Billiau, RTD civ., 2007, p. 123, obs. de Jourdain: “le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage”. La traducción de esta sentencia es en gran medida tomada de BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 339. Desde el 2006 se ha escrito acerca del caso *Myr'ho*, véase especialmente ANCEL, Pascal, *Retour sur l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé*, en: *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, p. 23-37, CARVAL, Suzanne, *La faute délictuelle du débiteur défaillant: quelques observations sur les pistes ouvertes par l'arrêt d'Assemblée Plénière du 6 octobre 2006*, en: *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, p. 229-242, LAGARDE, Xavier, *Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle*, JCP G., 2009, I, p. 200, así como las contribuciones recogidas en RDC, 2007; p. 537 y siguientes.

(56) Sobre la ambigüedad de la sentencia, véase ANCEL, Pascal, *Faut-il faire “avec”?*, RDC, 2007; p. 538 y siguientes.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

tanto este no es el caso, la postura tradicional permanece válida y el caso *Myr'ho* debería ser entendido en el sentido de que un tercero puede, sobre la base de las reglas de la responsabilidad extracontractual, invocar un incumplimiento contractual siempre que este incumplimiento le haya causado un perjuicio, *con tal que demuestre que dicho incumplimiento es al mismo tiempo un hecho ilícito en el sentido del artículo 1382 del Código Civil*.

Esta primera interpretación, se sugiere, no puede ser aceptada. La *Assemblée Plénière* no tenía ninguna obligación de tomar este caso, y habría sido inconsistente pronunciarse al respecto sin tomar partido. Además, los demandados habían claramente expuesto la regla tradicional cuando impugnaron la decisión de la Corte de apelación de París; rechazando la impugnación no sólo en los hechos del caso sino también con tan general pronunciamiento como el citado anteriormente, la *Assemblée Plénière* estaba necesariamente tomando partido. Y esto ha sido confirmado en los últimos años mediante diversas sentencias emitidas por casi la totalidad de las cámaras de la *Cour de cassation*.

Por lo tanto, debería darse por sentado que la *Assemblée Plénière* adoptó la postura de la Primera cámara civil, de acuerdo con la cual un incumplimiento puede constituir *per se* una fuente de responsabilidad extracontractual. Pero uno podría dudar respecto de la extensión de la regla. De acuerdo con una posible segunda interpretación del caso *Myr'ho*, debería prestarse atención a los hechos del caso. Es cierto que no existía una relación contractual directa entre el demandante y los demandados. No obstante, existía una cadena de contratos que se extendía entre ambos, y el demandante se encontraba en alguna especie de proximidad objetiva al contrato celebrado entre el demandado y el primer inquilino. De este modo, uno podría afirmar que la solución dada en el caso *Myr'ho* únicamente debería ser aplicable a aquellos terceros quienes han sido denominados por la doctrina como terceros *con interés*. El pronunciamiento contenido en el caso quedaría de la siguiente manera: un tercero puede, sobre la base de las reglas de la responsabilidad extracontractual, invocar un

incumplimiento contractual siempre que éste le haya causado un perjuicio, *en tanto él sea un tercero con interés*.

Esta interpretación encuentra algún fundamento en los escritos o explicaciones orales de los más altos jueces que se han pronunciado sobre el caso *Myr'ho*<sup>(57)</sup>. Además, si la mayoría de las Cámaras de la Corte de Casación hubiesen adoptado la postura tomada por la *Assemblée Plénière* en el caso *Myr'ho*, ellas habrían usualmente procedido de tal modo en casos en donde el demandante, de alguna manera, pertenecía a la misma cadena o grupo de contratos que el demandado, o se encontraba en cierta proximidad al incumplimiento del contrato<sup>(58)</sup>. No obstante, existen algunas sentencias inquietantes que difícilmente pueden reconciliarse con semejante interpretación restrictiva. Una de ellas fue la decisión tomada en el caso *Chrysler*, cuyo peculiar interés se debe a que fue pronunciada por la Cámara Comercial de la *Cour de cassation*, es decir la única Cámara que previamente se había resistido a la tendencia iniciada por la Primera Cámara Civil. Una empresa fabricante de vehículos había abusado de su derecho de terminar el contrato que lo vinculaba con una empresa distribuidora. La empresa matriz de la distribuidora demandó por los daños y perjuicios a la empresa fabricante de vehículos. La Corte de apelación rechazó la demanda, declarando que la empresa matriz no era parte del contrato entre el fabricante y la distribuidora, y que, por lo tanto, ella no podía demandar por los daños y perjuicios basándose simplemente en que el fabricante había abusado de su derecho contractual. Sin embargo, la Cámara Comercial de la *Cour de*

(57) Véase por ejemplo, la nota de Assié (un magistrado de la Cour de Cassation) sobre el caso *Myr'ho*, en *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2006, No. 11. Véase también el *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006; p. 400.

(58) Cass. com., 6 de marzo del 2007, Bull. civ. IV, No. 84, Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 15 de mayo del 2007, Bull. civ. I, No. 193, D., 2007, p. 2901, obs. de Jourdain, JCP G., 2007, I, p. 185, obs. Stoffel-Munck, RDC, 2007; p. 1137, obs. de Carval.

(59) Cass. com., 21 de octubre del 2008, JCP G., 2009, I, p. 123, obs. de Stoffel-Munck, RDC, 2009; p. 504, obs. de Borghetti.



## Jean-Sébastien Borghetti

*cassation* anuló la sentencia de la Corte de apelación, y repitió la fórmula del caso *Myr'ho*, según la cual aquel que no es parte de un contrato puede demandar en base al incumplimiento del contrato, en tanto dicho incumplimiento le haya causado un perjuicio<sup>(60)</sup>. En este caso, la empresa matriz difícilmente podía ser descrita como perteneciente al mismo grupo o cadena de contratos al cual pertenecía el fabricante. No obstante, la Cámara Comercial permitió a la empresa matriz basarse directamente en el incumplimiento contractual, sin tener que probar que este incumplimiento era al mismo tiempo una violación del deber general de cuidado y diligencia subyacente al artículo 1382 del Código Civil.

Es cierto que el significado exacto del caso *Chrysler* podría ser discutido, aunque sea sólo por no haberse publicado en el Boletín oficial de la *Cour de cassation*, en donde se dan a conocer las más importantes decisiones de la Corte. Uno podría adicionalmente afirmar que, en este caso, el demandante era una *victime par ricochet* y de esta forma se encontraba en una relación especial con la primera víctima (la distribuidora) y el incumplimiento del contrato. Por otra parte, si reunimos diez o más sentencias en las que las Cámaras de la *Cour de cassation* hayan tenido la ocasión de aplicar la regla del caso *Myr'ho* desde octubre del 2006, no se encontraría ninguna declaración expresa de acuerdo con la cual dicha regla se aplicaría solamente a las demandas iniciadas por terceros con interés<sup>(60)</sup>. De este modo podríamos llegar a la conclusión de que el pronunciamiento de la *Assemblée Plénière* en el caso *Myr'ho* debería ser considerado como lo que a primera vista parece ser: un tercero puede, en base a las reglas de la responsabilidad extracontractual, invocar un incumplimiento contractual siempre que este incumplimiento le haya causado un perjuicio; no existiendo ningún requisito adicional<sup>(61)</sup>. La amplia postura adoptada por primera vez por la Primera Cámara Civil fue de esta forma acogida. Pero, ¿cuáles son las razones que se encuentran detrás de tan extraña solución?

### 3. En búsqueda de una explicación

Probablemente, sea sorprendente para la mayoría de juristas foráneos que la *Assemblée Plénière* en el caso *Myr'ho* haya recurrido a tan genérica e inapropiada resolución. Dadas las tan variadas situaciones en las que un tercero puede sufrir un perjuicio como resultado de un incumplimiento contractual, podríamos dudar seriamente en torno a si semejante regla general sea apropiada. Adicionalmente, podríamos preguntar el por qué la *Cour de cassation* no dio ningún detalle acerca de las consideraciones técnicas y legislativas subyacentes a la regla o acerca de su finalidad aplicativa.

Desafortunadamente, ésta es la forma en que la *Cour de cassation* procede usualmente<sup>(62)</sup>. Existen razones técnicas e históricas para ésta forma de proceder, la cual no obstante se encuentra desfasada<sup>(63)</sup>. Obviamente la *Cour de cassation* toma al Código Civil como modelo, y trata de formular reglas nuevas que sean tan generales como las contenidas en el Código mismo. Este modo de proceder es totalmente inapropiado. Las normas del Código napoleónico realmente son el producto final de muchos siglos de reflexión jurídica y, cuales sean las capacidades de los jueces tripulando la *Cour de cassation*, no es posible redactar normas generales tomando como base un caso en particular.

De esta forma, el caso *Myr'ho* ilustra claramente el defecto de la producción normativa judicial en Francia<sup>(64)</sup>. Dicho esto, debemos prestar

(60) A favor de una interpretación extensiva de la sentencia *Myr'ho*, véase también Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 10 de mayo del 2007, Bull. civ. I, No. 126, RDC, 2007, p. 1137, obs. de Carval, y Cass. civ. 2<sup>o</sup>, 7 de febrero del 2008; p. 6-13. 755.

(61) A favor de esta interpretación véase p. eje. VINEY, D., 2006; p. 2825 y siguientes.

(62) Sobre el rol de la jurisprudencia en el derecho francés, véase BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 25 y siguientes.

(63) Véase el trabajo fundamental, escrito en una perspectiva comparativa, de TOUFFAIS, Adolphe y , André TUNC. *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation*, RTD civ., 1974; p. 487 y siguientes.

(64) Este aspecto ha sido enérgicamente realizado por ANCEL (No. 56); p. 31 y siguientes.

(65) Véase p. eje. *Henderdon vs. Merrett Syndicates Ltd.* [1995], 2, A.C., p. 145, *White vs. Jones* [1995], 2, A.C.; p. 207, así como la profunda discusión sobre la cuestión realizada por WHITTAKER (No. 7); p. 1-152 y siguientes.



## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

atención a las razones que fueron consideradas para la elaboración del contenido de la regla del caso *Myr'ho*, y no solo a su carácter general. Se afirma que dicha regla es el resultado final de por lo menos dos tendencias distintas presentes en el Derecho francés: una tendencia marcadamente pro-victima (3.1) y la omnipresencia de la noción de culpa en los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual (3.2).

### 3.1. Terceros como víctimas

En diversos sistemas jurídicos los demandantes, que han intentado establecer un nexo entre ellos y el incumplimiento de un contrato respecto del cual no son parte, a menudo son motivados por el deseo de obtener una compensación por la pura pérdida económica, desde que este tipo de daño es normalmente compensado en el ámbito contractual, en tanto que las reglas ordinarias de la responsabilidad extracontractual no otorgan protección a los intereses meramente pecuniarios. Por ejemplo, el Derecho inglés tiende a admitir que un contrato celebrado entre A y B puede, en ciertas circunstancias, imponer un deber de cuidado en cabeza de A respecto de los intereses económicos de C. En tal caso, un incumplimiento del contrato por parte de A puede dar lugar a responsabilidad

extracontractual por la pura pérdida patrimonial causada a C<sup>(65)</sup>. En el Derecho alemán, un demandante, en ocasiones, se amparará en el mecanismo de la *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*<sup>(NT3)</sup> (contrato con efectos protectores a favor de terceros) y petitionará que un contrato respecto del cual él no era parte tutele efectivamente sus intereses económicos, y así obtener una compensación por la pura pérdida patrimonial en base a la responsabilidad contractual<sup>(66)</sup>.

El ejemplo alemán muestra además que los terceros pueden, invocando el incumplimiento contractual, buscar beneficiarse de un régimen de responsabilidad objetiva en circunstancias en donde la responsabilidad extracontractual ordinaria, de cualquier modo, requeriría la prueba de la negligencia o permitiría al demandado eximirse demostrando la ausencia de culpa por parte suya<sup>(67)</sup>. Es bastante claro que los fundamentos determinantes para la

(NT3) El contrato con efectos de protección a favor de terceros es una figura de creación judicial, cuya configuración final a sido obra de la doctrina alemana. Ésta ha conocido diversos estadios en su desarrollo dogmático, el mismo que va de la mano al uso que de ella han realizado los tribunales alemanes. En efecto, bajo el primer estadio de esta figura, se permitía que un tercero, por cuya proximidad a las partes del contrato, se sirviese de las reglas de la responsabilidad contractual para demandar por el daño sufrido como consecuencia de la ejecución del contrato, es decir por el incumplimiento de un deber de protección que tutelaba no sólo a las partes del contrato (o de la relación obligatoria en general) sino también a determinados terceros (la doctrina alemana ha ideado diversos índices para determinar qué terceros son los que se encuentran bajo el ámbito protector del contrato). En un segundo estadio, sin embargo, se permitió que los terceros usaran las reglas de la responsabilidad contractual para demandar, no ya por el incumplimiento de un deber de protección propiamente dicho, sino por el incumplimiento del deber primario de prestación, cuando como consecuencia de esto, dicho tercero veía vulnerada una expectativa a beneficiarse con los efectos del contrato y de esta forma sufría un daño meramente económico. El caso emblemático de este segundo estadio es el denominado *Testamentfall*, resuelto por sentencia de la Corte Suprema Federal Alemana (*Bundesgerichtshof*) de fecha 6 de julio de 1965. Este es seguido por ulteriores desarrollos en los que, inclusive se ha permitido la aplicación de esta figura a situaciones en las que existían intereses contrapuestos entre el acreedor y el tercero, en donde ningún interés a la protección del tercero, por parte del acreedor, puede ser encontrado. Además, ésta figura se ha logrado liberar de las vestimentas contractuales para aplicarse también en situaciones en las que ningún contrato puede ser hallado, por ejemplo en casos de responsabilidad precontractual, en donde es la obligación sin prestación la que ha sido extendida a tutela de terceros.

(66) Véase KÖTZ, Hein y Gerhardt WAGNER. *Deliktsrecht*, 10ma. edición, 2006, p. 490. Para las referencias en inglés sobre el *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, véase Markesinis, BASIL S., *An expanding tort law – The Price of a rigid contract law*, (1987), 103 *Law quarterly review*; p. 354 y siguientes LORENZ, Werner, *Some thoughts about contracts and torts*. En: *Essays in memory of profesor F. H. Lawson*, 1986; p. 86 y siguientes, KÖTZ, Hein. *The doctrine of privity of contract in the context of contracts protecting the interests of third parties*, (1990), 10 *Tel Aviv university studies in law*, p. 195 y siguientes

(67) Véase por ejemplo. El famoso caso del *Gasbadeofenfall*, *Reichgericht*, 10.02.1930, RGZ 127, 218 = JW, 1930; p. 1720. Una traducción al inglés de este caso puede encontrarse en MARKESINIS, Basil S. y Hannes UNBERATH. *The german law of torts. A comparative treatise*, 4ta. edición, 2002; p. 798 y siguientes.





## Jean-Sébastien Borghetti

utilización del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* y más en general para el área de la responsabilidad contractual en el Derecho alemán, están constituidos por las deficiencias de la responsabilidad extracontractual vicaria<sup>(68)</sup>.

La naturaleza del resarcimiento del daño y la rigurosidad de la responsabilidad son, por lo tanto, dos razones por las que un demandante podría estar más interesado en afirmar que el acto que ocasionó el daño era además un incumplimiento contractual, no obstante él no era parte del contrato. En el Derecho francés, sin embargo, la primera razón no es importante desde que cualquier tipo de daño, incluyendo las puras pérdidas patrimoniales, pueden ser normalmente resarcidas bajo las normas de la responsabilidad extracontractual así como bajo las normas del Derecho contractual<sup>(69)</sup>. Más bien, es la segunda de las razones la que ha sido decisiva. La responsabilidad vicaria en la responsabilidad extracontractual no es tan problemática en el Derecho francés como lo es en el Derecho alemán, en tanto que no le es permitida ninguna eximente de responsabilidad al empleador, más bien es el requisito de que el daño debe haber sido causado por un hecho culpable, la razón por la que los demandantes han tratado de esquivarla.

De hecho, tratar todo incumplimiento contractual como una posible fuente de responsabilidad extracontractual, a menudo permite a los terceros ampararse en lo que es, en efecto, un régimen de responsabilidad objetiva. No obstante, esto depende de la naturaleza exacta de las obligaciones contractuales asumidas por la parte que incumplió cada vez que el deudor haya prometido cierto resultado, y no simplemente sus mayores esfuerzos<sup>(70)</sup>, la mera falta del resultado equivale a un incumplimiento contractual (a menos que haya sido causado por la *force majeure*). Entonces, es suficiente que el tercero demuestre que dicha falta de resultado

le haya causado un daño, sin la necesidad de probar que dicho incumplimiento se debe a la negligencia o culpa del deudor.

Sin lugar a dudas, los tribunales nunca habrían confirmado una solución como tal si la responsabilidad extracontractual objetiva no hubiese sido para entonces una característica común del Derecho francés. Los jueces franceses nunca habían evitado la aplicación de la responsabilidad objetiva e inclusive se habían tomado la libertad de crear, bajo su propia iniciativa, la que es tal vez el más amplio y a la vez diverso régimen de responsabilidad objetiva en el mundo entero, es decir, la *responsabilité du fait des choses* (responsabilidad por las cosas)<sup>(71)</sup>. Y esto, a su vez, probablemente nunca habría ocurrido si ellos, al igual que la doctrina mayoritaria, no hubiesen considerado principalmente a los demandantes como víctimas dignos de reparación.

Por supuesto que esta perspectiva es extremadamente discutible. Esta no considera en absoluto algunas funciones realmente importantes de la responsabilidad, incluyendo la preservación de la libertad de acción de los potenciales demandados. Además, si bien puede decirse mucho a favor de los esfuerzos de los tribunales franceses por ayudar a las víctimas de daños personales, aunque sólo desde una perspectiva moral, actualmente parece que ésta perspectiva pro-victima ha ido demasiado lejos con los jueces pareciendo estar dispuestos a ayudar a todo tipo de

(68) KÖTZ/WAGNER, No. 67; p. 315, WAGNER, Gerhardt, *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrecht*. En ZIMMERMANN, Reinhard (editor), *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrecht*, 2003, p. 236. Como es bien sabido, conforme al § 831 del *bürgerliches Gesetzbuch*, el empleador puede exculparse probando la falta de culpa – posibilidad que no existe en la responsabilidad contractual.

(69) WHITTAKER, (1995), 15 OJLS; p. 327 y siguientes.

(70) Como es bien sabido, en el derecho francés se diferencian las *obligations de résultat*, por las que el deudor se compromete a cierto resultado, de las *obligations de moyens*, por las que él sólo se compromete a hacer su mejor esfuerzo para obtener cierto resultado, véase TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. No. 9; p. 577 y siguientes, BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 342.

(71) Sobre la *responsabilité du fait des choses*, véase, Savaux. No. 52; p. 231 y siguientes, BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 381 y siguientes.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

víctima, sin tener en consideración el tipo de daño que este aqueja.

Cualquiera sea la tendencia de los tribunales franceses, sin embargo, la solución adoptada por la *Assemblée Plénière* en el caso *Myr'ho* no habría sido posible en ausencia de algunas otras particularidades del Derecho francés de las obligaciones.

### 3.2. La omnipresencia de la culpa en el Derecho francés de las obligaciones

Inclusive, si uno tiene en cuenta la actitud pro-víctima de los tribunales franceses, el acogimiento de una regla tan cuestionable como la del caso *Myr'ho* por la *Cour de cassation*, cuyos miembros son en modo alguno abogados principiantes, sigue siendo desconcertante. Por una parte, ¿esto no significa una superación del principio de la relatividad de los efectos contractuales, expresado por el artículo 1165 del Código Civil francés? Como se ha dicho anteriormente, los juristas franceses distinguen entre los efectos “obligacionales” y “fácticos” de un contrato. El principio de relatividad de los efectos contractuales es normalmente entendido como aplicable únicamente a los efectos obligacionales. Los efectos fácticos, por otra parte, pueden referirse a cualquiera, incluidos los terceros. De esta manera, la mayoría de los juristas franceses son de la opinión que la responsabilidad de las partes frente a terceros está referida a los efectos fácticos del contrato, antes que a sus efectos obligacionales<sup>(72)</sup>.

Este análisis no es correcto. La distinción entre los efectos obligacionales y fácticos es una distinción muy útil, aunque, como ha sido recientemente demostrado, la noción de efecto fáctico se ha convertido en un título general bajo el cual diversas reglas han sido reunidas, las mismas que no tienen mucho en común<sup>(73)</sup>. El hecho que los contratos tienen *efectos fácticos*, es decir que su impacto en el sistema jurídico vaya más allá que la simple creación de obligaciones entre las partes, es cierto, pero invocarla como un mantra no provee

ninguna explicación ni justificación a la regla adoptada en el caso *Myr'ho*. Además, esta regla no puede ser desvinculada de los efectos obligacionales del contrato. En la mayoría de casos, cuando se demanda por el resarcimiento de daños ocasionados por el incumplimiento de un contrato, sea por la vía contractual o extracontractual, los demandantes pretenden obtener (parte de) el interés positivo, tal como si se hubiese cumplido el contrato<sup>(74)</sup>. Esto es obvio, por ejemplo, cuando un agente económico plantea una demanda basándose en el incumplimiento de un acuerdo de no competencia firmado entre otros dos agentes económicos. Por supuesto, no hay nada malo en beneficiarse o esperar beneficiarse de los contratos respecto de los que uno no es parte. Sin embargo, un principio básico del Derecho contractual, que el principio de relatividad de los efectos contractuales pretende expresar, es que sólo las partes de un contrato tienen un interés *tutelado* en el cumplimiento del contrato. Por lo tanto ellos son los únicos a los que se les debería permitir reclamar si el contrato no ha producido los beneficios que ellos esperaban.

Uno podría afirmar que la noción del interés positivo no es familiar a los juristas franceses y que ellos no suelen distinguir entre interés positivo y negativo. Aunque, si bien estos conceptos no están presentes en el Derecho francés, las ideas que se encuentran detrás de ellas son, en modo alguno, ajenas al pensamiento jurídico francés<sup>(75)</sup>. El principio básico de acuerdo con el cual los contratos se celebran normalmente en beneficio de las

(72) Véase p. eje., AUBERT, Jean-Louis; , Yvonne FLOUR y Éric SAVAUX. *Droit civil. Les obligations*. 3. *Le rapport d'obligation*, 10ma. edición, 2004; p. 183.

(73) WINTGEN, Robert, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et en droit allemand*, 2004.

(74) ANCEL, RDC, 2007; p. 538 y siguientes.

(75) Se muestra un nuevo interés por esta noción en algunos trabajos recientes, véase por ejemplo, Yves-Marie-LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats*, 2004, p. 108 y siguientes, PRINNA, Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, 2007; p. 54 y siguientes, DESHAYES, Olivier, *L'étendue de la responsabilité du notaire rédacteur d'acte*, RDC, 2008; p. 1181 y siguientes.



## Jean-Sébastien Borghetti

partes, se encuentra sólo al final del principio de relatividad de los efectos contractuales, tal como se encuentra expresado en el artículo 1165 del Código Civil. La pregunta sigue siendo, por lo tanto: ¿cómo pudieron los jueces haberse cegado frente al hecho de que permitiendo a los terceros demandar por la vía extracontractual a las partes del contrato, cuando un incumplimiento contractual era la fuente del daño a los terceros, traían abajo el principio de la relatividad de los efectos del contrato?

A primera impresión, esto marca el triunfo de una doctrina antigua, conocida como la *unité des fautes* (unidad de culpas). De acuerdo con esta doctrina, no hay diferencia de naturaleza entre una culpa en el sentido del artículo 1382 del Código Civil y un incumplimiento contractual<sup>(76)</sup>. Ambos son actos ilícitos, por lo tanto, el agente debe ser responsable. Bajo ésta perspectiva, el incumplimiento contractual es sólo un específico tipo de ilícito y encaja dentro del artículo 1382 del Código Civil. Por lo que, cuando un incumplimiento cause un perjuicio a algún tercero, las tres condiciones básicas requeridas por el artículo 1382 para que la responsabilidad surja (esto es culpa, perjuicio y causa del perjuicio) se cumplen. Obviamente, esta doctrina sólo fue capaz de desarrollarse a partir de una muy amplia concepción de la culpa, la cual es compartida por la mayoría de los juristas franceses, y de acuerdo con la cual la culpa es, más o menos, cualquier desviación conductual del estándar del *bon père de famille*<sup>(77)</sup>. Un *bon père de famille*, como se dice, nunca es negligente y siempre mantiene sus obligaciones contractuales<sup>(78)</sup>.

Mucho puede decirse, y en efecto ha sido dicho, acerca de esta doctrina de la *unité des fautes*<sup>(79)</sup>. No obstante, incluso si fuese aceptada, no sería suficiente para explicar la adopción de la decisión del caso *Myr'ho*. Frente a este caso, juristas de otros sistemas jurídicos también han sostenido que todo incumplimiento contractual debería ser considerado como un acto ilícito, pero nunca han sugerido que dicho acto ilícito

debería ser una fuente de responsabilidad extracontractual frente a *todo* tercero<sup>(80)</sup>. La razón de esto es que, para ellos siempre ha quedado claro que los deberes contractuales no se deben al mundo en general, no obstante su violación puede acarrear responsabilidad extracontractual en cabeza del deudor. Por otro lado, en Francia, la idea de que los deberes que dan lugar a responsabilidad extracontractual solo deben observarse respecto de ciertas personas y no respecto del mundo en general, desafortunadamente no es aceptada<sup>(81)</sup>. De acuerdo con la concepción francesa, un deber extracontractual puede ser invocado por cualquier persona. Esto, por supuesto, hace que el problema de la relación entre incumplimiento contractual y responsabilidad frente a terceros sea mucho más difícil de resolver. No es posible afirmar, como en el Derecho Inglés, que la existencia de un contrato puede adicionalmente imponer en el deudor un deber extracontractual frente a *determinados* terceros. Al respecto, el Derecho francés funciona sobre la base de todo o nada: un deber extracontractual o existe en beneficio de todos, o no existe en absoluto. Por lo que es inevitable que, si una perspectiva extracontractual es tomada para la relación entre incumplimiento y responsabilidad frente a terceros, dicha solución general como la adoptada en el caso *Myr'ho* deba prevalecer.

Sin embargo, ¿por qué este enfoque extracontractual prevaleció? No obstante la doctrina de la *unité des fautes* jugó un papel, los juristas opinan que otra tendencia del pensamiento jurídico francés ha entrado en

(76) Uno de los primeros defensores de la doctrina, y sin lugar a dudas el más famoso, es Planiol; véase PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*, Volumen 2, 2da. edición, 1926; p. 873-877.

(77) Véase SAVAUX. No. 52; p. 98-1, TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. No. 9; p. 701.

(78) LEVENEUR, Laurent, obs. a la Cass. com., 12 de marzo de 1991, *contrats concurrence consommation*, 1991, p. 135, TOSI, Jean-Pierre, *Le manquement contractuel dérelativisé*. En: *Mélanges Michelle Gobert*, 2007; p. 479 y siguientes.

(79) Véase VINEY (p. 2); p. 167 y siguientes.

(80) Véase especialmente JÄGGI, Peter, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenerstanzforderung*, en: *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönberger*, 1968; p. 181-197.

(81) Esta idea es conocida como *relativité aquilienne*: VINEY/Jourdain; p. 15 y 441.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

escena: la sobre extensión del campo contractual a través de la introducción, dentro de diversos contratos, de las denominadas *obligations de securité*<sup>(82)</sup>. Debido a la regla del *non-cumul*, los acreedores no pueden ampararse en las normas de la responsabilidad extracontractual cuando ellos sufren un daño físico durante la ejecución del contrato. Por consiguiente, obligaciones específicas (*obligations de securité*) debían ser incluidas en algunos contratos, por medio de las cuales el deudor se encuentra obligado a cuidar de la seguridad del acreedor. La protección de la integridad corporal, que usualmente es tutelada por la responsabilidad extracontractual en la mayoría de los sistemas jurídicos, de esta forma fue trasladada al campo del Derecho contractual. Como consecuencia, el deber general de cuidado que subyace al artículo 1382 del Código Civil fue introducido en algunos contratos bajo la forma de una *obligation de securité*. Los juristas franceses se acostumbraron a emplear deberes muy generales debidos hacia el mundo entero, expresados como obligaciones contractuales. Cuando el deudor viola dicha *obligation de securité* contractual, simultáneamente viola el deber general de cuidado y de esta forma comete un hecho ilícito frente a terceros en el sentido del artículo 1382 del Código Civil. Por supuesto, esto no es (o al menos no debería ser) válido cuando el deudor viola una obligación que es *meramente* contractual. No obstante, las *obligations de securité* han difundido la idea, a través de los juristas franceses, de que un incumplimiento contractual puede al mismo tiempo constituir un ilícito extracontractual. Por lo tanto, ellas pavimentaron el camino para el acogimiento de la doctrina de la *unité des fautes* por parte de la *Cour de cassation*.

Sin embargo, el remontarse a la génesis de la regla adoptada en el caso *Myr'ho* no equivale a justificarla. Por otra parte, sus efectos potenciales son tales que pueden predecirse con una certeza razonable, de modo que la *Cour de cassation* no tendrá más remedio que alejarse de ella.

### 4. ¿Qué sigue?

Es bastante obvio que la regla establecida en el caso *Myr'ho* es insostenible, al menos en su forma actual (4.1). Menos claros

son los caminos que podrían ser explorados para escapar de esta situación (4.2).

#### 4.1. Cómo sembrar el caos en el mundo contractual, y en otros lugares

Uno se estremece cuando comienza a contemplar todas las consecuencias prácticas que pueden resultar de la aplicación de la regla adoptada en el caso *Myr'ho*. En efecto, existen tantas de ellas que sólo pueden ser mencionadas algunas en este lugar. Por ejemplo, tomándola sin discusión, ésta regla podría tener una enorme significancia en el Derecho comercial. Una empresa enviando una carta de intención, mediante la cual promete al acreedor de una de sus subsidiarias prestar sus mejores esfuerzos para mantener su subsidiaria a flote, incurriría potencialmente en responsabilidad frente a todos los demás acreedores de la subsidiaria en caso de incumplimiento contractual. Esto, desde luego, sería una negación de la finalidad misma de las cartas de intención y demás garantías que ofrecen a algunos acreedores una mejor posición respecto de los demás. Por otra parte, el incumplimiento de un acuerdo de no competencia entre dos agentes económicos en un mercado, podría permitir a todos los demás agentes económicos demandar por los daños y perjuicios para compensar la pérdida, de existir alguna, resultante del incremento de la competencia causado por el incumplimiento. Expertos de todo tipo también harían frente al incremento potencial de responsabilidad, desde que todo incumplimiento contractual frente a un cliente podría implicar una demanda por parte de terceros que habrían confiado en la opinión de los expertos<sup>(83)</sup>. El Derecho de sociedades no permanecería ileso después de todo, en tanto que todo incumplimiento del contrato con la empresa empleadora por parte de su

(82) VINEY y JOURDAIN; p. 15, 499 y siguientes, BELL, John; Sophie BOYRON y Simon WHITTAKER. No. 2; p. 331-332.

(83) Sin embargo, el derecho francés ya adopta una muy generosa actitud frente a los demandantes en este aspecto, véase LE TOURNEAU; p. 4 y 9765.



## Jean-Sébastien Borghetti

director o gerente debería producir un daño a terceros como resultado de dicho incumplimiento, siendo este responsable frente a ellos<sup>(84)</sup>. Esto significaría una abrogación parcial de las reglas tradicionales que establecen que un director o gerente sólo puede ser responsable frente a terceros cuando haya cometido un hecho ilícito fuera del ejercicio propio de sus funciones<sup>(85)</sup>. Además, siempre que una compañía sufra un perjuicio como resultado de un incumplimiento contractual, su filial o subsidiaria podrían demandar que ellas también son afectadas por dicho incumplimiento, como en el caso *Chrysler*. Esta solución debería ser confirmada, sin embargo, esto desafiaría las enraizadas reglas que regulan las demandas de los accionistas<sup>(86)</sup> y crearía un evidente riesgo de ser compensado dos veces por el mismo daño.

Como se desprende del caso *Chrysler*, mantener la regla adoptada en el caso *Myr'ho* implicaría entrar en conflicto también con las soluciones tradicionales aplicables a las demandas de las *victimes par ricochet*. A diferencia de la mayoría de los sistemas jurídicos, el Derecho francés ha sido mucho más generoso al aceptar las demandas de quienes sufren perjuicios, sean materiales o morales, como consecuencia del daño o la muerte de otra persona. No obstante, una manera de contener dichas demandas ha sido permitir al demandado plantear algunas defensas frente al demandante, que podría haber planteado frente a la víctima directa, incluyendo la culpa de la propia víctima<sup>(87)</sup>. Aunque, si el incumplimiento contractual se convierte en una fuente autónoma de responsabilidad frente a terceros, esto significa que cada vez que la víctima inmediata haya sufrido un perjuicio como resultado del incumplimiento contractual, la demanda realizada por la *victime par ricochet* será tratada de manera independiente a la demanda de la víctima inmediata. Un

posible resultado de esta situación sería que, en determinados supuestos en donde las demandas de las víctimas inmediatas fuesen derrotadas o reducidas por la contribución de su negligencia en la producción del daño, la *victime par ricochet* podría obtener una indemnización total de su propio daño.

Desde una perspectiva más general, la regla adoptada en el caso *Myr'ho* logra precisamente el resultado absurdo que las cortes habían tratado de evitar cuando desarrollaron la *action directe*: no obstante no haber pagado ningún precio por el derecho a demandar basados en el incumplimiento contractual, los terceros a menudo tendrán una mejor demanda frente al deudor, que el acreedor mismo, desde que el deudor no podrá plantear frente a los terceros las defensas contractuales que podría haber planteado frente a su acreedor<sup>(88)</sup>. Esto a su vez resume la tendencia de la regla adoptada en el caso *Myr'ho* de frustrar las legítimas expectativas de las partes contractuales<sup>(89)</sup>. El contrato ha sido descrito como un “acto de previsión”<sup>(90)</sup> y, en efecto, eso es lo que debería ser. Es más, el caso *Myr'ho* crea la posibilidad de que una responsabilidad imprevisible e ilimitada surja del incumplimiento contractual, no obstante el artículo 1150 del Código Civil establece expresamente que un deudor deberá ser responsable sólo por los daños que eran previsibles o que podrían haber sido previsibles al momento de la celebración del

(84) Véase también Cass. com., 18 de diciembre del 2007, RTD civ., 2008, p. 297, obs. de Fages, en donde aplica la regla establecida en el caso *Myr'ho* a la violación de un acuerdo de accionistas.

(85) LE TOURNEAU (p. 4); p. 4999 y siguientes

(86) LE TOURNEAU (p. 4); p. 5325.

(87) VINEY y JOURDAIN (p. 15); p. 321 y siguientes

(88) Esta es por lo menos la opinión tradicional de la doctrina francesa sobre el tema en cuestión: Véase p. eje. ANCEL, RDC, 2007, p. 538 y siguientes, 544. Sin embargo, uno podría argumentar que si el tercero se ampara en el contrato, él debería tomar el contrato tal cual es, es decir con todas las cláusulas que este contiene, incluyendo aquellas que limitan la responsabilidad del deudor, véase Carval; p. 56 y 241.

(89) JACQUES, Philippe, *Einstein à la Cour de cassation: la relativité de la théorie*, RDC, 2007; p. 569 y siguientes.

(90) LÉCUYER, Hervé, *Le contrat, acte de prévision*, en: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999; p. 643 y siguientes.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

contrato<sup>(91)</sup>. Esto por sí solo es suficiente para demostrar, si es necesario, cuán absurda es la regla adoptada en el caso *Myr'ho*. Pero ¿cuáles son las vías para salir de ella?

### 4.2. Encontrando una vía de escape

La mayoría de los juristas franceses están de acuerdo en que la regla adoptada en el caso *Myr'ho*, en su versión amplia, es insostenible. Dado a los problemas prácticos que crea, algunos de los cuales han sido mencionados anteriormente, la *Cour de cassation* no tendrá otra elección que retractarse de su posición extrema adoptada recientemente. Pero, ¿cómo lo hará? Una vuelta en “U” es desde luego una opción. Teóricamente al menos, la *Cour de cassation* podría retornar a la solución tradicional, confirmada por la Cámara Comercial desde el 2006, de acuerdo con la cual un incumplimiento es fuente de responsabilidad frente a terceros sólo cuando esta constituye al mismo tiempo una violación del deber general de cuidado, o cuando los terceros pueden ampararse en la *stipulation pour autrui* o en la *action directe*. No obstante, dicha solución parece bastante improbable, aunque sea sólo por que requeriría al menos un reconocimiento por parte de la *Cour de cassation* de haber cometido un error, algo que los jueces superiores no admiten tan fácilmente como la gente ordinaria. Por lo tanto, diversas soluciones deben ser contempladas o sugeridas, de manera que traten de llegar a una conciliación entre la reciente postura de la *Cour de cassation* y las normas tradicionales del Derecho francés (4.1.1). Desde ahora, somos de la opinión de que lo que se pide, desde un punto de vista ideal, de todas formas, es nada menos que una revaloración de algunos principios arraigados en el Derecho francés (4.1.2).

#### 4.2.1. Aventurándose fuera del caso *Myr'ho*

Una salida del punto muerto constituido por el caso *Myr'ho* es sugerido por el *Avant-projet de réforme du droit des*

*obligations et de la prescription* elaborado en el 2005 bajo la dirección del profesor Pierre Catala<sup>(92)</sup>. El artículo 1342 del Proyecto establece que, cuando un incumplimiento de una obligación sea la causa directa del daño padecido por un tercero, este último puede demandar al deudor por el resarcimiento de los daños basándose en cualquiera de los dos fundamentos: sea en las reglas de la responsabilidad contractual, en cuyo caso el tercero es sometido a todos los límites y condiciones que afectan al acreedor en lo que respecta a la obtención del resarcimiento del daño; sea en las reglas de la responsabilidad extracontractual, pero bajo la condición de que el tercero pruebe entonces, uno de los eventos que dan lugar a responsabilidad extracontractual, previsto por la ley<sup>(93)</sup>. Esta solución trata de reconciliar la conservación de las reglas tradicionales de la responsabilidad extracontractual con el deseo de proteger a los terceros, permitiéndoles accionar en caso de incumplimiento. Esto neutraliza una de las consecuencias absurdas, anteriormente mencionadas, de la regla *Myr'ho*, previniendo que los terceros tengan una mejor pretensión que el acreedor mismo – al menos cuando el deudor no haya sido negligente. Sin embargo, respetuosamente se sugiere que el Proyecto Catala es, bajo este aspecto, totalmente inadecuado, desde que pretende confirmar lo que no debería haber ocurrido en primer lugar, por ejemplo, la facultad de todo tercero de accionar basándose directamente en el

(91) “Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée”. Sin embargo, este artículo sólo es aplicable a las acciones contractuales.

(92) El texto completo del *Avant-Projet*, junto con una traducción al inglés realizada por John Cartwright y Simon Whittaker, así como contribuciones analizando sus diferentes aspectos, puede ser consultado en CARTWRIGHT, John; Stefan VOGENAUER y Simon WHITTAKER (editores), *Reforming the french law of obligations*, 2009. El *Avant-Projet* fue elaborado antes de que la *Cour de cassation* pronunciase la decisión del caso *Myr'ho*, sin embargo ya por entonces la divergencia entre la Primera cámara civil y la Cámara comercial era obvia y los redactores no tuvieron otra opción que derivar el problema que más tarde trataría de resolver la *Assemblée Plénière*.

(93) Sobre esta disposición, véase MAZZEAUD, Denis, *Contracts and third parties in the Avant-projet de réforme*, y VOGENAUER, Stefan, *The effects of contract son third parties: the Avant-projet de réforme in a comparative perspectiva*, en CARTWRIGHT, VOGENAUER y WHITTAKER (p. 93), p. 207 y siguientes, y p. 235 y siguientes.





## Jean-Sébastien Borghetti

incumplimiento y, de esta forma, demandando por los daños y perjuicios causados por la vulneración de un interés positivo, lo cual no debería ser tutelado por el Derecho. En todo caso, queda claro que el *Avant-Projet* nunca será ley en sí misma. Además, la probabilidad de que la solución sugerida por este sea confirmada por un futuro proyecto es muy baja. Por lo tanto, uno puede buscar otra solución para el problema creado por el caso *Myr'ho*<sup>(94)</sup>.

En este lugar, no es posible mencionar todas las soluciones que la doctrina ha sugerido. No obstante, puede decirse que ella se desarrolla básicamente en dos direcciones. La primera opción establece una distinción entre los diferentes tipos de obligaciones contractuales. Por un lado, existirían obligaciones contractuales puras, es decir que ellas podrían ser invocadas sólo por las partes del contrato mismas y que terceros no podrían accionar basados en el incumplimiento de tal obligación contractual pura. Por otra parte, las obligaciones contractuales restantes no deberían ser consideradas como puramente contractuales, sino más bien como deberes generales, es decir que su violación podría fundamentar una acción por parte de cualquier persona que sufra un daño, incluyendo terceros<sup>(95)</sup>. Sin embargo, como ha sido indicado, dicha distinción es muy difícil de realizar en la práctica<sup>(96)</sup> y no presenta muchos partidarios.

Por lo tanto, otra vía ha sido sugerida, la cual, de hecho, coincide en cierta medida con la anterior. Algunos autores afirman que debería hacerse una distinción entre obligaciones que han sido incluidas en el contrato para el único beneficio del acreedor, y obligaciones que además pretenden proteger el interés de ciertos terceros. Mientras que sólo el acreedor podría accionar cuando el deudor incumpla una obligación del primer tipo, el "tercero protegido" también podría hacerlo cuando una obligación del segundo tipo haya sido incumplida<sup>(97)</sup>.

Dicha solución tiene cierta semejanza con el mecanismo del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter alemán*,

el cual recientemente ha atraído alguna atención en Francia<sup>(98)</sup>. La idea detrás de este mecanismo es precisamente la que algunos juristas franceses querían haber realizado: determinadas personas, en tanto que no son partes contractuales, sin embargo, se encuentran en tal proximidad respecto a ellas que ameritan un tratamiento especial si el contrato resulta incumplido y esto les causa daños. Ciertamente, la fuerza motriz principal detrás del desarrollo del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* en el Derecho alemán está ausente en el Derecho francés, a saber la específica deficiencia del sistema de responsabilidad extracontractual alemán, y especialmente las normas de la responsabilidad vicaria. Sin embargo, el hecho es que muchos juristas franceses están buscando precisamente dicho instrumento, el cual extendería una acción basada en un incumplimiento contractual a determinados terceros, pero no a todos. Además, el *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* brinda al tercero escogido una acción contractual, que es una mejor solución, al menos en el Derecho francés, que una acción extracontractual, desde que impide que dichos terceros reciban un mejor tratamiento que el acreedor contractual mismo.

No obstante, al mismo tiempo, el actual campo de aplicación del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* en el Derecho alemán y la prudencia de los tribunales alemanes cuando manejan este mecanismo, están en contradicción con el amplio número de casos en los que muchos tribunales franceses probablemente estarían dispuestos a permitir que terceros sean amparados directamente en

(94) Sin embargo, la solución contractual aún es defendida por la doctrina: véase p. eje. ANCEL, RDC, 2007; p. 538 y siguientes, VINEY, D., 2006; p. 2825 y siguientes.

(95) Véase p. eje. JOURDAIN, Patrice, RTD civ., 2005; p. 602, VINEY, Geneviève, JCP G., 2003, I, p. 152. Véase también la posición de STOFFEL-MUNCK, Philippe. *La relativité de la faute contractuelle*, RDC, 2007; p. 587 y siguientes.

(96) ANCEL, RDC, 2007, p. 538 y siguientes, 547, VINEY, D., 2006, p. 2825 y siguientes, quienes cambiaron sus posturas iniciales.

(97) Véase por ejemplo ASSIÉ (p. 58) *in fine*, CARVAL (p. 56); p. 9.

(98) ANCEL, Pascal, *Le contrat avec effet protecteur pour les tiers*, RDC, 2004; p. 417 y siguientes.

## Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés. ¿Cómo salir del punto muerto?

el incumplimiento del contrato, incluso si se alejan de la actual solución adoptada en el caso Myr'ho. Los criterios establecidos por la jurisprudencia alemana son demasiado restrictivos desde este punto de vista<sup>(99)</sup>. Si el Derecho francés fuera a buscar alguna inspiración en el Derecho alemán, tendría, por lo tanto, que idear su propio criterio para identificar aquellos terceros interesados que podrían ampararse directamente en el incumplimiento. Pero desde luego, definir este criterio es el gran problema que los tribunales franceses no fueron capaces de resolver cuando trataron de extender el campo de aplicación de las *actions directes*. Y no es seguro si podría resolverse mejor en la actualidad.

Prescindiendo de esta dificultad, uno podría realmente preguntarse si el introducir un mecanismo nuevo, como el *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, sea el camino correcto para salir del punto muerto que dio como resultado el caso Myr'ho. Como se ha visto, este caso es sólo el resultado final de algunas tendencias profundamente arraigadas en el Derecho francés. Lo ideal sería que uno tenga que cuestionar estas tendencias, antes que simplemente eliminar la mayoría de los síntomas molestos de los problemas que ellos generan.

### 4.2.2. Reformar el Derecho francés de las obligaciones

Como se ha dicho anteriormente, la regla adoptada en el caso Myr'ho puede ser vista como el resultado de por lo menos dos diferentes tendencias presentes en el Derecho de obligaciones francés: un gusto por reglas de carácter muy general en el Derecho de la responsabilidad civil y una expansión del Derecho contractual, especialmente a través de la introducción de las *obligations de sécurité*. Estas tendencias han sido

severamente criticadas por alguno de los más eruditos y perspicaces juristas franceses<sup>(100)</sup>, sin embargo, ellos están tan atrincherados en el pensamiento jurídico francés que liberarse de ello podría parecer imposible. Una reforma legislativa del Derecho de obligaciones francés está en marcha, sin embargo, y aunque no se espera ninguna revolución, puede que haya llegado el momento para algunos cambios sustanciales<sup>(101)</sup>.

En realidad, en lo que respecta al Derecho de la responsabilidad extracontractual, dejar de lado la *clausula generalis* del artículo 1382 del Código Civil no se sugiere ni mucho menos es deseable, al menos desde una perspectiva francesa. Uno podría querer introducir la idea de que ciertos deberes extracontractuales, en vez del general deber de diligencia y cuidado, son debidos únicamente a ciertas personas y que sólo ellas deberían poder ampararse en dichos deberes para accionar en caso estos sean violados. Desafortunadamente, esta idea no encuentra mucho respaldo entre los juristas franceses y su aprobación por parte del legislador o por los tribunales parece más bien improbable<sup>(102)</sup>.

No obstante, lo que se podría hacer es eliminar la responsabilidad por cosas, que ha sido desarrollada a partir del artículo

(99) Sobre las condiciones para la aplicación del *Vertrag mit Schutzwirkung für dritte*, véase GOTTWALD, Peter, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volumen II, 5ta. edición, 2007, § 328, p. 106 y siguientes, MEDICUS, DIETER, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 14ta. edición, 2003; p. 773 y siguientes.

(100) Véase especialmente REMY, Philippe, *Critique du système français de responsabilité, Droit et cultures*, 1996; p. 31, 31-49, REMY, Philippe, *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*, RTD civ., 1997; p. 323-355.

(101) La reforma del derecho de obligaciones francés se ha tornado en un tema candente desde la publicación del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. En la actualidad es bastante claro que el *Avant-projet* tal cual nunca se convertirá en una propuesta legislativa, sin embargo esta ha sido una incitación para el Ministerio de Justicia francés para abordar el tema de la reforma del derecho de obligaciones. En el 2008 se votó por la reforma del régimen prescriptorio (*cf.* p. 39) y el Ministerio se encuentra ahora trabajando en la reforma del derecho contractual (una discusión sobre esto último puede encontrarse en RDC, 2009; p. 265 y siguientes) A esto le debería seguir una reforma del derecho de la responsabilidad civil extracontractual. El *Avant-projet* también ha motivado a algunos juristas realizar otra propuesta: Terré, François (editor), *Pour une réforme du droit des contrats*, 2008, y *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, 2010.

(102) Para algunas reflexiones en torno a la concepción francesa de la culpa, véase BORGHETTI, Jean-Sébastien, *The definition of la faute in the Avant-projet de réforme*, en: CARTWRIGHT, VOGENAUER y WHITTAKER; p. 93, 271 y siguientes.



## Jean-Sébastien Borghetti

1384 primer párrafo del Código Civil. Como ha sido demostrado en otro lugar<sup>(103)</sup>, este régimen tiene muy poca relevancia práctica en el Derecho actual. Su impacto en la entera estructura del Derecho de obligaciones francés es importante, aunque es la amplitud y existencia misma de este régimen lo que determinó que los tribunales franceses adoptasen la regla del *non-cumul* en la década de 1930; y esta regla, a su vez, llevó a la multiplicación de las *obligations de sécurité* y a la expansión del contrato<sup>(104)</sup>. La eliminación de la *responsabilité du fait des choses*, se sugiere, permitiría al Derecho francés dejar de lado la regla del *non-cumul*, por lo menos en su forma actual. De esta forma las partes del contrato podrían ampararse en las reglas ordinarias de la responsabilidad extracontractual cuando la ejecución de un contrato produzca la muerte o daños físicos. La mayoría de las *obligations de sécurité* entonces serían inútiles y desaparecerían. Esto, a su vez, permitiría una reducción de la finalidad del contrato. Los contratos ya no incorporarían deberes generales de cuidado encarnados en las *obligations de sécurité*. Ellas dejarían de ser usadas como un instrumento para la protección de intereses fundamentales de los contratantes y regresarían en cambio a su

función original, es decir, proveer al acreedor de un interés protegido que de otro modo no tendría<sup>(105)</sup>. De ocurrir ello así, la regla adoptada en el caso *Myr'ho* aparecería con mayor claridad como lo que realmente es, es decir una violación del principio de relatividad del contrato y de las legítimas expectativas de las partes, además los tribunales y los juristas franceses probablemente estarían menos tentados a considerar que todo incumplimiento es además una fuente de responsabilidad frente a terceros<sup>(106)</sup>.

*Myr'ho* es en realidad un síntoma que da a entender que algo ha salido mal en algún punto del camino del Derecho francés en la comprensión de la relación entre contrato y responsabilidad extracontractual. El caso debería ser, por lo tanto, visto como una ocasión para que los juristas franceses cuestionen los principios arraigados. Deshacerse de la responsabilidad por cosas y de la regla del *non-cumul* podría constituir el primer paso afuera de esta desafortunada tendencia del Derecho francés de seguir las generales y amplias normas del campo del Derecho de las obligaciones, y especialmente del Derecho de la responsabilidad extracontractual, lo que hace muy difícil su adaptación a la gran variedad de circunstancias en las que estas normas se aplican. De no seguirse este camino, no hay duda de que la *Cour de Cassation* encontrará, sin embargo, una vía para alejarse de la trampa constituida por el caso *Myr'ho* y tratará de evitar las más molestas consecuencias de la regla establecida en dicho caso. Pero, si uno no quiere que el mismo problema surja de nuevo en el futuro cercano, uno debería combatir las causas que han ocasionado la enfermedad, no sólo los síntomas. (106)

(103) BORGHETTI, Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, RTD civ., 2010; p. 1 y siguientes.

(104) Los juristas extranjeros parecen haber tenido una mejor perspectiva de este proceso que los mismos franceses: véase p. eje. Schlechtriem, Peter, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, 1972, p. 68, Weir, Tony, *International encyclopaedia of comparative law*, Volumen XI, *Torts*, Ch. 12 (*Complex liabilities*), p. 12-54, Whittaker, (1995), 15 OJLS; p. 327 y siguientes, 333 y siguientes.

(105) WEIR Óp. cit.; p. 105.

(106) El argumento en este párrafo es adicionalmente explicado y desarrollado en BORGHETTI.