REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 225-226 (1-2): 91-111, 2009 ISSN 0303-9986

*LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO: PARA OTRA PRESENTACIÓN**

DENIS TALLON
Profesor Emérito de la Universidad Pantheón-Assas
(Paris II)

1. Quien haya tenido que exponer, en una clase o en un libro, la inejecución del contrato y sus consecuencias[1] se topa con dificultades importantes de presentación. No encontrará un solo modelo que se imponga entre los buenos autores. Cada uno tiene el suyo. Ya sea para situar la "responsabilidad contractual" (si acepta el concepto) con respecto a la responsabilidad delictual o para agrupar las "normas propias a los contratos sinalagmáticos", para insertar la ejecución en naturaleza, etc. Estas preguntas están en lugares diversos, pero diferentes. Escasos son los autores que consagran una división únicamente al conjunto de las consecuencias de la inejecución. Esta presentación diseminada no facilita la labor del acreedor que no recibió la prestación prometida. Tendrá que pasearse de un lado a otro de los manuales para descubrir las distintas posibilidades que el derecho le ofrece. Y en un plano científico, una presentación así impide tener una vista de conjunto y construir una teoría general de la inejecución.

2. Es uno de los intereses del derecho comparado animar a tener una mirada nueva sobre las instituciones nacionales. En este caso, es el sistema

* Traducción del original "L' inexécution du contrat: pour une autre présentation", publicado en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Nº 2, 1994, pág. 223 y sgtes., efectuada por Judith Streff, abogada, Universidad Pantheón-Assas (Paris II). Candidata a Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile.

[1] Lo que se dice del contrato vale para todo tipo de obligación, incluso la obligación de reparar el daño delictual. Sólo necesito precisar que dejo de lado aquí la obligación de suma de dinero, cuya inejecución entraña efectos propios.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del *common law* el que podrá, más que otro, ayudarnos[2]. Para algunos, puede parecer inesperado, el *common law*, por su naturaleza misma, no es reputado por la lógica de sus estructuras. Y sin embargo, el derecho del contrato se construyó, en Inglaterra, a partir de estos remedios[3] abiertos al contratante víctima de la inejecución: *remedies precede rights*. Brinda entonces una visión global de lo que el acreedor puede hacer desde que hay *a breach of contract*. Y este *remedial aproach* fue retomado por el código de comercio uniforme de los Estados Unidos en su segunda parte (venta mobiliaria). Encontramos también una aplicación de este enfoque en la Convención de Viena, también relativa a la venta (arts. 45 y 61, donde están reagrupados los medios propuestos respectivamente al vendedor y al comprador), que ahora son parte del derecho positivo francés.

3. Sería interesante buscar el resultado que produciría esta perspectiva si la aplicásemos al derecho francés de la inejecución. Para establecer un balance, primero deben señalarse las insuficiencias de la presentación clásica, "diseminada" (I). Aparecerá entonces la superioridad de una presentación global (II).

I. LAS INSUFICIENCIAS DE LA PRESENTACIÓN DISEMINADA

4. Ubicando en distintos lugares los remedios del acreedor burlado, la doctrina clásica ofrece un cuadro incoherente de las consecuencias de la inejecución (A). Y esta incoherencia tiene consecuencias molestas, en particular sobre la jurisprudencia (B).

A. La incoherencia de la presentación diseminada

5. Esta incoherencia se encuentra primero en las fuentes, siendo luego amplificada por la doctrina.

[2] Esta preferencia por el modelo de presentación del *common law* no significa de mi parte una admiración beata e incondicional por el derecho inglés o americano del contrato. La teoría del contrato encontró difícilmente su lugar y todavía se resiente de una dificultad para concebir el contrato como un todo, más bien que como la yuxtaposición de dos "promesas". A pesar de ello, hay mucho que aprender del derecho inglés y sobre todo del derecho norteamericano, en plena ebullición.

[3] El término está utilizado corrientemente en inglés y se puede dudar de su forma en francés. A. Tunc está a favor de la traducción literal (preámbulo a la traducción francesa del código de comercio uniforme, libros I y II, colección V, 1971, p.17). La Convención de la ONU sobre la venta internacional de mercaderías (después CVIM) adopta el termino "medio", menos chocante y más vinculado al procedimiento.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6. 1) El mal ejemplo ya fue dado por el Código Civil (para no remontarnos más atrás). Es banal lamentar la debilidad de su estructura, lo que se confirma en este ámbito. El que quiere descubrir sus derechos frente a un deudor que falla debe buscar en lugares distintos del Título III del Libro III los textos que podría invocar. El primero que encuentra, en la sección de las obligaciones de hacer y de no hacer, es un texto curioso, el cual parece limitar sus pretensiones a una acción de daños y perjuicios. El artículo 1142 recuerda extrañamente al *common law*, para el cual el remedio normal, sino único, de la inejecución del contrato es la atribución de daños y perjuicios[4,5]. Los otros remedios –incluso la ejecución forzada en naturaleza– serían entonces reservados para las obligaciones de dar, las cuales podemos dudar que existen todavía en derecho francés[6]. Sabemos sin embargo que el artículo 1142 no debe ser tomado al pie de la letra y que tiene que ser leído en conjunto con el artículo 1184, –el cual permite a una de las partes "forzar a la otra a la ejecución de la convención cuando sea posible". La jurisprudencia de hecho limitó considerablemente su alcance, y la práctica generalizada y oficializada de la multa coercitiva la redujo más aún[7].

Vienen enseguida, siempre bajo el mismo título, los artículos 1143 y 1144, presentados como excepciones del artículo 1142. Estos textos necesitan respectivamente la destrucción "de lo que fue hecho por contravención al compromiso" y la ejecución al costo del deudor. Son, demasiado a menudo, descuidados por la doctrina, aunque su importancia práctica y teórica sea considerable.

7. Hay que pasar a otra sección para encontrar otro remedio, la sección IV: "los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación". Esta vez, se refiere abiertamente a la inejecución y los artículos 1146 a 1155 aparecen como los textos fundamentales para la atribución de daños y perjuicios. Sin textos apropiados, son de hecho utilizados por la jurisprudencia en materia delictual, cuando ello es posible. Pero, como tendremos la ocasión de repetirlo a menudo, mientras que los daños y perjuicios son el remedio

[4] UCC-2, part.6: *Breach...*, part. 7: *Remedies*.

[5] A.I. Ogus, *Contrat aujourd'hui*, p. 303 y s.

[6] El sorprendente despertar de la obligación de dar, D 1992. Chron. 67.

[7] W. Jeandidier, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", esta *Revista* 1976, 700. Y se puede agregar el artículo 1°, ley de 9 de julio 1951 sobre la reforma de procedimientos civiles de ejecución según el cual "todo acreedor puede, en las condiciones previstas por la ley, constreñir a su deudor incumplidor a ejecutar sus obligaciones a su respecto".

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

casi exclusivo en materia delictual, en caso de inejecución del contrato, no son nada más que un remedio entre otros.

8. Hay que saltar enseguida a otro capítulo (capítulo IV, De los diversos tipos de obligaciones) para llegar a otro texto fundamental, el artículo 1184, ubicado bajo la rúbrica de la "condición resolutoria". Muy frecuentemente se criticó tanto la ubicación como la calificación dada por este texto a la resolución del contrato por inejecución para que sea necesario volver a exponerlo. Ahora bien, en el enfoque que adopto, es el texto base, puesto que abre al acreedor la opción primera: o poner término al contrato, o seguir la ejecución. También le da al juez un poder moderador sorprendente, el de acordar un plazo que escapa a las restricciones del plazo de gracia del artículo 1444-1. Cierto, la resolución por inejecución del contrato existe sólo para los contratos sinalagmáticos y asimilados. ¿Pero no son aquí los contratos más corrientes?[8]

Para ser completo, tendríamos que agregar los remedios propios a los contratos especiales, tales como las acciones redhibitorias y estimatorias en materia de garantía de los vicios ocultos y de las disposiciones de la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías, donde se destaca la importancia dada a los medios del comprador y del vendedor: estos medios están reagrupados (arts. 45 a 52 para los medios a disposición del comprador; arts. 61 a 65 para los medios a disposición del vendedor).

9. Para agregar al desasosiego de nuestro acreedor víctima de una inejecución, habrá también que consultar la jurisprudencia que, también ella, ha creado sus remedios. Primero, el remedio provisorio general de la excepción de la inejecución ("limitada" también a los contratos sinalagmáticos). También la refacción (o reducción de la contraprestación) que, tradicionalmente reservada a la venta comercial, tiende a ser un remedio general[9,10]. La misma evolución se dibuja a propósito de la "corrección" de la inejecución por el deudor (el *cure* del derecho inglés y norteamericano,

[8] Esta es una pregunta sobre la que volveremos.

[9] Y también, art. 50 CVIM.

[10] París, 17 marzo 1987, *D.* 1988.219, nota Mirbeau-Ganvin, comm. Mestre, esta *Revista* 1988.555. Esta generalización aprobada por la doctrina: Terré, Simler y Lequette, *Obligations*, N° 630 *in fine*; cf. Malaurie y Aynes, *Obligations*, p. 410 y nota 30, quienes indican que la refacción puede también concebirse de otra manera: el juez impone al acreedor guardar la cosa con reducción del precio. Cf. Com 2 marzo 1993, *D.* 1994. *Somm.* por J. Kullman.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

retomado por el artículo 46-3 de la CIVM)[11].

Una gran diversidad entonces, pero en la dispersión. Podríamos haber esperado que la doctrina aportara una cierta coherencia. Y no es así.

10. 2) En efecto, la doctrina adopta también una presentación diseminada. No es asombroso en los "grands anciens" (Toullier, Duranton, Troplong, Demolombe) quienes siguen naturalmente el orden del Código Civil. Es más deplorable en la doctrina contemporánea, ya se trate de los tratados y manuales de derecho civil, de los libros consagrados sólo a las obligaciones o a la responsabilidad. Los distintos remedios se encuentran en diferentes lugares, bajo distintas rúbricas, o incluso en tomos diversos[12].

No se trata aquí de hacer un inventario completo de la doctrina sobre el tema. Encontramos por todas partes (o casi) una presentación diseminada, pero según distintas separaciones. Me conformaré con algunos ejemplos.

11. Bajo el título "Responsabilidad civil" o incluso "Responsabilidad" solo (es el título que Geneviève Viney da a su monumental libro), encontramos el estudio de un cierto número de remedios y, principalmente, de daños y perjuicios. Existe entonces una reagrupación de la responsabilidad delictual y de la "responsabilidad contractual"[13]. Esta última es entendida como apuntando a la reparación del daño causado por la inejecución del contrato, y no como la prolongación de la ejecución de la obligación preexistente nacida del contrato, como la ejecución por equivalente de éste[14]. La noción de responsabilidad civil es, sin embargo, bien equívoca. Para algunos se identifica a la responsabilidad delictual[15]. Otros, en cambio, evitarán la noción de responsabilidad civil, pero usarán la noción (discutible: V. *infra*) de responsabilidad contractual. Según los autores, este término cubre siempre los daños y perjuicios (considerados en su función reparadora), algunas veces la ejecución en naturaleza, la cual es a menudo conectada al pago y estudiada

[11] En este sentido: Terré, Simler y Lequette, *Obligations*, Nº 858; Civ. 3ª, 28 feb. 1969, *Bull civ.* III, Nº 182. El término "corrección" es el que fue retenido para la versión de los Principios relativos a los contratos del comercio internacional de UNIDROIT.

[12] Así es para el *Traité de droit civil* bajo la dirección de Jacques Ghestin: Los daños y perjuicios consecutivos a la inejecución tratados en los tomos sobre la responsabilidad, por G. Viney; los otros aspectos de la inejecución de las obligaciones contractuales en el tomo sobre los efectos del contrato por J. Ghestin y M. Billiau; la ejecución forzada en otro volumen por editar.

[13] Es el caso de las distintas obras de MM. Mazeaud, del *Droit civil* de Marty y Raynaud, etc.

[14] V. las obs. pertinentes de Flour y Aubert, *Obligations II*, Nº 61.

[15] Por ej.: A. Tunc, *La responsabilité civile*, 1981, especialmente el prólogo; P. Jourdan, *Principes de responsabilité civile*, 1992; cf. Flour y Aubert, *Obligations II*, Nº 61 precitado.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con el régimen de las obligaciones, jamás la resolución judicial.

12. Otro reagrupamiento ya señalado está efectuado bajo el título "normas propias a los contratos sinalagmáticos", y engloba la excepción de inejecución, un remedio provisorio, la resolución por inejecución, una de las ramas de la opción de base, y separada de la otra rama, la teoría de los riesgos, la cual supone una inejecución no imputable al deudor. Uno puede asombrarse de que estas normas sean consideradas como excepciones, mientras que el contrato sinalagmático es el más importante, en un mundo donde el "servicio de amigo" es cada vez más escaso. Sería preferible invertir la presentación y señalar que algunas normas no se aplican a los contratos unilaterales[16].

Cada autor tiene entonces su propia manera de tratar la inejecución del contrato, con diferencias sensibles[17]. El único punto común es que ninguno reagrupa los remedios, salvo algunas excepciones[18].

La impresión de desorden y de imprecisión (en particular en la terminología) que se destaca de una lectura comparada de la doctrina no es sólo una cuestión de forma. La presentación diseminada tiene unas molestas incidencias sobre el fondo del derecho.

B. Los peligros de la presentación diseminada

13. La dispersión de los remedios en distintos lugares genera dos principales peligros. En primer lugar, la presentación diseminada falsea las perspectivas y enseguida favorece una invasión abusiva de la responsabilidad delictual.

[16] A tener en cuenta que, en el *common law*, el contrato es sólo el contrato sinalagmático. Si bien existe una categoría de *unilateral contracts*, la cual es distinta de nuestros contratos unilaterales. B. Nicholas, *French law of Contract*, p. 39.

[17] Dentro de los últimos aparecidos: Malaurie y Aynes, *Obligations*: un título "Normas particulares a los contratos sinalagmáticos", otro título "Responsabilidad contractual y ejecución forzada", con el pago, en el título Extinción de las obligaciones; V. mi acta, esta *Revista* 1991.210; A. Sériaux, *Droit des Obligations*, reagrupa bien los remedios, bajo el título engañoso de responsabilidad contractual; y la ejecución forzada está rechazada con el estudio de la extinción del lazo de la obligación; 5ª edición de Terré, Simler y Lequette, *Obligations*: un capítulo sobre la violación del lazo contractual con dos secciones: la responsabilidad contractual, las reglas especiales a la inejecución de los contratos sinalagmáticos y, otra parte, con el régimen general de las obligaciones, la ejecución forzada.

[18] Stark tiene un capítulo que reagrupa todas las sanciones y la inejecución, incluso la ejecución forzada. Pero conserva una sección especial para los contratos sinalagmáticos. Stark, Roland y Boyer, *Droit civil, Les obligations*. T. II, 4ª edición. p. 579-733.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

14. 1) A falta de una visión global, no podemos tener nada más que una perspectiva equivocada de la inejecución del contrato y de los remedios que éste abre. Preguntas esenciales para el acreedor burlado se esconden donde no esperamos encontrarlas; están descuidadas, o incluso olvidadas. Los ejemplos son numerosos: la opción del artículo 1184, la ejecución en naturaleza y el verdadero alcance del artículo 1142, los remedios de los artículos 1143 y 1144 están tratados de manera superficial. Están olvidadas todas las relaciones que los distintos remedios pueden tener entre ellos, las combinaciones a las cuales pueden prestarse. Fue revelado que, por el hecho del reagrupamiento de lo contractual y de lo delictual, los daños y perjuicios contractuales están contemplados principalmente en su función reparadora y no como una forma de ejecución del contrato, la ejecución por equivalente. Pero es este aspecto el que debe prevalecer (*infra* N° 46). El contrato está hecho primero para ser ejecutado[19] y la pretendida reparación no es en general más que el substituto de la ejecución. Geneviève Viney empieza su *Tratado de la responsabilidad* con la definición siguiente: "La expresión responsabilidad civil designa, en el lenguaje jurídico actual, el conjunto de normas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar este perjuicio ofreciendo a la víctima una compensación. Engloba *entonces* (soy yo el que subraya) la responsabilidad contractual como responsabilidad delictual". Este acoplamiento es deplorable y peligroso. La noción de responsabilidad civil es históricamente incierta (porque al contrario de lo que se escribe a menudo, Domat nunca la elaboró realmente), conceptualmente borrosa e intelectualmente inexacta. No se puede poner en el mismo plano los daños y perjuicios delictuales, los cuales tienen únicamente una función reparadora y los daños y perjuicios contractuales, los cuales, en caso de mantenimiento del contrato, desempeñan el papel de ejecución por equivalente (V. *infra*).

15. 2) Además, dentro de la pretendida responsabilidad civil, constatamos que lo delictual invade lo contractual y le hace perder su especificidad. Porque es lo delictual lo que sirve de modelo. Así, se establecen falsos paralelismos y se oculta las normas propias a la inejecución del contrato: lo mismo que existe una responsabilidad delictual por el hecho propio, el hecho de las cosas, el hecho de un tercero, se ha buscado una responsabilidad

[19] Lo que no es el caso en la tradición del *common law*, sobre todo en derecho norteamericano, si le creemos a la famosa frase de Holmes: el contrato sólo compromete a una ejecución voluntaria o a pagar daños y perjuicios.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contractual por el hecho propio, el hecho de las cosas, el hecho de un tercero (ver *infra*).

16. Puesto que la responsabilidad delictual por hecho propio supone un perjuicio, una culpa y un nexo causal, hay que encontrar a toda costa los mismos elementos en la "responsabilidad contractual".

Y sin embargo, el perjuicio no desempeña aquí el mismo papel. En materia delictual, es primordial: es el que genera la obligación de reparación. En materia contractual, es solamente la medida de la inejecución por equivalencia (bajo la reserva de la previsibilidad del artículo 1150). Algunos remedios como la resolución judicial[20] o la destrucción prevista por el artículo 1143[21] no necesitan la prueba de un perjuicio. A lo más podríamos reencontrar el perjuicio como el interés para actuar del acreedor, si no admitimos que la voluntad de ver el contrato ejecutado en naturaleza o por equivalencia no es, en sí, constitutivo de este interés.

En cuanto a la culpa, se confunde con la inejecución de la obligación (sea de medio o de resultado) y no es un elemento suplementario que se agrega a la inejecución, como lo es en el BGB o el nuevo Código Civil neerlandés[22]. Traté de mostrar, en otro lugar, que es perfectamente inútil y hasta nocivo hablar de una culpa en materia contractual[23].

17. Es también inútil buscar una "responsabilidad contractual por el hecho ajeno" y no comparto la opinión de G. Viney para quien "el silencio de los artículos 1146 a 1156 del Código Civil plantea una pregunta fundamental, la de la existencia, en nuestro sistema jurídico, de una responsabilidad contractual por el hecho ajeno, autónoma con respecto a la responsabilidad del hecho personal"[24]. Más aún, me alegro de esa inexistencia, porque la "responsabilidad" del deudor no puede ser nada más que personal. Salvo causa extraña, la inejecución es siempre imputable al deudor, haya sido o no directamente causada por el deudor mismo, su hijo, sus empleados o auxiliares. Y si se necesita un texto, adoptaría (ampliándolo a todos los remedios) el artículo 101 del código de las obligaciones suizo: "el que, aún

[20] Civ. 3ª, 5 feb. 1971, *Bull civ.* III, Nº 90 que presenta la misma no exigencia de un perjuicio como el derecho común de la ejecución; Malaurie y Aynes, *Obligations*, p. 408 y nota 17.

[21] Civ. 3ª, 19 mayo 1981, *Bull civ.* III, Nº 101; Civ. 3ª, 13 oct. 1981, *D.*1982.*IR.*290, obs. Giverdon.

[22] BGB § 276 (1); NBW art. 6.74 y 6.75.

[23] Pourquoi parler de faute contractuelle? *in Mélanges G. Cornu*, por editar.

[24] G. Viney, *Responsabilité*, I, p. 907.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de manera lícita, confía a unos auxiliares, tales como personas viviendo en concubinato con él o a unos empleados, el cuidado de ejecutar una obligación, es responsable ante la otra parte del daño que causen en la realización de su trabajo"[25]. Cierto que existen, en materia contractual, situaciones complejas[26] donde varias personas están implicadas en la inejecución del contrato: deudor substituido, representante, subcontratista, auxiliares de distintas naturaleza. Pero las preguntas que plantean estas situaciones son específicamente contractuales y las normas de la responsabilidad delictual no son de ningún socorro para tratarlas. Y la pregunta dicha del abuso de función del empleado se plantea también en términos totalmente distintos.

18. La existencia de una responsabilidad contractual por el hecho de las cosas es controvertida incluso por los que militan a favor de una teoría unitaria de la responsabilidad. La respuesta debe ser siempre la misma: poco importa que en la inejecución del contrato haya intervenido el hecho de una cosa. Todo depende de la obligación asumida por el deudor. Y desde que el acreedor no obtuvo lo que le fue prometido, es el deudor quien sufrirá las consecuencias. Aquí otra vez el acercamiento con la responsabilidad delictual por el hecho de las cosas no aporta nada. Podemos pasarnos de todos estos falsos paralelismos.

19. Tienen además el efecto perverso de ocultar la especificidad de lo contractual, bajo el pretexto de un parecido superficial. Basta con mirar cómo está generalmente tratada la pregunta de la participación del acreedor en la inejecución[27]. La mayor parte del tiempo está encubierta por la teoría de la culpa de la víctima, de la cual no se distingue lo suficiente[28]. Pero hecho del acreedor y culpa de la víctima son dos asuntos distintos, tanto en su sustancia como en sus consecuencias. El hecho del acreedor es normalmente una violación por éste de sus propias obligaciones, lo que contribuyó a la inejecución del contrato por el deudor: así, es el acreedor quien no se conforma a los consejos del fabricante y agrava de esta manera el daño debido a un defecto de concepción del aparato[29], o el concedente

[25] Cf. BGB § 278.

[26] Pensemos en la abundante jurisprudencia sobre la responsabilidad de las agencias de viaje. Cf. también el análisis hecho por A. Serieux, *Obligations*, p. 250 y s. Cf. también, en un asunto de deudor substituido, la sentencia fuertemente motivada de París, 26 feb. 1986, *D.* 1986.397, nota Vialard.

[27] La encontramos a veces estudiada en el extranjero bajo el nombre de *mora creditoris*, una expresión caída en desuso en Francia.

[28] Por ej. G. Viney, *Responsabilité*, I, pp. 501-513.

[29] Civ, 1ª, 9 oct. 1991, *Bull civ.* I, Nº 259, *D.* 1992.403, nota A. Penneau.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quien, rechazando al concesionario el crédito que se había obligado en dar, empuja a éste a abastecerse con otra empresa, en violación de una cláusula de exclusividad[30]. No podemos contentarnos con extender las normas delictuales. Hay una doble inejecución del contrato, que hay que tratar como tal. Y si la culpa de la víctima conduce solamente a una "división de responsabilidad" y a una reducción de los daños y perjuicios debidos, el hecho del acreedor puede interferir con todos los remedios[31], tanto para rechazarlos como para limitarlos si son divisibles. Un ejemplo: la construcción jurisprudencial de la resolución por culpas recíprocas o preponderantes por la cual la jurisprudencia modula o suprime los daños y perjuicios en caso de resolución, en función del comportamiento de las partes[32]. Una teoría general del hecho del acreedor, distinta de la teoría de la culpa de la víctima, llega a ser aún más necesaria de que se desarrollen las obligaciones de información, de referencia, de consejo, de colaboración, y de manera más general, de la ejecución de buena fe, tanto de parte del acreedor como de parte del deudor. Hay por eso que deshacerse del imperialismo de lo delictual.

20. Así la presentación diseminada de las consecuencias de la inejecución del contrato, como la encontramos según formas distintas, no deja tener una visión de conjunto, coordinada de estas consecuencias y no permite tampoco una presentación coherente de los remedios del acreedor. ¿No sería tiempo de reaccionar, inspirándose en algunos modelos extranjeros y de darle su plenitud y autonomía al derecho del contrato?

II. LA SUPERIORIDAD DE UNA PRESENTACIÓN GLOBAL

21. A la confusión y a la dispersión del derecho francés, podemos oponer el *common law*, que presenta dos ventajas. Primero, el contrato y la responsabilidad delictual son nítidamente separados. Porque el *common law* no se embaraza de una teoría general de las obligaciones por la cual no siente utilidad[33]. Descansa sobre dos ideas simples: la inejecución (*breach of*

[30] Com, 25 oct. 1983, *Bull civ.* IV, Nº 277.

[31] Lo que deja entender torpemente el art. 80 CVIM.

[32] V. nuestra contribución: La résolution du contrat aux torts réciproques, *in Mélanges Freyria*, por editar.

[33] Hay que matizar: desde hace algunos años, la doctrina inglesa se interesa por la teoría general de las obligaciones; y el derecho escocés la conoce desde siempre.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contract) y los remedios.

Tratemos entonces de ver lo que aportaría esta presentación global, entonces coherente, en derecho francés (A), lo que nos permitirá constatar cuánto tiene de esclarecedora (B).

A. Una presentación coherente

22. De manera muy pragmática, basta seguir simplemente el orden cronológico. El acreedor que se queja de la inejecución debe primero demostrar que realmente hay inejecución (1). El deudor opone sus medios de defensa (2) y si éstos fracasan, el acreedor elegirá su o sus remedios (3)[34].

23. 1) Quedémonos en la simplicidad, haciendo abstracción de las elucubraciones doctrinales. El punto de partida es evidentemente la inejecución de la obligación[35]. Se necesita entonces un contrato válido, entre el acreedor y el deudor, y que la obligación de la cual el acreedor invoca la inejecución haya nacido de este contrato.

Hay después que determinar el contenido de esta obligación, según las clasificaciones de la ley: hacer, no hacer, dar, y la de la doctrina recogida por la jurisprudencia: obligación de medio y obligación de resultado. Si deshacemos esta última distinción de las implicaciones teóricas que, de vez en cuando bajo una terminología distinta, le hemos dado y siendo admitido que a falta de criterio sólido no tiene un gran rigor científico, hay que reconocer que ofrece al juez referencias útiles para determinar lo que fue prometido. Y es comparando lo que fue hecho (o no fue hecho) con lo que fue prometido que podremos constatar si hay inejecución, sea total, parcial, defectuosa, tardía[36]. Obviamente, pertenece al acreedor comprobar todos los elementos constitutivos de la inejecución.

24. Dos observaciones importantes tienen que ser hechas en esta parte. La primera es ya conocida: no hay necesidad de hablar de culpa, menos de culpa "probada" o de culpa "presunta". La culpa se identifica a la inejecución,

[34] Obviamente las cosas no siempre se presentan de manera tan simple.

[35] Frecuentemente una obligación convencional. Pero el esquema es válido para todo tipo de obligación. Y, a diferencia de Planiol, tomo aquí el término obligación en su sentido técnico, tal como fue definido desde la Academia.

[36] Aunque la redacción del artículo 1147 ("inejecución" o "retraso en la ejecución") no parece cubrir todos los aspectos de la inejecución, el derecho francés no conoció las mismas dificultades que el derecho alemán a propósito de la noción de inejecución: V.M. Pédamon, *Contrat en droit allemand*, p. 142 y s.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que siempre tiene que ser probada. Simplemente, la prueba es más o menos fácil según el contenido de la obligación. Y no siempre es más fácil comprobar la inejecución de una obligación de resultado, porque puede tratarse de la prueba de un hecho negativo (el paquete no llegó...)[37].

Tampoco es necesario comprobar el perjuicio (*supra*, N°16).

25. 2) ¿Para oponerse a la acción del acreedor, qué puede hacer el deudor? Siempre esquematizando y recordando que puede haber medios de defensa propios a cada remedio (por ejemplo la gravedad de la inejecución en caso de resolución), el deudor puede impugnar o que haya inejecución, o que le sea imputable[38].

26. Para impugnar que hubo inejecución, el deudor puede negar la existencia del contrato o sostener que no era parte del contrato del cual el acreedor esgrime la inejecución (y tocamos entonces al problema de las acciones directas y de los grupos de contrato). Puede impugnar el contenido de la obligación de la que el acreedor le reprocha inejecución; puede tratar de probar que la prestación prometida fue efectuada[39].

27. El deudor puede también ponerse en el terreno de la inimputabilidad: hay inejecución pero esta se debe a una causa extraña –como lo enuncia el artículo 1148, el cual debe ser considerado como aplicable a todos los remedios. En este caso, el deudor no responde de la inejecución y ningún remedio puede ser invocado contra él. Queda entonces, para el contrato sinalagmático, el destino de la contraprestación, es decir la teoría de los riesgos. Todo eso parece muy simple.

La doctrina –y también la jurisprudencia– lo complicó a gusto. Y desgraciadamente la Convención de Viena no mejoró la situación por lo que respecta a la venta internacional. El régimen del impedimento, en el sentido del artículo 79, uno de los textos menos logrados de la CVIM, es particularmente confuso[40]. Y qué decir de lo borroso de la jurisprudencia en cuanto al carácter automático de la liberación del deudor, afirmado por el artículo 1722 en materia de arriendo, pero el cual es preferido a menudo

[37] V. mi artículo, "Pourquoi parler de faute contractuelle", *in Mélanges Cornu* (por editar).

[38] Para simplificar más aún, dejo de lado el juego de las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad.

[39] No es necesario hablar de ausencia de culpa.

[40] V. mi comentario en Bianca y Bonell, *Commentary on the international Sales Law*, Milan 1987, p.572 y s.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la resolución judicial, por contaminación del artículo 1184.

Puede existir igualmente inimputabilidad parcial cuando la inejecución es también debida al hecho del acreedor. Noté que esta pregunta estaba oculta por la teoría de la culpa de la víctima en materia delictual (*supra*, N° 19). Recuerdo solamente que aquí el hecho del acreedor puede tener una incidencia sobre todos los remedios y no sólo sobre los daños y perjuicios.

28. 3) A falta para el deudor de hacer aceptar sus medios de defensa, el acreedor tiene a su disposición un arsenal de remedios, cuya riqueza está en notable contraste con el remedio casi único o en todo caso muy preponderante de los daños y perjuicios en materia delictual. Y siguiendo nuestra simple vía cronológica, distinguimos los remedios preliminares y los demás.

29. En la frase preliminar, encontramos el emplazamiento, la excepción de inejecución y, muy a menudo descuidada, la renegociación. La primera plantea sobre todo un problema de política legislativa: ¿será necesario exigir del acreedor una advertencia solemne al deudor, para incitarlo a ejecutar voluntariamente? ¿Habrá que preferir *dies interpellat pro homine*? O adoptar el sistema intermediario del *nachfrist* del derecho alemán –el plazo suplementario acordado por el acreedor para que el deudor sea ejecutado[41]. Es el sistema adoptado por la CVIM que, en su artículo 59, excluye el emplazamiento y organiza el *nashfrist* a favor del comprador (art. 47-49) y del vendedor (art. 63-64). Sabemos que el derecho francés, fuera de la CVIM, utiliza un sistema de emplazamiento flexibilizado por la jurisprudencia. Y sin entrar en las viejas controversias, creo que hay que insistir sobre el lazo entre el emplazamiento y la buena fe: ésta impone también al acreedor advertir a su deudor que va a pasar a las cosas serias...

30. Viene después la excepción de inejecución, un remedio provisorio del cual sabemos que es un medio de presión y también de garantía. Su régimen queda todavía relativamente incierto, en particular en el punto de saber cuál tiene que ser la proporcionalidad entre la prestación incumplida y la prestación suspendida (caso de la suspensión de suministro por el no pago de una módica suma). Y hay que precisar también que la excepción no resuelve nada: fija la situación para un plazo indeterminado, esperando que el acreedor use un remedio definitivo.

[41] M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, p. 154.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

31. Hay en fin otra posibilidad de salir de la situación de inejecución: es la renegociación del contrato. Ante una dificultad de ejecución, las partes, preocupadas de salvar la relación contractual, entran en negociaciones para habilitar el contrato, por ejemplo por un escalonamiento de los vencimientos. Esta renegociación puede ser prevista desde la conclusión del contrato: es la cláusula de salvaguardia (*hardship*). Hasta vimos a jueces imponerlo, como un tipo de sucedáneo de la imprevisión: es el famoso fallo *EDF/SHELL française*[42], que no parece haber hecho escuela. Pero la renegociación puede ser espontánea, las partes pueden todavía modificar el contrato inicial. Podemos pensar que en la práctica, una adaptación así sería frecuente[43].

32. Si la inejecución persiste o en la ausencia de una adaptación convencional, el acreedor tiene que llegar a las soluciones definitivas. Se encuentra ubicado entonces frente a una elección fundamental inscrita, de manera torpe, en el artículo 1184: "o de forzar al otro a la ejecución de la convención cuando esto es posible, o de pedir la resolución de ésta con daños y perjuicios". Es la elección entre la vida y la muerte del contrato. La presentación diseminada no pone suficientemente de relieve esta elección, perdida entre las normas propias al contrato sinalagmático. Además, el artículo 1184 es demasiado a menudo mirado como describiendo sólo la resolución por inejecución y olvidamos la elección que abre. En fin, la primera rama de la alternativa parece, erróneamente, limitarse a la ejecución forzada, mientras existen otros remedios.

33. Dos observaciones sobre la resolución. En primer lugar, a propósito de su carácter judicial, sobre el cual el artículo 1184 insiste dos veces. Este carácter no se encuentra en la mayor parte de los otros derechos civiles y es en general criticado, a menudo de manera injustificada[44]. Y sabemos que la CVIM optó por la resolución por declaración unilateral (arts. 48 y 49). No hay tampoco que exagerar el peso de esa intervención judicial *a priori*. A menudo, después de la inejecución y la puesta en acción de la excepción de inejecución, el contrato muere sólo por la inacción de las dos partes. Además, en caso de emergencia, la jurisprudencia admite que la parte perjudicada ponga fin, ella

[42] París, 28 dic.1976, *JCP* 1978.II.18810, nota J. Robert.

[43] El libro de referencia es evidentemente A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Bib. derecho privado, 1980.

[44] D. Tallon, "La résolution du contrat pour inexécution imputable au débiteur", *Law in East and West*, Institute of Comparative Law, Waseda University, Tokyo, 1988, p. 597 y s.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

misma, al contrato, bajo reserva de un control judicial *a posteriori*.

La segunda observación es relativa a los poderes del juez: son muy amplios, con respecto a los demás remedios, tanto que es cierto que resulta peligroso ponerle fin a un contrato antes de su término. El juez tiene que averiguar que la inejecución es lo suficientemente seria[45]. Puede otorgar un plazo, no sometido a las restricciones impuestas al plazo de gracia del artículo 1244-1. Puede reemplazar la inejecución por daños y perjuicios, sustituyendo entonces su propia solución a la que había sido elegida por el acreedor, pronunciando la resolución con o sin daños y perjuicios (V. *infra*).

34. Si el acreedor prefiere optar por el mantenimiento del contrato, se le ofrecen posibilidades múltiples. Lo que le importa es obtener la prestación prometida, si es posible en naturaleza, pero también en parte o totalmente, por equivalencia, efectuando él mismo su propia prestación. Puede "forzar al otro a la ejecución", o directamente cuando es posible, a pesar de la letra del artículo 1142, o por la vía indirecta de la multa coercitiva; puede recurrir a los artículos 1143 y 1144. Puede también pedir daños y perjuicios, un remedio entre varios y que puede combinarse con otros (V. *infra*). Es por otra parte la única solución que le queda en caso de imposibilidad de ejecución imputable al deudor (el mozo de mudanzas que rompe el vaso de Sèvres), una situación que, al contrario del derecho alemán, no está evocada en el derecho francés[46]. Otra solución donde los daños y perjuicios son el único remedio posible: el caso en el cual el acreedor acepta una prestación defectuosa. Puede efectuar su propia prestación y pedir daños y perjuicios para compensar lo que no recibió[47]. Estamos cercanos aquí de la refacción (o reducción de la contraprestación), un remedio que durante largo tiempo fue limitado a la venta comercial y que hoy en día tiende a ser, tanto en jurisprudencia como en doctrina, un remedio de derecho común, para todo contrato (V. *supra* N° 9 y las notas). Hemos visto ya también que el juez podría ordenar la "corrección" (*cure*) de la inejecución por el deudor mismo (*supra* N° 9).

35. Y no podemos más que suscribirnos a la observación de J. Desperez:

[45] En los derechos que admiten la resolución por declaración unilateral, es necesario definir en qué casos el acreedor puede legítimamente resolver el contrato. Así, en la CVIM, la definición –bien desconcertante– del "incumplimiento esencial" (art 25) ampliamente inspirada en el *common law*.

[46] *L'unmögligkeit* del derecho alemán; V.M. Pédamon, *Contrat en droit allemand*, p. 142 y s.

[47] Como ejemplo: Com, 25 feb. 1981, 2 fallos, *Bull civ.* IV, Nos 111 y 112, *D.* 1981. IR.445, nota Larroumet, que precisa que no hay lugar a pedir la resolución o la redhibición de la venta para obtener daños y perjuicios.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Así, la variedad de las sanciones permite la adaptación de las técnicas a la diversidad de las mismas. Es signo de riqueza y de refinamiento de un sistema jurídico que no se satisface de sanciones brutales, de manera terminante", que arriesgaría dejar sin solución el verdadero "problema planteado por la inejecución". La técnica de la sanción "está puesta al servicio de su finalidad"[48]. Esa riqueza, que contrasta con los remedios limitados de la responsabilidad delictual, debe ser mejor revelada, porque es luminosa.

B. Una presentación esclarecedora

36. La presentación global tiene una ventaja obvia, en eso de ofrecer una visión coherente y clara de la situación del acreedor víctima del incumplimiento. Permite una construcción unitaria del derecho del contrato escasamente desarrollada por la doctrina francesa. La presentación agrupada facilita también la elección por el acreedor del remedio adecuado.

Y sobre todo, desde un punto de vista teórico, pone a la luz preguntas muy a menudo descuidadas por la presentación diseminada y por la atracción ejercida por la responsabilidad delictual. Hemos descubierto algunas mediante los desarrollos anteriores. El enfoque global obliga también a examinar más en detalle dos preguntas frecuentemente desconocidas, la elección del acreedor y la combinación de los remedios.

37. 1) El acreedor, lo sabemos, puede a menudo elegir entre la vida o la muerte del contrato. Y si opta por el mantenimiento de éste, todo un arsenal de medios está abierto para él. Conviene entonces estudiar esta elección como tal, admitiendo que aquí sólo puedo indicar las direcciones de investigación.

38. Podemos primero interrogarnos sobre los factores que pueden llevar el acreedor a hacer tal o cual elección[49]. Presentimos que estos factores pueden ser muy diversos. Pueden ser de naturaleza económica: por ejemplo una empresa que tiene dificultades de tesorería elegirá la resolución para recuperar los abonos pagados; o para deshacerse de un negocio ya no tan ventajoso o para efectuar una transacción de sustitución más provechosa. Hay también

[48] "Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial", *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XVII, 1968, p. 38 y s.

[49] Por lo menos cuando tal elección existe, lo que no es siempre el caso: V. por ej. la imposibilidad de ejecución imputable al deudor, ya señalada.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que tener en cuenta el grado de ejecución del contrato: la elección no será la misma según que el contrato fue (más o menos) parcialmente ejecutado o si no ha dado todavía lugar a ningún acto de ejecución[50]. Intervienen también las relaciones entre las partes, según que se trate de un contrato "*relacional*" o de un contrato "*discreto*". Actuaremos menos fácilmente en ejecución forzada contra una empresa con la cual trabajamos desde hace muchos años. También hay que tener en cuenta la velocidad y la eficiencia de los distintos remedios y de los gastos comparados que inducen. Y de muchos otros factores más[51]. ¿Por qué no considerar una investigación "de terreno" en los servicios jurídicos de las empresas?

39. El mecanismo de la elección merece también nuestra atención y en particular el papel respectivo del acreedor y del juez. Parece efectivamente que en un principio la elección del acreedor es libre: puede decidirse libremente a favor de tal o cual remedio (y de los procedimientos para ponerlo en ejecución), desde que las condiciones están reunidas –y bajo la reserva eventual de un abuso de derecho. No hay jerarquía entre los remedios, de remedios de primer rango y remedios subsidiarios[52].

40. ¿Cuáles son entonces los poderes del juez? La pregunta merecería ser profundizada, para orientar una jurisprudencia incierta o contradictoria. Me contento aquí con poner jalones. El juez puede interferir en la elección del acreedor en virtud de su poder moderador: plazo de gracia del artículo 1244-1 o plazo del artículo 1184[53].

41. El juez puede también intervenir *a priori*, porque es él quien acuerda el remedio: es el caso de la ejecución forzada y de la multa coercitiva, de la destrucción (art. 1143), de la ejecución por un tercero (art. 1144), de la resolución judicial (art. 1184). ¿Tiene entonces un control de oportunidad? ¿Puede reemplazar el remedio solicitado por otro que le parece más adecuado? En materia de resolución judicial, el artículo 1184 y la jurisprudencia dan a los jueces los poderes más amplios. ¿Eso llevaría hasta un control de oportunidad? Se necesitaría un estudio más detallado de la jurisprudencia en la materia,

[50] Una distinción a la cual la doctrina anglo-americana da con justa razón mucha importancia.

[51] Es útil desde este punto de vista consultar otra vez la doctrina norteamericana sobre la economía y la sociología del contrato, teniendo en cuenta un contexto distinto y abstenerse de sus excesos.

[52] Como es el caso del *common law*; V. también CVIM, art. 26.

[53] Poderes apartados por la CVIM, por la preocupación un poco ingenua de evitar en lo posible recurrir a los tribunales en el juego de los remedios, art. 45-3 y 61-3 CVIM.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

especialmente de las jurisdicciones inferiores. Y se necesitaría después buscar si los jueces estiman tener los mismos poderes para otros remedios.

El punto litigioso sobre el artículo 1143 es poco claro: el juez no tiene que tomar en cuenta el interés de los terceros. Parece bien que la jurisprudencia reciente considere que no tiene que controlar el interés del acreedor[54]. Y así fue decidido que la elección entre la acción estimatoria y la acción redhibitoria era totalmente libre[55]. Encontramos también fórmulas donde afirman que "los jueces determinan soberanamente las medidas propicias a reparar el daño"[56]. La fórmula es seguramente excesiva: difícilmente concebiremos que el juez transforme la elección del demandante que reclama sólo daños y perjuicios ordenando en su lugar la ejecución bajo multa coercitiva.

42. Qué decir de la intervención *a posteriori* del juez: ¿Excepción de inejecución, refacción e incluso daños y perjuicios? No hay que olvidar también el papel creciente de la buena fe; si las convenciones tienen que ser ejecutadas de buena fe, ¿eso no daría al juez un cierto poder de control sobre el ejercicio de los remedios?

Todo esto deja una molesta impresión de gran confusión. Una presentación global incitaría sin duda a la doctrina a preocuparse más de estas preguntas y guiar así a una jurisprudencia muy irregular.

43. 2) La presentación global debería también llamar la atención sobre otra pregunta muy descuidada, la combinación de remedios. Desde que el acreedor no quiere resolver el contrato, la meta de los remedios es obtener o en naturaleza, o por equivalente, la prestación prometida. Y para lograr esta meta, será a menudo necesario acumular estos remedios. Además, el artículo 1184 prevé por otro lado "la resolución con daños y perjuicios".

44. Los remedios pueden, en primer lugar, sucederse en el tiempo. Por ejemplo, la excepción de inejecución es normalmente provisoria y será seguida de un remedio definitivo: ejecución en naturaleza, resolución judicial, daños y perjuicios: o, más bien, no llegará a nada si las dos partes se desinteresan del contrato. De la misma manera, los daños y perjuicios moratorios se adicionan a menudo a los otros remedios, cuando el deudor no se ejecuta

[54] Soc. 24 enero 1979, *D.* 1979.619, nota Serra. Pero la jurisprudencia no parece bien fijada.

[55] Civ. 1°, 11 jun 1980, *Bull civ.* I, N° 185. Leeremos con interés el análisis de G. Viney, *Obligations*, II, p. 61 y s. que demuestra bien la confusión de la jurisprudencia.

[56] Com. 18 marzo 1969, *D.* 1969.665 nota R. Rodière; V. también Civ. 1°, 20 enero 1953, JCP 1953. II.7677 nota P. Esmein; A. Seriaux (*Obligations*, p. 231) deduce de eso que la elección depende en definitiva sólo del juez.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aún. Y cuando el deudor no se ejecuta incluso después de una condena bajo multa coercitiva, habrá lugar a la liquidación de la multa coercitiva y después a la resolución del contrato y al pago de daños y perjuicios moratorios y compensatorios. Es entonces necesario ver cómo estos remedios se combinan entre ellos y qué influencia pueden tener el uno sobre el otro. Por ejemplo, el cálculo de los daños y perjuicios moratorios podrá ser influenciado por el hecho que hubo o no suspensión de la ejecución por el acreedor de su propia prestación.

45. La cuenta de los remedios definitivos plantea, en primer lugar, la pregunta de su compatibilidad. Por ejemplo, no podemos pedir a la vez la resolución y la ejecución del contrato[57]. Hay un principio de coherencia que respetar.

Son los daños y perjuicios los que principalmente se combinan con los otros remedios. Cierto, los daños y perjuicios moratorios son los únicos debidos si lo adeudado se ejecuta pero atrasado. Y sólo son debidos los daños y perjuicios cuando el deudor acepta una prestación defectuosa. Pero lo más frecuente es que haya una combinación y los daños y perjuicios, más que una función reparadora del daño, tienen entonces por objeto complementar la ejecución, está vez por equivalente. Sería conveniente buscar, en cada combinación posible, cómo se calculan los daños y perjuicios, por ejemplo cuando éstos están destinados a permitir una transacción de sustitución. Y es obvio que no hay nada comparable en materia delictual. Es lo mismo cuando los daños y perjuicios acompañan la resolución judicial. Aquí tienen un objeto propio: tienen que compensar un perjuicio causado al acreedor de la inejecución del contrato. Habría lugar a buscar cómo aplicar las directivas del artículo 1149 (pérdida sufrida, ganancia perdida). Un ejemplo (de inspiración norteamericana): el contrato resuelto era un *bad bargain*, un contrato perdedor... Además, sabemos (*supra*) que por imitación de las normas del divorcio, los tribunales imaginaron una resolución judicial "a las culpas recíprocas" (sin daños y perjuicios), condenada salvo excepciones por la Corte de casación o a las culpas preponderantes, con daños y perjuicios modulados en función del comportamiento de las partes. Aquí también, habría lugar a buscar a cuáles normas específicas está sometida la evaluación

[57] No se puede pedir la resolución de una venta contra una renta vitalicia y el pago de las cuotas vencidas: Civ. 3ª, 7 jun 1989, JCP 1990.II.81456, nota Dagorne-Labb, Defrénois, 1990.360, nota J-L Aubert, com. Mestre, esta *Revista* 1990.473.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los daños y perjuicios.

46. Existe, es cierto, casos donde podemos usar las mismas normas que en materia delictual (bajo reserva, obviamente, de la norma del artículo 1150)[58]: no hay razón para indemnizar distintamente al que fue transportado gratuitamente del que fue transportado en virtud de un contrato. Pero en muchas otras situaciones, el contexto es distinto y sería conveniente volver a darle su especificidad a los daños y perjuicios contractuales.

CONCLUSION

47. Estas palabras nacieron de una enseñanza de doctorado –el último de mi período de actividad- y es lo que explica su carácter un tanto provocador. Porque el tercer ciclo de nuestra enseñanza está hecho para relativizar, incluso molestar, las certezas adquiridas durante los cuatro primeros años de estudios: estas palabras van efectivamente en contra de la doctrina dominante y de la jurisprudencia que la sigue. Parecen faltarle el respeto a Domat y Planiol. Rechazan la tendencia que se dice moderna hacia un concepto único de responsabilidad civil. Y van incluso hasta preferir una presentación venida de afuera.

Y sin embargo, me parece preferible tratar globalmente el derecho del contrato, de su formación a su inejecución. Cierto, existen zonas comunes con el derecho de la responsabilidad delictual, en particular la función de reparación. Pero podemos reenviar. La presentación autónoma del derecho del contrato destaca mejor la importancia del contrato en la vida del derecho, e incluso su desarrollo necesario en los sistemas económicos que se consideran liberales[59].

Otra ventaja de la presentación global es que hace al derecho francés más accesible a los juristas extranjeros, acostumbrados a esta presentación.

Y aun si no queremos remecer el derecho francés de las obligaciones, nos sería posible introducir en el Código Civil un texto parecido al artículo

[58] No insisto sobre este texto, tema de controversia entre los defensores de una responsabilidad civil unitaria y los defensores de la especificidad de la "responsabilidad contractual". Basta con reenviar el trabajo tan convincente de la Sra. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel, Défense et illustration de l'article 1150 du code civil*, tesis París II, 1979 (dáctil.).

[59] Sé perfectamente que algunos hablan en los Estados Unidos de la muerte del contrato y que, sin ir hasta allá, se trata de una nueva orientación del derecho del contrato basada en la idea de *reliance*, es decir de confianza en la promesa (*Le contrat aujourd'hui*, p. 415, Nº 7). Esta teoría descansa sobre bases totalmente ajenas a los principios del derecho francés.

Artículo: La inejecución del contrato: para otra presentación
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Denis Tallon

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1590 del nuevo Código Civil de Québec (entrado en vigor el 1 de enero de 1994), que presenta la gran ventaja de enunciar todas las posibilidades ofrecidas al acreedor[60]:

"La obligación confiere al acreedor el derecho de exigir que sea ejecutada íntegra, correctamente y sin atraso.

Cuando el deudor, sin justificación, no ejecuta su obligación y está constituido en mora, el acreedor puede, sin perjuicio de su derecho a la ejecución por equivalencia de toda o parte de la obligación:

1°) forzar la ejecución en naturaleza de la obligación;

2°) obtener, si la obligación es contractual, la resolución o la resciliación del contrato o la reducción de su propia obligación correlativa;

3°) tomar todo otro medio que prevea la ley para la puesta en ejecución de su derecho a la ejecución de la obligación".

Estas casi *ultima verba* no tienen otra meta que abrir perspectivas nuevas, direcciones de investigación, quizás también controversias estimulantes[61].

[60] La presentación general de este código tiene una sección intitulada "De la puesta en ejercicio del derecho a la ejecución del contrato", donde están reagrupados todos los remedios (art. 1587 a 1624).

[61] Ver algunas referencias relacionadas con el tema: J. Flour y J.L. Aubert, *Les Obligations* 1. *L'acte juridique*, 5ª ed. por J.L. Aubert, 1991; *Les Obligations* 2. *Le fait juridique*, 5ª ed. por J.L. Aubert, 1991; P. Malaurie y L. Aynes, *Droit civil, Les Obligations*, edición 1993/94; B. Nicholas, *The French Law of Contract*, 2ª ed., Oxford, 1992; M. Pedamon, *Le contrat en droit allemande*, Paris, 1993; A. Seriaux, *Droit des Obligations*, Col. derecho fundamental, 1992; D. Tallon y D. Harris (bajo la dirección): *Le Contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Bib. derecho privado, t. 196, 1987; F. Terre, Ph. Simler e Y. Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, 5ª ed. 1993; G. Viney, *Traité de droit civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, *Les Obligations, la responsabilité: conditions*, 1982; *La responsabilité: effets*, 1988.