

## La reafirmación jurisprudencial en Francia del principio de la “identidad de la culpa contractual y extracontractual”

Alejandro Velásquez Cadavid

Casi 15 años después, la Corte de casación francesa ha reafirmado, mediante una sentencia de enero 13 de 2020 de la Asamblea Plena, el principio de la “identidad de la culpa contractual y extracontractual”.

En el caso analizado, dos sociedades que se dedicaban a la producción y comercialización de caña de azúcar celebraron en 1995 un contrato por el cual se obligaron mutuamente a hacerse cargo de la caña que la otra no pudiera producir por una falla en una de sus plantas. Como consecuencia del incendio presentado en el 2009 en una central térmica que prestaba el servicio de energía eléctrica a una de las empresas productoras de caña, que provocó la parálisis de su planta, la otra tuvo que hacerse cargo de una parte de la producción de la caña de azúcar, con el consecuente lucro cesante por no poder desarrollar parte de su propia producción, perjuicio que estaba asegurado. Luego de pagar la indemnización y de subrogarse, la aseguradora demandó en responsabilidad civil al propietario de la central térmica.

Los jueces de instancia negaron las pretensiones, aduciendo que no se había demostrado en el proceso una negligencia o imprudencia del propietario de la central térmica. La aseguradora interpuso un recurso de casación contra esta decisión.

El problema jurídico planteado a la Corte consistía en determinar si el tercero que demanda al deudor por los perjuicios que sufrió por el incumplimiento contractual de éste debe probar que ese incumplimiento constituye también un hecho generador de responsabilidad extracontractual, o si basta ese incumplimiento contractual.

Con fundamento en los Arts. 1165 y 1382 del Código Civil Francés (en su versión anterior a la reforma de 2016), la Asamblea Plena de la Corte de casación revocó el fallo del Tribunal, por violación de esas normas, argumentando que *“Un tercero ajeno a un contrato puede invocar, con fundamento en la responsabilidad extracontractual, un incumplimiento contractual, cuando ese incumplimiento le ha causado perjuicios”*.

Esta sentencia constituye la reafirmación del principio de la “identidad de la culpa contractual y extracontractual” **(A)**, a pesar de la fuerte oposición de la doctrina mayoritaria francesa **(B)**.

## A. La reafirmación jurisprudencial del principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual.

### I. Una oponibilidad del contrato por los terceros jurisprudencialmente no discutida

1. El principio de la oponibilidad del contrato, desafortunadamente mucho menos conocido que el principio del efecto relativo del contrato, fue explicado por primera vez por el profesor francés Alex Weill<sup>1</sup> (1912-1979) en su tesis doctoral de 1938 titulada « *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français* » (“*El principio de la relatividad de las convenciones en derecho privado francés*”).

Según Weill, el contrato es oponible a los terceros y por los terceros.

En cuanto a la oponibilidad a los terceros, Weill explicaba que se trata de entender que el contrato existe *erga omnes* y que “*la relatividad está dirigida a los efectos de las convenciones y no a su existencia. Al oponer un contrato a un tercero como un simple hecho, no se le está imponiendo el efecto de la fuerza obligatoria; solo se le obliga a reconocer su existencia*”. Esta idea es la que ha permitido, por ejemplo, que la doctrina construya el concepto de “cómplice del incumplimiento contractual”: aquella persona que es responsable extracontractualmente por los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, aun sin ser parte en él, por haber incitado o determinado de cualquier manera al deudor a incumplirlo (siempre que ese tercero supiera de la existencia del contrato).

Por su parte, la oponibilidad del contrato por los terceros, según Weill, se presenta en los casos en los que un tercero demanda al deudor contractual por los perjuicios que sufrió a raíz del incumplimiento del contrato<sup>2</sup>. Por ejemplo, si los familiares del pasajero sufren perjuicios a raíz de su muerte en la ejecución del transporte, pueden demandar en responsabilidad extracontractual al transportador; o si la culpa del médico en una cirugía produce lesiones al paciente (incumplimiento del contrato de servicios médicos) y perjuicios a sus familiares por esas lesiones, estos pueden demandar en responsabilidad extracontractual al médico.

---

<sup>1</sup> Una maravillosa reseña de la vida y obra de Alex Weill fue hecha por el profesor Pierre-Yves Gautier, profesor de la Universidad Panthéon-Assas (Paris 2), en la edición No. 4 de diciembre 12 de 2018 de la *Revue des contrats*, pág. 638 y ss.

<sup>2</sup> Este no es el único supuesto de oponibilidad del contrato por los terceros, sino apenas uno de ellos. **En general, la oponibilidad del contrato permite a los terceros “invocar en su beneficio, como un hecho jurídico, la situación creada por el contrato”**: sentencia de la Sala Comercial de la Corte de casación francesa de octubre 22 de 1991 (Bull. civ. IV, n° 302 ; D 1993, Jur. p. 181).

2. El litigio analizado por la Corte de casación francesa en enero de 2020 estaba relacionado precisamente con la oponibilidad del contrato por los terceros.

En efecto, luego de pagar la indemnización por lucro cesante a la empresa que tuvo que acudir –por el contrato de asistencia mutua– en ayuda de la empresa cuya planta no pudo seguir funcionando por falta de energía, la aseguradora se subrogó en los derechos de aquella. Y en esa calidad, como tercero ajeno al contrato de suministro de energía, demandó al propietario de la central térmica, argumentando que había incumplido ese contrato a la empresa que tuvo que ser socorrida (dejó de prestarle el servicio por un incendio en la planta de generación), incumplimiento que causó el lucro cesante de su asegurado.

3. En su fallo, la Corte de casación recordó que es claro que un tercero puede formular ese tipo de pretensiones indemnizatorias, pero con fundamento en la responsabilidad extracontractual<sup>3</sup>: *“La Corte de casación ha explicado desde hace mucho tiempo el fundamento delictual o cuasidelictual (extracontractual) de la demanda indemnizatoria intentada por un tercero ajeno a un contrato contra uno de los contratantes, cuando la inejecución del contrato le ha causado un perjuicio”*.

4. La Corte fundamentó su decisión no solo en el Art. 1382 del Código Civil Francés, sino también en el Art. 1165 (anterior a la reforma de 2016), según el cual *“Los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes; no perjudican a los terceros, y no los benefician que en los casos previstos en el Art. 1121”* (disposición esta última que se refiere a la estipulación para otro). Para la Corte, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que si bien los contratos son oponibles a los terceros, no pueden, no obstante, causarles un daño; es decir, son oponibles también por los terceros a un deudor contractual.

5. El principio de la oponibilidad del contrato por los terceros está ahora consagrado en el Art. 1200 del Código Civil Francés (luego de la reforma de 2016). Según este, *“Los terceros deben respetar la situación creada por el contrato. También pueden invocarlo, especialmente para aportar la prueba de un hecho”*.

6. Ahora, el verdadero problema jurídico que ha existido en los casos de oponibilidad del contrato por los terceros consiste en el hecho generador de responsabilidad que el tercero debe invocar y probar, según pasamos a explicar.

---

<sup>3</sup> Esta es la razón por que la que la Corte fundamentó su decisión en el Art. 1382 del C.C. Francés (hoy el Art. 1240), que contempla el principio general de responsabilidad extracontractual por dolo o culpa.

## II. Una identidad de la culpa contractual y extracontractual jurisprudencialmente definida

7. El problema jurídico más importante en la oponibilidad del contrato por los terceros ha consistido tradicionalmente en determinar si estos, además de tener que demostrar el nexo de causalidad y los perjuicios, deben demostrar que el incumplimiento contractual del deudor frente al acreedor (según el régimen de responsabilidad aplicable: obligación de medios, de resultado o de garantía) constituye al mismo tiempo un hecho generador de responsabilidad extracontractual: la violación al deber general de no causar daños a otros.

8. Este problema ha dado lugar a dos grandes corrientes de pensamiento en Francia.

Por un lado, hay quienes consideran que al tercero no le basta probar el incumplimiento contractual, sino que debe probar que ese incumplimiento contractual constituye a la vez un hecho generador de responsabilidad extracontractual. Esta tesis predica entonces lo que se ha denominado como la “relatividad de la culpa contractual” (expresión que puede remplazarse mejor por “relatividad del hecho generador de responsabilidad contractual”, en tanto no todos los casos de responsabilidad contractual se fundamentan en la culpa del deudor).

Por otro lado, hay quienes consideran que el incumplimiento contractual constituye siempre al mismo tiempo una “culpa extracontractual” (un hecho generador de responsabilidad extracontractual), por lo que el tercero solo deberá probar, una vez establecido ese incumplimiento, los perjuicios y el nexo de causalidad. Podría afirmarse que esta tesis predica la identidad (o asimilación) de la culpa contractual y extracontractual<sup>4</sup>: el incumplimiento contractual es al mismo tiempo un hecho generador de responsabilidad extracontractual frente a terceros.

9. Este problema jurídico existe en Francia desde hace casi un siglo y su solución ha tenido varias etapas en la jurisprudencia de la Corte de casación, con profundas divisiones en algunas de sus Salas.

Durante los primeros años, la Corte exigió que el tercero demostrara “*la existencia de una culpa delictual considerada en ella misma, independiente de todo punto de vista contractual*” (sentencias de la Primera Sala Civil del 8 de octubre y 7 de noviembre de 1962; y de la Sala Comercial, del 17 de junio y 16 de diciembre de 1997).

---

<sup>4</sup> Algunos hablan incluso del “desdoblamiento” de la culpa contractual en una culpa extracontractual.

Posteriormente, la Primera Sala Civil de la Corte empezó a sostener que la existencia del incumplimiento contractual permitía predicar, por sí sola, una “culpa” extracontractual (sentencias de diciembre 15 de 1998, 18 de julio de 2000 y 13 de febrero de 2001). Pero la Sala comercial se opuso a esta tesis y siguió exigiendo que el tercero demostrara una “culpa” extracontractual (sentencias de octubre 8 de 2002 y abril 5 de 2005).

La Segunda y la Tercera Sala Civil no tomaron partido y decidieron determinar, caso por caso, si el incumplimiento contractual del deudor constituía al mismo tiempo un hecho generador de responsabilidad extracontractual.

10. La división entre esas Salas pareció finalmente llegar a su fin el 6 de octubre de 2006, cuando la Sala Plena de la Corte dictó sentencia en el famoso caso *Boot Shop*.

Los hechos estaban relacionados con dos esposos que eran propietarios de un inmueble y lo arrendaron a una sociedad (*Myr'Ho*), que estableció en él un establecimiento de comercio. Posteriormente, esta sociedad celebró un contrato de arrendamiento del establecimiento de comercio con la sociedad *Boot shop*. Los esposos no cumplieron con su obligación de mantener el inmueble en buen estado, por lo que la sociedad *Boot Shop* no pudo explotar el establecimiento de comercio y sufrió un lucro cesante. Esta sociedad demandó a los propietarios del inmueble, afirmando que habían incumplido la obligación de mantenimiento del inmueble que tenían con la sociedad *Myr'Ho*. Los jueces de instancia condenaron a los propietarios. Estos interpusieron un recurso de casación.

La Asamblea Plena de la Corte desestimó el recurso de casación de los propietarios del inmueble, argumentando que: “*Un tercero ajeno a un contrato puede invocar, con fundamento en la responsabilidad extracontractual, un incumplimiento contractual, cuando ese incumplimiento le ha causado perjuicios*”. Es decir: el tercero no debía probar que el incumplimiento contractual constituía a la vez la violación del deber general de no causar daños a otros.

11. Con posterioridad a ese fallo de 2006 algunas sentencias de ciertas Salas de la Corte reafirmaron su principio<sup>5</sup>. Pero otras Salas parecían oponerse a su aplicación<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sentencias de la Primera Sala Civil del 27 de marzo y 15 de mayo de 2007; de la Segunda Sala Civil, del 10 de mayo de 2007; de la Tercera Sala Civil, del 27 de marzo y 22 de octubre de 2008; y de la Sala Comercial, del 10 de marzo de 2007 y 21 de octubre de 2008.

<sup>6</sup> Sentencias de la Primera Sala Civil del 15 de diciembre de 2011, de la Sala Comercial del 18 de enero de 2017 y Tercera Sala Civil del 18 de mayo de 2017.

12. El fallo de enero 13 de 2020 constituye entonces la reafirmación del fallo *Boot shop* de 2006 y del principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual.

13. Pero este fallo de principios de 2020 tiene además algunos detalles interesantes sobre su alcance y fundamentación, que vale la pena destacar.

En primer lugar, la Corte expresó, en iguales términos que en 2006, la regla de derecho: “*Un tercero ajeno a un contrato puede invocar, con fundamento en la responsabilidad extracontractual, un incumplimiento contractual, cuando ese incumplimiento le ha causado perjuicios*”. Esta reiteración, palabra por palabra, deja en claro que la Corte quería establecer definitivamente el principio: el tercero que demanda al deudor contractual por un incumplimiento que le ha causado perjuicios no debe probar que ese incumplimiento constituye a la vez la violación del deber general de no causar daños a otros; basta ese “hecho ilícito” contractual y la prueba de los perjuicios y del nexo de causalidad (así puede leerse incluso en la nota explicativa del fallo<sup>7</sup>).

En segundo lugar, queda claro –y así lo dijo el fallo– que la Corte quiere facilitar la indemnización de los terceros víctimas del incumplimiento de un deudor contractual: por ejemplo, si la obligación incumplida es de resultado, bastará que el tercero invoque en su demanda la ausencia de obtención del resultado prometido, como hecho generador de responsabilidad frente a él como tercero. Además, librar a los terceros de tener que aportar la prueba del hecho generador de responsabilidad extracontractual favorece enormemente las condenas indemnizatorias, dado que en muchos de estos casos no existe ese hecho generador de responsabilidad extracontractual. Precisamente, en el caso analizado en el fallo de enero de 2020, los jueces de instancia absolvieron al propietario de la central térmica porque no se probó que hubiera incurrido en un hecho generador de responsabilidad extracontractual.

En tercer lugar, al haber dictado el fallo en Sala Plena (la formación más solemne que tiene la Corte), resulta evidente que la Corte quiso poner fin a la resistencia que todavía mostraban varias de sus Salas a aplicar el principio y cumplir con su función de unificar la jurisprudencia en todo el país.

En cuarto lugar, la Corte decidió hacer en esta sentencia un desarrollo complementario al principio. En efecto, según se lee en la nota explicativa del fallo, la Corte decidió aplicar el principio a pesar de que se trataba del incumplimiento de una

---

<sup>7</sup> Las notas explicativas de los fallos empezaron a ser publicadas desde octubre 1º de 2019, como parte de una profunda reforma implementada en la Corte sobre la redacción y presentación de sus fallos.

obligación de resultado: el suministro de energía (contrario al caso *Boot Shop* de 2006, en el que se aplicó a lo que se consideró era una obligación de medios: el mantenimiento del inmueble). De esta manera, la Corte dejó en claro que para aplicar el principio no es necesario hacer una distinción entre si la obligación incumplida por el deudor es de medios o de resultado.

¿Por qué la Corte hizo esta explicación? Porque la sociedad propietaria de la central térmica planteó en el proceso una defensa basada en esa distinción, invocando un fallo de mayo 18 de 2017 de la Tercera Sala Civil de la Corte, en el que se declaró que *“en presencia de una obligación contractual de resultado, el incumplimiento de esta no puede servir de fundamento para una acción de responsabilidad extracontractual contra el contratante que ha incumplido esa obligación”*. La Corte quiso entonces desestimar ese argumento de la Tercera Sala Civil y reafirmar todavía más el principio: se aplica incluso al incumplimiento de obligaciones de resultado.

Por último, hay un detalle muy importante en este caso, que la Corte no pasó por alto: en la nota explicativa del fallo, la Corte destacó la trascendencia que tiene el análisis de la causalidad para resolver este tipo de litigios.

En efecto, después de afirmar en la nota explicativa que el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual se aplica sin importar si la obligación incumplida es de medios o de resultado, la Corte agregó (último párrafo): *“En realidad, el fallo subordina el éxito de la acción indemnizatoria del tercero a la prueba del nexo de causalidad (cuya carga le corresponde) entre el incumplimiento contractual que él invoca y los perjuicios que reclama, e invita, en consecuencia, a los jueces de fondo a seguir privilegiando en sus análisis este aspecto esencial del litigio, que permite distinguir el perjuicio que es indemnizable de aquél que no lo es”*.

¿Por qué hacer esa explicación, si no era exactamente el problema jurídico planteado a la Corte? La razón parece estar en que la Corte, no pudiendo decirlo así en el fallo (por las limitaciones que tiene el recurso de casación en Francia), quería insinuarle al Tribunal de instancia (*Cour d'appel de Saint-Denis*) dónde estaba el verdadero problema en este caso: en el nexo de causalidad.

Efectivamente, un análisis más detallado de los hechos permitiría saber que no había nexo de causalidad entre el hecho imputable contractual y los perjuicios del tercero, según la teoría de la causalidad adecuada: no puede considerarse que, en el curso normal u ordinario de las cosas, un incendio en una planta de energía térmica sea apto para explicar que un tercero sufra un lucro cesante por haber parado parte de su

propia producción y haber acudido, en virtud de un contrato, a ayudar a la planta directamente afectada por la interrupción del servicio de energía, con parte de su producción. Sí habría relación de causalidad adecuada con un lucro cesante que reclamara el acreedor mismo (la empresa productora de caña que vio interrumpida su producción por el corte en el suministro de energía), pero no con los perjuicios de ese tercero.

14. Ahora, esta sentencia de 2020 de la Asamblea Plena de la Corte es relevante también porque fue dictada en el mismo sentido que en 2006 a pesar de las fuertes críticas de la doctrina mayoritaria francesa, según explicamos a continuación.

### **B. La oposición doctrinal al principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual.**

#### **I. Unas críticas doctrinales no tenidas en cuenta por la Asamblea Plena de la Corte**

15. Luego de que la Asamblea Plena de la Corte dictó el fallo *Boot Shop* en octubre de 2006, una buena parte de la doctrina francesa empezó a denunciar el error que suponía acoger ese principio en todos los casos y las graves consecuencias económicas que tendría en los contratos. Esas críticas, que fueron lideradas por Geneviève Viney (actualmente en Francia uno de los referentes más importantes en responsabilidad civil) y Patrice Jourdain<sup>8</sup>, tenían por finalidad que la Corte reconociera, en un nuevo caso en el que se le planteara ese mismo problema jurídico, que el principio solo debía ser aplicado en ciertas situaciones, pero no en todas.

16. Según la doctrina francesa, el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual es criticable desde varios puntos de vista.

En primer lugar, por su falta de rigor jurídico, dado que no puede afirmarse que todo incumplimiento contractual constituye, al mismo tiempo, un hecho generador de responsabilidad extracontractual.

---

<sup>8</sup> Ver al respecto: « *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle* », **Geneviève Viney**, Recueil Dalloz 2006, p. 2825 ; y « *La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle* », **Patrice Jourdain**, Revue Trimestrielle de Droit civil (RTDC), 2007, p. 123.

En efecto, hay prestaciones contractuales que solamente están destinadas a beneficiar al acreedor y no a terceros, de tal manera que el deudor solo debe ejecutar la conducta porque así lo obliga el contrato y no porque así se lo imponga un deber general de no causar daños a otros. Hay casos claros: piénsese en la obligación de no competir (o de no competencia) suscrita entre dos comerciantes. Si el deudor de esta obligación (de no hacer) la incumpliera y un tercero (otro comerciante) sufriera efectos económicos adversos por esa competencia (por ejemplo, una disminución de sus ventas), de ninguna manera podría decirse que el deudor cometió un acto ilícito extracontractual frente a ese tercero: el acto ilícito solo existe en relación con el acreedor contractual (el incumplimiento del contrato frente al comerciante beneficiario de la obligación de no competencia).

Si se aplicara entonces el principio de la asimilación de la culpa contractual y extracontractual a ese caso de los comerciantes, se llegaría a un absurdo: el tercero puede demandar al deudor de la obligación de no competencia por los perjuicios que sufrió a raíz de que el deudor sí ejerció su actividad comercial (que era lícita frente a ese tercero), sin tener que probar nada más en cuanto al hecho generador de responsabilidad extracontractual. Lo que debería exigirse en ese caso al tercero es demostrar que el comerciante deudor de la obligación de no competir actuó en forma contraria a las normas de la libre competencia (de mala fe, por ejemplo, o ejecutó actos de competencia desleal), pero no podría bastar el hecho de competir en el mercado (que es libre).

17. Ahora, nunca se ha negado que hay obligaciones contractuales de alcance más general, en las que el cumplimiento de la obligación por el deudor contractual interesa no solo al acreedor sino también a ciertos terceros, en tanto un eventual incumplimiento puede causarles perjuicios. Es el caso de la obligación de seguridad: si el pasajero resulta lesionado en forma imputable al transportador, no solo este sufrirá perjuicios, sino también sus familiares y amigos. También es el caso de la obligación de información o de consejo: si el vendedor de un producto no instruye debidamente a su comprador acerca del peligro que puede provocar manipular indebidamente el bien adquirido (como una chimenea de gas), pueden sufrir perjuicios no solo el acreedor mismo, sino también terceros: sus familiares. Y también se presenta en los grupos de contratos.

En estos casos, el incumplimiento de la obligación constituye, al mismo tiempo, la violación del deber general extracontractual de no causar daños a otros.

18. Por lo tanto, la doctrina francesa insiste en que es un error aplicar el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual sin hacer una distinción acerca del tipo de obligación incumplida: si es una obligación de aquellas que la doctrina francesa denomina como “estrictamente contractual” (su ejecución solo interesa al acreedor) o si se trata de una obligación cuya ejecución interesa legítimamente también a terceros. Y si bien hay que reconocer que esta distinción en ocasiones no es fácil, pareciera que es mejor esforzarse en delimitar cada uno de los supuestos en lugar de imponer una sola regla de derecho para todos, como lo ha hecho la Corte.

19. En segundo lugar, la doctrina francesa sostiene que el principio tiene graves efectos en materia de política jurídica y económica para el derecho de los contratos.

En efecto, si un tercero puede demandar a un deudor contractual incumplido, sin tener que demostrar la violación de este del deber general de no causar daños a otros (con el solo incumplimiento), se le estaría permitiendo actuar como solo lo puede hacer el acreedor contractual (violando el principio de la relatividad del contrato).

Pero además, podría hacerlo en mejores condiciones que el acreedor mismo: si la demanda es de responsabilidad extracontractual, el deudor no podrá: (i) defenderse explicando que su responsabilidad está limitada a los perjuicios previstos o previsibles (propia del régimen contractual), (ii) oponer al tercero cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad pactadas en el contrato con el acreedor, (iii) oponer cláusulas de solución de controversias (por ejemplo, una cláusula compromisoria) o (iv) una prescripción extintiva más corta que sea aplicable según el régimen del contrato.

Precisamente, en el caso analizado por la Corte en enero de este año el contrato celebrado entre la central térmica y la fábrica directamente afectada por la interrupción del servicio tenía una cláusula exoneratoria de responsabilidad y una cláusula compromisoria, que no fueron aplicadas por los jueces porque la demanda de la aseguradora (subrogatario del tercero) era de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, como bien lo anota la profesora Viney<sup>9</sup>, el resultado en este caso (la condena indemnizatoria) fue absurdo: no hubiera existido responsabilidad de la central térmica si la demanda hubiera sido presentada por el acreedor (porque la cláusula exoneratoria sería aplicable), pero sí existió esa responsabilidad por el hecho de que la demanda la formuló un tercero (a quien la cláusula exoneratoria era inoponible).

---

<sup>9</sup> « *Confirmation de l'arrêt Myr'ho-Boot shop* », Geneviève Viney, *Revue des contrats*, No. 2, p. 40.

20. La decisión de la Corte destruye entonces la concepción del contrato como un “acto de previsión” de las partes: nada de lo que acuerden en el contrato para regular o proteger sus intereses les servirá en caso de que los demande un tercero por los perjuicios que éste haya sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual. Los efectos que se producirán en las negociaciones de los contratos serán evidentes: algunos contratantes seguramente exigirán una contraprestación mayor a la habitual para cumplir determinadas obligaciones, por el solo hecho de estar expuestos a demandas de terceros que hayan sido afectados por un eventual incumplimiento contractual, sin poder defenderse con el régimen contractual y con las cláusulas que suele incluir en sus contratos.

21. En tercer lugar, puede agregarse una crítica a la decisión de la Corte (adicional a lo explicado por la doctrina francesa): el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual violaría al principio de “no opción” entre esos dos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual).

En efecto, según el principio de la “no opción”, entre unas mismas partes (un mismo demandante y demandado), para pedir la indemnización de un mismo tipo de daño o perjuicio, el demandante no es libre para escoger el régimen de responsabilidad que quiera; debe escogerse y aplicarse íntegramente el régimen de responsabilidad aplicable. Así, si existe un contrato entre ellas y los perjuicios sufridos se deben al incumplimiento de una obligación que nació por ese contrato, la demanda debe necesariamente basarse en la responsabilidad contractual; de lo contrario, deberá fundamentarse en la responsabilidad extracontractual. Pero el principio de “no opción” también le impide a un demandante conformar un régimen de responsabilidad híbrido: aquel integrado por reglas tanto de la responsabilidad contractual como extracontractual.

Así, entonces, el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual violaría esta última manifestación del principio de “no opción”: se le estaría permitiendo a un demandante (el tercero) conformar una especie de régimen híbrido de responsabilidad, tomando lo mejor de la responsabilidad contractual y de la extracontractual: de la contractual, invocaría el incumplimiento contractual del deudor como hecho generador de responsabilidad; y de la extracontractual, invocaría que la indemnización debe ser incluso de los perjuicios imprevisibles, la no oponibilidad de las cláusulas pactadas en el contrato (como las cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad, o una cláusula compromisoria) y tener un término de prescripción más largo (conforme al régimen general de prescripción).

22. Con este fallo de enero 13 de 2020 queda claro entonces que la Corte de casación, francesa, en su Asamblea Plena, no ha querido tener en cuenta las críticas de la doctrina, dado que reafirmó, sin cambios, el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual. ¿Qué puede hacer entonces la doctrina para que sus críticas sean estimadas? Acudir al legislador.

## **II. Unas críticas doctrinales tenidas en cuenta por el legislador**

23. El proyecto de reforma a la responsabilidad civil, que actualmente cursa en Francia, sí tuvo en cuenta las críticas hechas por la doctrina francesa al principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual, y busca adoptar una solución distinta a la de la jurisprudencia de la Corte para los casos de oponibilidad de contrato por los terceros.

En efecto, este proyecto, cuya versión más avanzada fue radicada en el Senado Francés el 29 de julio de 2020, establece en el Art. 1234:

“Cuando la inexecución del contrato cause perjuicios a un tercero, este solamente puede demandar la indemnización al deudor con fundamento en la responsabilidad extracontractual, teniendo la carga de aportar la prueba de uno de los hechos generadores mencionados en la sección 2 del capítulo II de esta subsección<sup>10</sup>.

No obstante, los terceros que tengan un interés legítimo en el cumplimiento del contrato, que no tengan ninguna otra acción para la indemnización del perjuicio sufrido por su incumplimiento, pueden igualmente invocar, con fundamento en la responsabilidad contractual, un incumplimiento contractual que les haya causado perjuicios. Las condiciones y límites de la responsabilidad que se aplican en las relaciones entre contratantes le serán oponibles”.

24. El proyecto busca establecer entonces, como regla general, que los terceros que sufran un perjuicio por el incumplimiento contractual de deudor solo puedan demandarlo en responsabilidad extracontractual, aplicando totalmente este régimen; particularmente, teniendo que demostrar un hecho generador de responsabilidad extracontractual (que son definidos en el Proyecto). No podrán entonces simplemente invocar el incumplimiento contractual del deudor.

---

<sup>10</sup> Se refiere a la sección del Proyecto que establece los hechos generadores de responsabilidad extracontractual.

Ahora, si hay terceros a quienes legítimamente interesara el cumplimiento del contrato, eventualmente podrán demandar al deudor en responsabilidad contractual, pero en este caso deberán someterse a las reglas propias de la responsabilidad contractual y a las cláusulas pactadas en el contrato entre el deudor y el acreedor.

25. Uno de los problemas (tal vez el más importante) que habría para la aplicación de esa norma, según la doctrina, es que no está claro quiénes son los terceros que tienen “interés legítimo” en la ejecución del contrato.

Para resolverlo, la profesora Viney propone la siguiente modificación al proyecto de ley, para indicar quiénes son los terceros que tienen “interés legítimo” en la ejecución del contrato:

“Tienen interés legítimo en la ejecución del contrato principalmente los allegados del acreedor que pueden sufrir de rebote las consecuencias del incumplimiento contractual, al igual que los terceros a los que la prestación estaba normalmente destinada. Además, cuando una misma obligación está consagrada en varios contratos de la misma naturaleza formando una cadena continua, el incumplimiento a esta obligación compromete la responsabilidad contractual de deudor, sin importar que sea demandado por su cocontratante directo o por uno de los otros miembros de la cadena”<sup>11</sup>.

Pero otros consideran que habría en todo caso un riesgo de que este concepto (terceros con “interés legítimo” en la ejecución del contrato) sea manipulado, para permitir que cualquier tercero eventualmente demande en responsabilidad contractual al deudor, valiéndose del simple incumplimiento contractual suyo.

26. De todas formas, pareciera que es mejor esta propuesta que aplicar ciegamente el principio de la identidad de la culpa contractual y extracontractual (como actualmente lo hace la Corte de casación francesa) y, en realidad, no pareciera muy difícil establecer quiénes son esos terceros con “interés legítimo” en el cumplimiento del contrato, si se tiene en cuenta el importante desarrollo que han tenido conceptos como los de “obligación de seguridad”, “obligación de información y de consejo” y los “grupos de contratos”, casos típicos en los que los efectos del cumplimiento o incumplimiento del contrato afectan no solo al acreedor, sino también a terceros.

---

<sup>11</sup> Geneviève Viney, « *Réflexions à partir d'une nouvelle proposition relative à la responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers au contrat* », *Revue des contrats*, 2019, No. 4, p. 20.