

# A PROPÓSITO DE LA NEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA FRANCESA RECIENTE

*Christian Larroumet\**

## RESUMEN

La responsabilidad contractual no ha estado exenta de debate doctrinal en Francia. Algunos autores prefieren la expresión cumplimiento por equivalencia o remedios en caso de incumplimiento. Otros se interrogan acerca del fin de la responsabilidad contractual. Las reglas de la supuesta responsabilidad contractual no habrían tenido por objetivo la reparación, sino el simple pago en dinero del crédito insatisfecho. Esta crítica sorprendente no es novedosa. Además, dista de ser convincente, pues el Derecho Positivo francés justifica una defensa de la responsabilidad contractual.

## 1

No existiría la responsabilidad contractual<sup>1</sup>. Sería hasta un concepto falso<sup>2</sup>. Es la concepción de una doctrina reciente de algunos autores franceses. Es verdad que tal idea no parece novedosa; lo que parece más original es el resurgimiento de esta doctrina en nuestra época. Este resurgimiento tiene dos causas.

La primera es la complejidad cada vez mayor del derecho de la responsabilidad, su sutilidad y, más especialmente, las diferencias de tratamiento de los acreedores contractuales y de los terceros cuando el incumplimiento de una obligación contractual es la fuente de daños padecidos tanto por los acreedores, en virtud del contrato, como los terceros cuando tienen un vín-

\* Catedrático de la Universidad Panthéon-Assas, París.

<sup>1</sup> Philippe LE TOURNEAU y Loïc CADIEI, *Droit de la responsabilité et des contrats*, N° 6, 2000, p. 803 y s.

<sup>2</sup> Philippe RÉMY, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 323 y ss.

culo con el contrato. En efecto, la responsabilidad sería contractual con respecto a los acreedores y extracontractual con relación a los terceros.

La segunda causa de la negación de la responsabilidad contractual es la ampliación del contenido del contrato por la multiplicación de las obligaciones imperativas de seguridad, de información y de consejo, con fundamento en el artículo 1.135 del *Código Civil* francés<sup>3</sup>. La consecuencia es que el incumplimiento de estas obligaciones es sancionado por la responsabilidad contractual del deudor.

Para terminar con el mal que constituiría la existencia de una falsa responsabilidad contractual se deberían suprimir las causas de este defecto. Por una parte, sería necesario limitar la sanción del incumplimiento de una obligación contractual con un cumplimiento por equivalencia, cuyo objetivo sería el pago de una cantidad de dinero, en lugar del cumplimiento previsto por las partes en el contrato. Tal sanción no supone la prueba del daño. Por otra parte, cuando el incumplimiento imputable al deudor es al mismo tiempo la fuente de un daño al acreedor, es la responsabilidad extracontractual la que debería permitir el resarcimiento de este daño, sin necesidad de distinguir si el daño ha sido sufrido por el acreedor o por un tercero. De esta manera se pondrían límites al contenido del contrato; el cual correspondería solamente al intercambio económico entre las partes y desaparecerían todas las obligaciones de seguridad, de consejo y de información que fueron creadas por los jueces. Así se suprimiría una de las causas del desarreglo del Derecho Positivo. Además, se tratarían de la misma manera las partes en el contrato y los terceros, suprimiéndose también la segunda causa de la existencia del falso concepto de la responsabilidad contractual.

## 2

Debemos interrogarnos si tal concepción de los remedios al incumplimiento de una obligación contractual es satisfactoria para permitir de una manera coherente el resarcimiento de los daños en el caso de incumplimiento de la obligación. Este incumplimiento de parte del deudor es la fuente de daños para el acreedor y, llegado el caso, para los terceros. Es este daño el que requiere resarcimiento. La cuestión es saber cómo la responsabilidad extra-

<sup>3</sup> El artículo 1.135 afirma que el contrato "no solo obliga a lo que es expresado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley otorgan a la obligación por motivo de su naturaleza". El artículo 1.135 del *Código Civil* francés es parecido al artículo 1.603 del *Código Civil* colombiano y al artículo 1.546 del *Código Civil* chileno.

contractual prevista en los artículos 1.382 y siguientes del *Código Civil* francés puede permitir el resarcimiento con exclusión de la falsa responsabilidad contractual, cuyo objetivo sería solamente el cumplimiento por equivalencia de la obligación, la cual no podría ser cumplida de la manera prevista por las partes en el contrato. Esa solución podría ser admitida bajo condición que la distinción entre el cumplimiento por equivalencia y el resarcimiento del daño fuese posible; sin embargo, esa distinción no parece viable. ¿Dónde están los límites del cumplimiento por equivalencia y dónde comienza el resarcimiento del daño? Nadie puede saberlo y muchas teorías fueron elaboradas en el pasado<sup>4</sup>. Otras podrían ser elaboradas en el futuro sin permitir determinar de una manera segura la frontera entre el cumplimiento por equivalencia y el resarcimiento del daño. En realidad, la distinción entre los dos mecanismos es pura ilusión. Esa distinción pretende instaurar claridad y simplificar cuando en realidad significaría, una vez admitida en el Derecho Positivo, una causa de desarreglo y una complicación inútil. Contrariamente a la doctrina que se pretende modernista, pero que, en realidad, es una doctrina del pasado, se debe afirmar que el descubrimiento de la responsabilidad contractual fue un progreso de la civilización jurídica.

## 3

Es cierto que los redactores del *Código Civil* francés no concibieron el incumplimiento de una obligación contractual como un hecho generador de responsabilidad civil. No hay duda que la única responsabilidad que concibieron fue la extracontractual del artículo 1.382 y ss., parecidos al artículo 2.341 y ss. del *Código Civil* colombiano, inspirados en el artículo 2.314 y ss. del *Código de Bello*. El título de la sección IV del capítulo III del *Código* francés relativo al efecto de las obligaciones contractuales es "daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación"<sup>5</sup>. Estos términos no son equivalentes al concepto de responsabilidad civil porque, para los redactores del *Código Civil*, los daños y perjuicios no son inherentes a este concep-

<sup>4</sup> Por ejemplo, la distinción de Pothier —desde otro punto de vista— entre los daños y perjuicios intrínsecos y extrínsecos. Sobre esa distinción véase RÉMY (n. 2), N° 41 y 42; Eric SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle", en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 1 y ss.

<sup>5</sup> Se trata únicamente de la obligación contractual, ya que los artículos 1.146 y ss. se encuentran en el título III relativo a las obligaciones contractuales, en oposición con "los compromisos que no resultan de una convención" (título IV, art. 1.370 y s.), o sea, como lo sabemos, los cuasicontratos y la responsabilidad extracontractual.

to<sup>6</sup>. Es a fines del siglo XIX que la doctrina francesa comenzó a utilizar los términos *responsabilidad en materia contractual* o *responsabilidad por incumplimiento del contrato*. Ahora sabemos que esa expresión tuvo un éxito enorme no solamente en Francia sino, también, en otros sistemas jurídicos que pertenecen a la misma familia que el Derecho francés<sup>7</sup>.

## 4

La responsabilidad contractual constituye, de este modo, una sanción, entre otras, del incumplimiento de la obligación que está a cargo del deudor. De la misma manera que la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad contractual requiere la prueba de un daño originado por el incumplimiento de la obligación. En principio, la doctrina como los fallos, no admiten la condena a pagar perjuicios en materia contractual sin la prueba de un daño<sup>8</sup>. Hay una excepción a la necesidad de la prueba del daño: solamente

<sup>6</sup> Tampoco se encuentra en el *Código* francés la palabra "cumplimiento por equivalencia de la obligación contractual". Las palabras utilizadas son bastante neutras por haber permitido la emergencia de un concepto de responsabilidad contractual. Además, la palabra "cumplimiento por equivalencia" no tiene ninguna significación particular.

<sup>7</sup> En otros sistemas jurídicos, que pertenecen a la misma familia que el Derecho francés y más especialmente en América Latina, la doctrina y los fallos, más bien, oponen la responsabilidad contractual a la extracontractual, mientras que en Francia se habla, sobre todo, de responsabilidad delictual para definir la extracontractual. La razón de hablar de responsabilidad extracontractual puede ser que no está siempre fundada sobre la culpa. En efecto, los términos de responsabilidad delictual corresponden a una responsabilidad que tiene el dolo como base de la obligación de resarcimiento.

<sup>8</sup> Entre otros fallos recientes, véase Corte de casación, 1ª sala civil, 16 de enero de 2001, en RJDA, 2001, N° 1033, a propósito de un fiador que no puede obtener una condena a daños y perjuicios sin probar la existencia de un daño; Corte de casación, 1ª sala civil, 26 de febrero de 2002, en RJDA, 2002, N° 730, *Petites Affiches*, 18 de noviembre de 2002, p. 10, fallo que afirma el principio de la necesidad de la prueba por el acreedor de la existencia de un daño y de su valoración para condenar al deudor a pagar daños y perjuicios; Corte de casación, 1ª sala civil, 25 de junio de 2002, en JCP, 2002, IV, 2421, fallo que rechaza la condena del deudor a pagar daños y perjuicios por motivo de la falta de daño; Corte de casación, 1ª sala civil, 13 de noviembre de 2002, en *Contrats, concurrence et consommation*, 2002, N° 52 con observaciones de L. Leveneur; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 98, con observaciones de P. Jourdain, a propósito del incumplimiento de su obligación de información por un médico, el cual no tiene que pagar una indemnización al paciente si este no prueba un daño; sin embargo, en un fallo del 30 de enero de 2002, la 3ª sala civil de la Corte de casación, en JCP, 2002, I, 186, N° 7, con observaciones de G. Viney; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 816, con observaciones de P. Jourdain; *Dalloz*, 2003, 458, con observaciones de D. Mazeaud; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, 321, con observaciones

cuando ha sido estipulada una cláusula penal, porque tal estipulación constituye una valoración anticipada del daño en caso de incumplimiento de la obligación. En otros casos, el daño es una necesidad mientras que, en materia de cumplimiento forzoso de la obligación, por vía de apremio o de resolución del contrato, no es necesario probar un daño. Eso parece lógico porque no hay responsabilidad civil sin daño; sin embargo, los autores que deniegan la existencia de la responsabilidad contractual consideran que el daño no es un requisito de la condenación a los daños y perjuicios. Porque éstos constituyen un cumplimiento por equivalencia de la obligación tienen que corresponder exactamente al importe de la obligación que no fue cumplida. ¿Entonces cómo concebir el artículo 1.149 del *Código Civil*? En efecto, este artículo enuncia que los daños y perjuicios tienen que corresponder al *damnum emergens* y al *lucrum cessans*. En virtud de la tesis de la inexistencia de la responsabilidad contractual, el artículo 1.149 sería una disposición propia a la valoración de los daños y perjuicios y no tendría nada que ver con la existencia de un daño<sup>9</sup>. Una opinión al respecto no tiene sentido. ¿Cómo se podría evaluar un elemento que no existe? Los daños y perjuicios deben corresponder al daño padecido en sus varios elementos, sea la pérdida experimentada y el lucro cesante. No hay pérdida experimentada y tampoco lucro cesante si el daño no existe. En esa situación, no se necesita valoración; más aún cuando en materia de responsabilidad extracontractual no hay ninguna disposición del *Código Civil* o de las leyes relativas al daño y a su valoración; los jueces, entonces, aplican a la responsabilidad extracontractual el artículo 1.149 del *Código Civil*. En esa medida, es la revelación de la unidad del concepto de resarcimiento de los daños tanto en materia contractual como en materia extracontractual, pues la responsabilidad contractual en esa situación sirve de modelo a la responsabilidad extracontractual, mientras que la doctrina hostil a la responsabilidad contractual pretende que siempre la extracontractual le sirva de modelo a la contractual.

de PY Gautier; *Dalloz*, 2002, 2288, con observaciones de J.L. Elhoueis, decidió que el arrendador puede obtener daños y perjuicios de parte del arrendatario en el caso de falta de incumplimiento de parte del arrendatario de su obligación relativa a las reparaciones de la cosa arrendada, incluso cuando no hay daño, por motivo de la destrucción por el dueño de la cosa para reconstruirla. Con todo, este último fallo no corresponde a la posición de la jurisprudencia.

<sup>9</sup> Véase SAVALUX (n° 4), N° 32 y 33.

Los redactores del *Código Civil* elaboraron, en realidad, los principios de la responsabilidad contractual sin tener la conciencia de hacerlo. Además, la idea de responsabilidad civil no apareció en el *Código*<sup>10</sup> y *a fortiori* no se pudo concebir la unidad de la responsabilidad civil en sus dos aspectos: la contractual y la extracontractual; sin embargo, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, los redactores del *Código* han dictado los tres requisitos de la responsabilidad civil: el hecho generador de la obligación de resarcimiento, el daño y el nexo causal entre ambos. Esto es efectivo en el artículo 1.382 y también en materia de responsabilidad contractual. En efecto, el artículo 1.147 trata del hecho imputable al deudor, ya sea del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento de la obligación. Como sabemos, es el artículo 1.149 que trata del daño en sus varios elementos, no solamente en cuanto a su valoración sino, también, a su existencia. En cambio, el artículo 1.148 trata del nexo causal entre el hecho generador y el daño en la medida en que esta disposición dicta que no hay resarcimiento del daño en presencia de un caso de fuerza mayor; la cual no tiene como efecto hacer desaparecer el hecho generador imputable al deudor ni tampoco su índole culpable. En realidad, la fuerza mayor hace desaparecer el nexo causal entre el incumplimiento por el deudor y el daño. El incumplimiento no es contestable, pero no puede ser imputable al deudor, porque éste fue sometido a un acontecimiento contra el cual no pudo hacer nada<sup>11</sup>.

Fue la obra de la doctrina, a partir de fines del siglo XIX de vincular, por una parte, las disposiciones de los artículos 1.382 y ss. del *Código Civil* y, por

<sup>10</sup> Los artículos 1.382 y ss. del *Código francés* están incluidos en un capítulo llamado "a propósito de los delitos y cuasidelitos". No se trata de responsabilidad civil ni tampoco de responsabilidad delictiva en el *Código francés*.

<sup>11</sup> Para la mayoría de los autores en Francia, la fuerza mayor y, de manera general, la causal de exoneración no imputable al deudor hace desaparecer la culpa y de eso resultaría que la prueba de una causal de exoneración sería equivalente a la prueba de ausencia de culpa. Esta opinión es falsa. En realidad, la prueba de una causal de exoneración tanto en materia de responsabilidad contractual como en materia de responsabilidad extracontractual destruye el nexo causal entre un hecho no imputable al deudor o el responsable y el daño. Eso no tiene nada que ver con la prueba de la ausencia de culpa, la cual exige una apreciación del comportamiento del deudor, de tal manera que se pueda considerar que éste actuó como debía hacerlo.

otra, las de los artículos 1.147 hasta 1.149, de tal manera que se puedan ver dos aspectos de la responsabilidad civil. Es claro que se discutió el problema de saber si había dos responsabilidades distintas o dos variantes del mismo concepto. Es una cuestión teórica que no tiene mucho interés desde un punto de vista práctico; no obstante, del punto de vista de la lógica y de la coherencia del sistema de responsabilidad civil, parece correcto considerar que el hecho generador de la responsabilidad contractual es el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación generada por el contrato, de la misma manera que el hecho generador de la obligación de reparación en materia extracontractual es el hecho imputable a la persona que lo ha cometido. Así se impone la unidad de la responsabilidad.

Los autores que niegan la existencia de la responsabilidad contractual pretenden que tal concepción es falsa, porque la obligación de pagar los daños y perjuicios nace del contrato mismo y no del incumplimiento de la obligación generada por el contrato. Tal es para ellos la significación del cumplimiento por equivalencia. Se trata de sustituir un pago de dinero al cumplimiento de la obligación misma prevista por el contrato. El dinero reemplaza la prestación, la entrega de la cosa o la abstención puesta a cargo del deudor que no se abstuvo; sin embargo, de esa sustitución no se deduce que la deuda de daños y perjuicios sea generada por el contrato. No es coetánea del contrato porque se necesita un incumplimiento; es el incumplimiento que realiza la sustitución y, por consiguiente, constituye el hecho generador de los daños y perjuicios cuando el acreedor no elige el cumplimiento forzoso de la obligación misma ni tampoco la resolución del contrato<sup>12</sup>.

La noción de cumplimiento por equivalencia no incluye, en el momento de la celebración del contrato, la posibilidad para el acreedor de escoger entre el cumplimiento forzoso de la obligación misma prevista en el contrato y el cumplimiento por equivalencia. Este último sólo procede en el caso de incumplimiento, lo que no depende de la voluntad del acreedor, sino del comportamiento del deudor, pues éste no ha cumplido normalmente la obligación misma. No se puede tratar de una obligación alternativa a elección del deudor (art. 1.189 y s. del *Código Civil*), ya que el acreedor no ha consentido ninguna elección a favor del deudor entre las dos maneras de cumplir. El cumplimiento por equivalencia no está *in obligatione*. Tampoco el cumplimiento por equivalencia constituye la realización de una condición, en el sentido de que haya cumplimiento por equivalencia bajo condición de la falta de ejecución voluntaria de parte del deudor. Esa explicación sería muy

<sup>12</sup> La resolución puede ser otorgada con daños y perjuicios que tienen como objetivo el resarcimiento del daño generado por la desaparición del contrato. El hecho generador de estos daños y perjuicios es también el incumplimiento imputable al deudor.

artificial y, además, la condición tácita sería puramente potestativa, porque su realización dependería de la sola voluntad del deudor. En realidad, es el incumplimiento la fuente de los daños y perjuicios y no sirve para nada afirmar que hay un cumplimiento por equivalencia y no una responsabilidad civil, puesto que siempre se necesitará un incumplimiento de la obligación, generada por el contrato para permitir al acreedor recurrir al cumplimiento por equivalencia. Este requiere, como lo sabemos, un daño cuyo acaecimiento debè ser imputable al deudor. En otros términos, el cumplimiento por equivalencia constituye la responsabilidad contractual.

## 7

Otra cuestión es saber si el cumplimiento por equivalencia pueda ser considerado como una aplicación del principio: el deudor responde con todos sus bienes del cumplimiento de las obligaciones. Este principio está consagrado en el artículo 2.092 del *Código Civil* francés, equivalente al artículo 2.465 del *Código Civil* chileno y al artículo 2.488 del *Código Civil* colombiano. Resultaría de este texto que, cuando el acreedor no obtuvo el cumplimiento de la obligación misma generada por el contrato, podría perseguir la ejecución sobre todos los bienes del deudor para obtener un cumplimiento por equivalencia; sin embargo, eso no sería conveniente porque el derecho de perseguir la ejecución sobre todos los bienes del deudor no es propio de los acreedores contractuales<sup>13</sup>. Cada acreedor, tanto en virtud de un contrato como de un hecho jurídico, tiene derecho sobre todos los bienes del deudor, porque el artículo 2.092 del *Código Civil* quiere decir que el acreedor tiene el derecho de embargar cualquier bien del deudor, venderlo y obtener el pago con el precio de venta del mismo. Eso no tiene nada que ver con la conversión de la obligación en un importe de dinero. El derecho de prenda general de los acreedores concierne solamente a la amplitud de la garantía del acreedor y no al cumplimiento por equivalencia.

## 8

Para la doctrina que niega la responsabilidad contractual, dos autores fueron responsables del error de la creación del concepto de responsabilidad contractual: Planiol y Demogue.

<sup>13</sup> El artículo 2.092 trata de los deudores que se han obligado *personalmente* en oposición con los deudores que se han obligado *realmente* o *propter rem*. Se trata, en realidad, de la oposición entre la obligación personal y la obligación *propter rem*.

En primer lugar, Planiol porque fue quien planteó la noción de culpa contractual tal cual ésta es concebida hoy en día. Es claro que la culpa en materia contractual existía antes de Planiol; sin embargo, antes de este autor nadie había concebido de manera profundizada el paralelo entre la culpa en materia contractual y la de los artículos 1.382 y 1.383 del *Código Civil*. Planiol entiende por culpa la violación de una obligación preexistente. Además, considera que la sanción del incumplimiento es siempre la responsabilidad civil, tanto en materia contractual como extracontractual<sup>14</sup>. Así nació y fue sistematizado el concepto de responsabilidad contractual. Es cierto que se puede criticar la concepción de Planiol sobre la unidad de la culpa civil. La culpa en materia contractual no corresponde a la culpa extracontractual, la cual no puede aparecer como la violación de una obligación preexistente. En realidad, la visión de Planiol es simplista y pudo ser la fuente del error de considerar que la culpa en las relaciones contractuales es también una culpa extracontractual en las relaciones del deudor con los terceros que padecen un daño por motivo del incumplimiento de la obligación contractual por el deudor.

Al revés de esta concepción, la teoría de la "relatividad aquiliana" permite restituir a la culpa contractual su particularismo y rehúsa considerar que toda culpa del deudor hacia el acreedor constituye una culpa extracontractual hacia los terceros que son víctimas de un daño generado por el incumplimiento de la obligación contractual; empero, no se puede deducir de la diferencia entre ambas culpas la negación del concepto de responsabilidad contractual. Éste no tiene nada que ver con la unidad de la culpa civil y es compatible con la dualidad de ambas culpas. Más allá de la noción de culpa, la responsabilidad contractual está fundada sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación contractual cuando el acreedor escoge el cumplimiento por equivalencia, es decir, el resarcimiento del daño generado por el incumplimiento. Es la idea de cumplimiento por equivalencia que justifica la responsabilidad y poco importa el hecho generador de la obligación de indemnización. El cumplimiento por equivalencia no es más que la reparación del daño generado por el incumplimiento de la obligación contractual.

## 9

Por este motivo también la crítica dirigida a Demogue respecto a la influencia de su doctrina, en cuanto al concepto de responsabilidad contractual, no parece admisible. Sabemos que, para explicar la diferencia de los regímenes

<sup>14</sup> Sobre la teoría de Planiol, sus motivos y su rechazo, véase RÉMY (n. 2), N° 12 y s.

de la responsabilidad contractual, Demogue propuso la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Esa distinción se funda en el contenido de la obligación. En efecto, cuando la obligación es de medios, el acreedor tiene que probar la culpa del deudor en el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de la obligación, mientras que cuando la obligación es de resultado, el acreedor no tiene la carga de probar la culpa del deudor. Demogue rehúsa considerar que el simple hecho del incumplimiento de la obligación constituye una culpa. Eso sería una idea demasiado simplista, porque la culpa necesita la apreciación del comportamiento del deudor, lo que sería excluido si todo incumplimiento debiera ser considerado como una culpa: el incumplimiento no revela la culpa. A lo más, permite presumir la culpa salvo la prueba contraria. La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado es criticada por una parte de la doctrina. Para algunos autores, es una distinción inútil y para otros no habría un criterio satisfactorio para determinar cuando una obligación es de medios y cuando es de resultado. No debemos discutir este problema ahora. Lo importante es destacar que si la distinción entre las dos categorías de obligaciones es esencial no solamente del punto de vista de la carga de la prueba sino, también, de la naturaleza y régimen de la responsabilidad del deudor, esa distinción no puede ser considerada como la fuente de la afirmación de la existencia de la responsabilidad contractual. La distinción supone que exista la responsabilidad contractual, pero no genera el concepto de esta responsabilidad.

## 10

Después de las críticas a Planiol y a Demogue<sup>15</sup>, la doctrina opuesta a la responsabilidad contractual centró el debate en la obligación contractual de seguridad. Es una obligación que la jurisprudencia francesa aplicó en varios contratos. Es claro que las aplicaciones de esa obligación fueron demasiado numerosas, sobre todo en algunos contratos en los cuales la obligación de seguridad no correspondía a la economía y a la utilidad del contrato. Eso explica el retroceso de esa obligación en una época reciente.

Así, en materia de accidentes de los pasajeros de ferrocarriles en los andenes de la estación<sup>16</sup> o de accidentes de los clientes al interior de tiendas

<sup>15</sup> La crítica también fue extendida a otros autores favorables a la existencia de la responsabilidad contractual como: Esmein, Josserand, Rodière, los Mazeaud, Tunc y, en una época más reciente Viney

<sup>16</sup> V. Corte de casación, 1ª sala civil, 7 de marzo de 1989, en *Dalloz*, 1911. 1, con nota de Malaurie

comerciales<sup>17</sup>. La jurisprudencia admitía que la responsabilidad de la empresa de ferrocarriles o del comerciante era de tipo contractual y consideraba que existía una obligación accesoria de medios respecto a la seguridad de los clientes a cargo de la empresa de transporte o del comerciante; sin embargo, esa obligación no corresponde a la economía del contrato de transporte y tampoco del contrato de compraventa. Hoy, la Corte de Casación decide que la responsabilidad de la empresa de ferrocarriles o del comerciante es de tipo extracontractual en materia de accidentes en los andenes y dentro de las tiendas.

La aparición de la obligación de seguridad en los contratos, en todo caso, no tiene nada que ver con el concepto mismo de responsabilidad contractual. Es cierto que esa obligación tiene un gran interés para el acreedor, en especial cuando es una obligación de resultado, puesto que no solamente no tiene la carga de la prueba de la culpa sino, también, que la responsabilidad del deudor es de pleno derecho<sup>18</sup>. En tal situación, no se puede dejar de acercar la sanción del incumplimiento de la obligación de seguridad de resultado a la responsabilidad sin culpa por el hecho de las cosas que existe en derecho francés; empero, no es un motivo suficiente para pretender que la obligación contractual de seguridad considerada como de resultado fuera imaginada porque en esa época la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas no era definitivamente admitida en derecho francés. Es claro que se puede concebir una vinculación entre ambos mecanismos jurídicos, el contractual y el extracontractual; no obstante, la responsabilidad contractual es fundada sobre motivos mucho más profundos que estas contingencias. Cuando la obligación de seguridad es solamente de medios, la doctrina hostil a la contractualización de la seguridad considera que la responsabilidad extracontractual para culpa sería conveniente y suficiente. Es claro que eso corresponde a la verdad, pero, una vez más, no es porque una solución podría ser conveniente con la responsabilidad extracontractual, que sería un error de contractualizar la seguridad. Más allá de la oportunidad práctica, hay una coherencia necesaria de las instituciones jurídicas.

<sup>17</sup> V. Corte de casación, 1ª sala civil, 29 de mayo de 1996, en *RJDA* 1996, N° 1.408.

<sup>18</sup> Cuando Demogue propuso la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, esa distinción era propia al problema de la carga de la prueba de la culpa del deudor. En efecto, el acreedor tenía que probar la culpa cuando se trataba de una obligación de medios, mientras la culpa era presumida cuando se trataba de una obligación de resultado; sin embargo, en razón de la imposibilidad de probar la falta de culpa para rechazar la presunción, se debe admitir que la responsabilidad del deudor en virtud de una obligación de resultado es una responsabilidad de pleno derecho que puede ser rechazada únicamente por la prueba de una causa extraña de exoneración que no puede ser confundida con la prueba de la falta de culpa

Cuando la obligación de seguridad corresponde a la economía del contrato, esa obligación es coherente y justifica una responsabilidad que puede ser solamente de tipo contractual. Contrariamente a la opinión de un autor en virtud de la cual "los brazos rotos y las muertes de ser humanos" no deberían estar en el ámbito del contrato<sup>19</sup>, tenemos que admitir la existencia de una obligación contractual de seguridad, cuya sanción será la responsabilidad contractual. No porque la jurisprudencia haya desarrollado en demasía el ámbito de la obligación de seguridad que debemos negar la existencia de esa obligación. Es una obligación inherente a algunos contratos porque forma parte de su esencia. ¿Cómo se podría concebir el contrato de transporte de pasajeros sin poner a cargo del transportista una obligación de seguridad? Es imposible y se impone la comparación con el contrato de transporte de mercancías en el cual siempre se admitió que el transportista tenía la obligación de entregar las mercancías sin avería. La seguridad de las personas y de los bienes es una parte del contenido de algunos contratos. Es también así en el contrato médico o en el contrato de arrendamiento de obras en materia de construcción de edificios. De esta manera, los términos del artículo 1.792 del *Código Civil* demuestran que el legislador admite una verdadera responsabilidad contractual. En efecto, este texto enuncia que el contratista "es responsable de pleno derecho para los daños que comprometen la solidez de la obra". Estos términos conciernen la garantía del contratista en materia de daños a la obra misma y también la responsabilidad del contratista, sea la obligación de resarcir los daños padecidos por otros bienes y los ocupantes del edificio. Los daños a la persona, que se llaman los daños consecutivos, son parte de la responsabilidad del contratista. Esa obligación de seguridad está conforme a la utilidad del contrato de arrendamiento de obras y la responsabilidad por incumplimiento de esa obligación es necesariamente de tipo contractual. Sería desnaturalizar el contrato admitir la responsabilidad extracontractual y la doctrina desfavorable a la responsabilidad contractual falsea la cuestión cuando cambia el problema del concepto mismo de responsabilidad contractual al contenido del contrato. ¿Cómo podríamos admitir el seguro de responsabilidad contractual si no existiera esa responsabilidad? Eso sería imposible y en la actualidad nadie puede poner en duda el seguro de responsabilidad en materia contractual.

<sup>19</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Les obligations, Paris, PUF, 1998, t. 4, N° 295.

Si la responsabilidad contractual entre las partes en el contrato aparece como una necesidad, porque esa responsabilidad permite el resarcimiento de los daños generados por el incumplimiento de la obligación, que es una parte del contenido del contrato, no resulta, por eso, que la responsabilidad contractual corresponda totalmente a la extracontractual. El régimen de esa responsabilidad puede ser distinto desde algunos puntos de vista, porque hay que tener en cuenta el carácter específico de las obligaciones contractuales<sup>20</sup>. Asimismo, la responsabilidad contractual no puede corresponder a todas las situaciones de la responsabilidad extracontractual. Hoy, se admite fácilmente que existe, en materia contractual como en la extracontractual, una responsabilidad por el hecho ajeno y otra por el hecho de las cosas. Es un error. No se puede admitir la existencia de una responsabilidad contractual por el hecho ajeno, porque poco importa que el deudor cumpla con su obligación por el mismo o por el intermedio de otra persona. Cuando el deudor no es liberado por el acreedor<sup>21</sup>, el deudor es responsable en el caso de incumplimiento o de cumplimiento imperfecto, cualquiera sea la persona que cumple en el lugar del deudor. La noción misma de obligación contractual no permite admitir el concepto de responsabilidad contractual por el hecho ajeno. En cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas, tampoco puede ser admitida. La naturaleza de la responsabilidad extracontractual puede ser diferente según que una cosa intervino o no en el acaecimiento de un daño, cuestión que no se verifica en materia de responsabilidad contractual. La naturaleza de esa responsabilidad depende solamente de la intensidad de la obligación y más especialmente del problema de saber si la obligación es de medios o de resultado. Poco importa que el deudor utilice o no una cosa para cumplir con su obligación. La Corte de Casación se equivoca cuando enuncia que el deudor es responsable no sólo por su culpa sino, también, por el hecho de las cosas que utiliza para cumplir con su obligación contractual<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Por ejemplo, el artículo 1.150 del *Código Civil* francés, relativo al daño previsible, las cláusulas penales y las cláusulas sobre el principio mismo de la responsabilidad del deudor así como las que conciernen el importe de la reparación.

<sup>21</sup> A saber: en las situaciones en las cuales hay una sustitución de deudor aceptada por el acreedor.

<sup>22</sup> Corte de Casación, 1ª sala civil, 17 de enero de 1995, en *Dalloz*, 1995 350, con nota de Jourdain.

Los autores hostiles al concepto de responsabilidad contractual también han criticado la extensión por la jurisprudencia de la responsabilidad en favor de terceros, porque esa extensión intensificaría la idea que el incumplimiento de la obligación contractual pueda ser sancionada por un resarcimiento. Es claro que un fallo de la Corte de Casación de 1991<sup>23</sup> puso freno a esa extensión; sin embargo, los sucesores a título particular de un acreedor en virtud de un contrato gozan del beneficio del crédito contractual de éste y, por consiguiente, pueden demandar contra el deudor del primer titular del derecho. De todas maneras, no se puede entender cómo la transferencia del crédito contractual a un sucesor a título particular permite criticar la responsabilidad contractual. Al contrario, esa transferencia permite asegurar el respeto de las previsiones contractuales. En efecto, si el sucesor pudiera demandar contra el deudor contractual del primer titular del derecho sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual, las previsiones contractuales no serían respetadas, a reserva de aplicar siempre la responsabilidad extracontractual, incluso, en la relación entre las partes en el contrato. Así, los problemas de la frontera entre ambas responsabilidades serían vencidos. Es la idea de la doctrina hostil al concepto de responsabilidad contractual, más especialmente cuando se trata de los daños a la persona y a los bienes, puesto que la seguridad debería quedar fuera del ámbito del contrato.

Es cierto que a veces los problemas planteados por la frontera entre ambas responsabilidades son delicados y se debe preguntar si es un motivo suficiente para rehusar admitir la idea de responsabilidad contractual y considerar que existe solamente la responsabilidad extracontractual. La respuesta debe ser negativa si se admite que existe verdaderamente la responsabilidad contractual y eso tanto más cuanto que en algunas situaciones se pueden suprimir los problemas de frontera por la unificación de las dos responsabilidades. Tal es el caso en materia de responsabilidad del transportista aéreo (art. 24 del convenio de Varsovia del 12 de octubre de 1929 y art. 2 del reglamento europeo del 9 de octubre de 1997), del transportista marítimo (art. 42

<sup>23</sup> Corte de Casación, asamblea plenaria, 12 de julio de 1991, en JCP 1991, n. 21743, con la nota de Viney; ed. E II 218 con mi nota.

de la ley del 18 de junio de 1966), del transportista por carretera (art. 1 de la ley del 5 de julio de 1985) y también en materia de daños generados por los productos defectuosos (art. 1.386-1 y s. del *Código Civil*). Los autores que no admiten el concepto de responsabilidad contractual rechazan esa unificación<sup>24</sup>, porque está fundada en la afirmación de la existencia de la responsabilidad contractual. No se debe creer que la unificación tiene como objetivo sustituir a ambas responsabilidades por una de tipo legal, que sería neutra del punto de vista de la cualificación. En realidad, no hay unificación respecto a la naturaleza de la responsabilidad. Hay solamente una unificación de los regímenes de responsabilidad. Eso reduce mucho las diferencias, pero no las suprime completamente porque, salvo una unificación internacional del derecho aplicable, se necesita calificar la responsabilidad para determinar la ley aplicable. En efecto, en Derecho Internacional Privado la norma de conflictos no es la misma en materia de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual. Además, se necesita calificar la responsabilidad para determinar las opciones de competencia judicial en Derecho Interno (art. 46 del *Código de Procedimiento Civil*) como Internacional (art. 5 del convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1967). Es el legislador quien tiene que unificar los regímenes de ambas responsabilidades. La jurisprudencia no puede hacerlo. En efecto, en Derecho francés, la Corte de Casación admite la distinción entre los dos regímenes y se contradiría si quisiera unificarlos puesto que suprimiría la distinción que admite el Derecho Positivo francés; sin embargo, la Corte de Casación decidió admitir la unificación en materia de responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos antes de la introducción en Derecho francés de la directiva europea del 25 de julio de 1985 por la ley del 19 de mayo de 1998. En efecto la Corte decidió, en 1995 y 1998<sup>25</sup>, poner a cargo del vendedor profesional una obligación de seguridad en favor tanto del comprador como de los terceros cuando padecen un daño generado por el defecto del producto. Desde la ley del 19 de mayo de 1998, esa jurisprudencia ya no tiene interés. La tentativa de unificar ambas responsabilidades por una estipulación en favor de terceros, como lo hizo la Corte de Casación en materia de transporte de personas a favor de los parientes cercanos del pasajero<sup>26</sup>, no parece una solución acertada, porque la estipulación no puede estar fundada en la vo-

<sup>24</sup> V. RÉMY (n. 2), N° 44.

<sup>25</sup> Corte de Casación, 1ª sala civil 17 de enero de 1995, en *Dalloz*, 1995. 350, con nota de Jourdain; Corte de Casación, 1ª sala civil, 28 de abril de 1998, en JCP, 1998, II. 10088.

<sup>26</sup> V. Corte de Casación, sala civil, 6 de diciembre de 1932, en DP, 1933. 1. 37, con nota de Josserand; Corte de Casación, 1ª sala civil, 23 de enero de 1959, en *Dalloz*, 1959. 101, con nota de Savatier y 281, con nota de Rodière.



luntad del pasajero y del transportista. Además, es una solución contraria al principio de la prohibición de la acumulación entre ambas responsabilidades, porque, en virtud de este principio, que es admitido por la jurisprudencia francesa, el demandante no puede escoger entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ahora bien, el beneficiario de la estipulación puede renunciar al derecho contractual que le es otorgado y, por consiguiente, puede demandar sobre la base de la responsabilidad extracontractual.

En materia de transporte aéreo, marítimo y por carretera, la utilización de la estipulación en favor de terceros es ahora inútil, puesto que el legislador decidió unificar los regímenes como lo hemos visto. En algunas legislaciones modernas, la unificación es mucho más adelantada, como en el proyecto de nuevo *Código* argentino. En efecto, éste enuncia que sus disposiciones en materia de responsabilidad civil se aplican "cualquiera sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño" (art. 1.581). Es una disposición que no solamente unifica ambas responsabilidades para eludir las diferencias de regímenes sino, también, supone que existe una verdadera responsabilidad contractual.

15

La unificación de los regímenes de ambas responsabilidades es deseable cuando los acreedores en virtud del contrato y los terceros pueden padecer el mismo daño porque están expuestos al mismo riesgo. Por eso, no es necesario suprimir la responsabilidad contractual. La doctrina hostil a esa responsabilidad no puede concebir su absorción por la extracontractual porque niega la existencia de la contractual. Considera que solamente existe la extracontractual cuando se trata del resarcimiento de un daño, lo que no permitiría la sanción del incumplimiento de una obligación contractual.

Es la idea fundamental de la negación del concepto de resarcimiento en materia contractual. Es cierto que no solamente esa negación no corresponde al Derecho Positivo francés, el cual no podría ser modificado sin un trastorno completo del derecho de las obligaciones, sino que es contraria a la idea misma de sanción del incumplimiento contractual a propósito de la cual hemos visto que es compatible con la idea de resarcimiento, que corresponde al cumplimiento por equivalencia del artículo 149 y ss. del *Código Civil* francés

## RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

*Iñigo de la Maza Gazmuri\**

### RESUMEN

Este artículo explica el problema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por las violaciones a los derechos de autor cometidas por quienes utilicen sus instalaciones. Para examinar el problema se revisa alguna jurisprudencia en el ámbito del Derecho Comparado sobre el problema y los principales cuerpos normativos que han intentado resolverlo. A continuación se explora el caso chileno, dando noticia de la normativa que regula dicha responsabilidad y se proveen algunas ideas generales respecto de una regulación especial.

### INTRODUCCIÓN

Desde que parte de nuestra cotidianeidad se tornó digital, las cosas se han vuelto más arduas para quienes se encuentran involucrados en la protección de los derechos de autor. La posibilidad de generar y diseminar copias cuasiperfectas y prácticamente sin costo provee de una multiplicidad de razones para hacerlo y muy pocas para abstenerse de esta conducta. Una de esas pocas razones es la ley, específicamente aquellos cuerpos normativos que protegen los derechos de autor.

Se ha afirmado, con frecuencia, que la regulación de los derechos de autor no fue concebida pensando en espacios digitales, sino en espacios físicos donde las copias y su diseminación posee costos y resulta posible detectar estas conductas. En un espacio donde nada de esto sucede, el derecho de autor debe reinventarse o desaparecer.

Como suele suceder con las afirmaciones rotundas hay en ésta algo de verdad, pero se mezcla con un componente ideológico y resulta demasiado

\*Profesor investigador, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.