

El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)*

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Estudio preliminar.*—II. *Traducción del Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones (arts. 1101 a 1386 del Código civil) y del Derecho de la prescripción (arts. 2234 a 2381 del Código civil) con la Presentación general y las exposiciones de motivos. Informe presentado al Ministro de Justicia.*

I. ESTUDIO PRELIMINAR

En el movimiento que se está produciendo en los países de la Unión Europea encaminado a la reforma del Derecho de obligaciones se enmarca el Anteproyecto francés, dirigido a que Francia tenga un Código civil adecuado al momento presente, con influencia en el concierto europeo, ya que actualmente la posición francesa es de inferioridad frente a otros países, como Holanda, Alemania, Québec y Brasil¹. Este Anteproyecto se concibió en el año 2003, viendo la luz el 22 de septiembre de 2005, siendo presentado al Ministro de Justicia, el señor Pascal Clément, por el profesor Catala, acompañado por los profesores Viney y Cornu². No hay

* Agradezco a mi buen amigo, Sergio CÁMARA LAPUENTE, la amabilidad que ha tenido conmigo al enviarme la traducción inglesa del Anteproyecto francés.

¹ CATALA, «Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats», en *La Semaine Juridique-Edition Générale*, núm. 39, I-170, 28 de septiembre de 2005, p. 1739. Entrevista a cargo de Alexandra DECOUX y Caroline SORDET.

² CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

que olvidar el gran papel que ha desempeñado en su génesis y culminación la Asociación Capitant, cuya intervención permitió promoverlo en la Cancillería³. El Anteproyecto tiene su origen en la preocupación de un grupo de civilistas universitarios (treinta y seis en total), concedores del importante movimiento europeo dirigido a la modernización del Derecho de obligaciones. Se trataba sobre todo de confrontar el Derecho francés con los *Principios europeos de Derecho de los contratos* elaborados por la Comisión Lando⁴. Por ello estos civilistas, seguramente los que tienen una mayor autoridad científica en Francia en el ámbito del Derecho de obligaciones, se reunieron en el año 2003 para reflexionar sobre si era conveniente que el Derecho de obligaciones francés estuviera en total convergencia con dichos Principios, o si no lo era, porque podía contravenir excesivamente a la tradición nacional. Además, se tuvo en cuenta, a la hora de elaborar el Anteproyecto, que el Derecho contractual está proliferando fuera del Derecho civil. Se trata de un fenómeno de externalización de la materia. Se han producido importantes innovaciones jurídicas que, como señala Catala⁵, convenía insertar en el Derecho común de los contratos. Por ello, se considera necesario devolver al Código civil su papel de Derecho común de los contratos, porque en él se encuentra su sede natural.

El Anteproyecto ha sido presentado a la comunidad por el Ministro de Justicia para su valoración. Una vez que se concluya la consulta pública, pasará al Consejo de Estado y al Consejo de Ministros, y será presentado al Parlamento. Esto se realizará, tal como anunció el Presidente de la República en su discurso, con ocasión de las ceremonias del bicentenario del Código de Napoleón, en el plazo de cinco años si sigue existiendo voluntad política⁶. Está siendo en la actualidad objeto de una viva contro-

³ CATALA, *op. cit.*, p. 1741.

⁴ Llama la atención que en la Presentación general del Anteproyecto y en las diversas exposiciones de motivos no se aluda a los *Principios europeos de Derecho de daños*, que ya han sido publicados en la obra *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, 2005, con una excelente traducción al español y al catalán por MARTÍN CASALS y RUDA, y sobre los que una Comisión que dirigió VON BAR y ahora KOZIOL y de la que forma parte el profesor MARTÍN CASALS, trabaja desde hace más de una década, cuando en el Anteproyecto se regula con amplitud la responsabilidad civil. Existe una gran similitud en cuanto al método entre los *Principios europeos de Derecho de los contratos* y los *Principios europeos sobre Derecho de daños*, conciliándose en ambos la regulación de *common law* y *civil law* (TRILLO GARCÍA, reseña a los *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, 2005, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 215). No obstante, hay que subrayar que forma parte de la Comisión un representante francés, Olivier MORÉTEAU, siendo además uno de los pocos miembros de la misma que ha intervenido en la redacción final de los *Principios*, europeos sobre Derechos de daños.

⁵ CATALA, *op. cit.*, p. 1739.

⁶ CATALA, *op. cit.*, p. 1741.

versia, no sólo en Francia, sino más allá de sus fronteras. Hay que tener en cuenta que en los países de la Unión Europea y en las propias instituciones comunitarias se debate la reforma del Derecho de obligaciones, habiéndose producido ya en algunos países de la misma, como Holanda y Alemania, según dijimos anteriormente. En España también se estudia por numerosos civilistas esta importante cuestión, siendo cada vez más creciente el número de congresos, reuniones y estudios científicos que versan sobre ella⁷. Es indudable que lo que acontezca en Francia repercutirá en el seno de la Unión Europea y en otros países, especialmente en Latinoamérica, y por tanto, es imprescindible conocer adecuadamente el Anteproyecto.

El Anteproyecto francés es objeto de alabanzas y críticas, por regular el tema que más interés suscita en el panorama del Derecho privado europeo, que cuenta con fervientes partidarios, por considerarlo muy útil para el buen funcionamiento del mercado interior en la Unión Europea, aunque también hay autores que ponen en cuestión dicha uniformidad, alegando que es necesario respetar la tradición jurídica nacional.

En el Anteproyecto aparece un texto articulado que supera los trescientos artículos, donde figura el régimen del contrato y de las obligaciones convencionales, la prueba de las obligaciones, los cuasicontratos, la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, y la prescripción. Aparecen numerosas exposiciones de motivos, realizadas por los que han participado de manera activa en su elaboración, las cuales son esenciales para entender el sentido de la reforma proyectada.

En Francia se valora extraordinariamente al Código civil de 1804, el denominado Código de Napoleón, considerando por esto que sólo es acertado renovarlo, pero no destruirlo. El objetivo no es otro que modernizarlo. Se piensa que muchas de las soluciones del Código de Napoleón conservan su valor después de dos siglos de aplicación. Por ello el Anteproyecto no propone una ruptura, sino un ajuste. Se pretende la modernización del Código civil en su parte más dinámica, sin implicar una quiebra, porque se considera que hay que mantener su estructura y forma, habiéndose decidido seguir el actual plan del Código civil, de tal manera que, como señala Catala⁸, la lógica actual es conservada, y lo que es

⁷ Amplia información en la *Crónica de Derecho privado europeo*, a cargo de MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, que se publica periódicamente en el *Anuario de Derecho Civil*.

⁸ CATALA, *op. cit.*, p. 1739.

más importante, en lo sustancial los principios que informan al Código civil.

Sin embargo, el Anteproyecto no se limita a llevar a cabo una codificación del Derecho existente. Se va más lejos. No siempre se sigue a la jurisprudencia, aunque la misma se tiene en cuenta a lo largo de todo él. Como pone de relieve Catala⁹, el Anteproyecto no podía realizarse sin la incorporación a la ley de los principios jurisprudenciales establecidos. En efecto, la estabilidad de los Títulos III y IV se explica en gran parte por la labor interpretativa del Tribunal de Casación. Abundan las ilustraciones. Las normas actualmente disponibles han sido elaboradas por casi dos siglos de jurisprudencia en este ámbito. Claramente se aprecia la obra de la jurisprudencia en el conjunto de este Anteproyecto.

El Anteproyecto trata de establecer un justo reparto entre el espíritu de los siglos y las necesidades del tiempo presente, como observa Catala en la Presentación general del mismo. Se desea conseguir esta combinación, no pareciendo que el resultado alcanzado coincida con los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando. Existen convergencias en importantes materias, como la formación del contrato, los vicios del consentimiento, la representación y sobre todo la prescripción. Pero en otras materias las soluciones de los *Principios europeos* suscitan reservas¹⁰. Las divergencias son mucho más abundantes y notorias que las convergencias. Hasta tal punto que puede decirse que no son los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando, ni los *Principios de Unidroit*, ni los *Principios europeos sobre Derecho de daños*, ni el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos* las principales fuentes inspiradoras del Anteproyecto, como tampoco la *Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, el Derecho anglosajón o los Códigos civiles de Holanda y Alemania, sino la tradición nacional, acogiéndose fundamentalmente las construcciones doctrinales y jurisprudenciales francesas que se han elaborado en los dos últimos siglos.

Con el Anteproyecto no se busca innovar por sistema el Derecho de obligaciones. Se trata más bien de colmar las numerosas lagunas existentes en el Código civil con las soluciones establecidas por la doctrina y la jurisprudencia francesas. También se ha querido adoptar soluciones sobre cuestiones a propósito de las cuales la jurisprudencia está dividida o es criticada por la doctrina. Se suprimen las disposiciones que se consideran caducas o inoportu-

⁹ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

¹⁰ *Idem.*

nas. Además se introducen nuevas disposiciones cuando se considera necesario adecuar el Derecho de obligaciones a las exigencias de la realidad contemporánea. Las lagunas se colman con soluciones adecuadas a la realidad de nuestro tiempo, lo cual se manifiesta especialmente en el contexto económico. Como observa Catala ¹¹, el Derecho civil es hoy en día, más que nunca, el corazón de la vida de los negocios, de tal manera que el capítulo destinado en el Anteproyecto a la reforma de las operaciones sobre créditos constituye una adaptación al contexto económico. Un Código civil modernizado debe establecer para el comercio de los créditos un régimen jurídico homogéneo. Por primera vez, son agrupadas la cesión de créditos, la subrogación, la novación y la delegación, operaciones que, desde una perspectiva económica, tienen vínculos estrechos. El crédito debe ser considerado como un elemento activo, llamado a circular o a constituir el fundamento de las nuevas relaciones obligatorias. No hay que subestimar el considerable impacto que tendrá la reforma del Derecho de obligaciones sobre la economía, aunque la reforma del Derecho de las garantías puede producir efectos más inmediatos en este ámbito.

No es un objetivo del Anteproyecto la protección del consumidor. Como señala Catala en la Presentación general, incumbe a otras leyes la protección específica del mismo. Por eso el Código civil se dirige de manera indiferenciada a todo ciudadano, lo cual está presente en el Anteproyecto.

Resulta muy llamativo, sin embargo, que en una institución tan importante como la prescripción, que reclama una reforma urgente del Código civil, por las duraciones excesivas, la multiplicidad de los plazos y las incoherencias de su régimen, se haya seguido en el Anteproyecto un método muy diferente al adoptado para reformar el Derecho de obligaciones, núcleo central del mismo.

Las normas del Anteproyecto están inspiradas en los nuevos preceptos que reforman al Código civil alemán y en las propuestas enunciadas por los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando y los *Principios de Unidroit*. Un excelente civilista francés, como es Malaurie, pone de relieve maravillosamente en la exposición de motivos del Anteproyecto sobre la prescripción las numerosas ventajas de este método de reforma legislativa, en relación con el que se ha acogido para reformar el Derecho de obligaciones: traduce el nuevo espíritu de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo, que se concreta no solo en una tendencia a una

¹¹ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

cierta unificación, sino sobre todo cada vez más unida a la rapidez de las operaciones contractuales.

Malaurie se aparta claramente de los criterios adoptados en el Anteproyecto para reformar el Derecho de obligaciones, lo cual, sin embargo, no pone en cuestión la coherencia del mismo. Esto hubiera sucedido si otros autores del Anteproyecto hubiesen seguido el método adoptado por Malaurie, en contraste con los restantes, a la hora de afrontar la regulación de las obligaciones convencionales, el contrato y la responsabilidad civil. En todo caso, la postura de Malaurie plantea la cuestión de si no hubiera sido útil seguir a lo largo de todo el Anteproyecto el criterio que se ha acogido para disciplinar la prescripción, si es cierto que presenta las ventajas apuntadas por él. Tal vez lo ideal hubiera sido acoger las propuestas imperantes en el panorama europeo para reformar el Derecho de obligaciones, teniendo en cuenta sus principios estructurales, sin olvidar la tradición nacional francesa, en la medida que sea compatible con los mismos. Lo que resulta discutible es que prime de manera casi absoluta la tradición nacional francesa sobre los *Principios de Derecho europeo de los contratos*, los *Principios de Unidroit*, los *Principios de Derecho de daños* y el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos*, sin tener en cuenta la *Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*. Este es el aspecto más cuestionable del Anteproyecto. No obstante, hay que subrayar que se han incorporado al mismo, con rigor y claridad, como apuntamos anteriormente, las principales construcciones de la doctrina y la jurisprudencia francesas, como la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios, el precontrato, la estipulación por otro, la resolución unilateral, la responsabilidad por actividades peligrosas y otras muchas. Uno recuerda la famosa obra de Capitant¹² al aludir a las grandes construcciones del Tribunal de Casación francés, perfectamente reflejadas en el Anteproyecto.

Otra cosa es que el Anteproyecto francés pueda ser el modelo que haya que seguir para reformar el Derecho de obligaciones en los países de la Unión Europea, como lo fue en el siglo XIX el Código de Napoleón a nivel universal.

Se plantea la posible exportación a toda Europa del Anteproyecto. En este sentido, Catala¹³ señala que el Anteproyecto quiere dar al Código civil una proyección internacional. El texto va a ser traducido a varios idiomas: inglés, alemán, español, italiano, árabe

¹² CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8.ª ed., por WEILL, TERRÉ y LEQUETTE, París, 1994.

¹³ CATALA, *op. cit.*, pp. 1740-1741.

y japonés. Facultades de Derecho extranjeras han aceptado asumir esta tarea de manera gratuita. Además, se realizarán coloquios en Francia y en el extranjero. Es indiscutible que en los distintos países donde todavía no se ha reformado el Código civil en materia de obligaciones, la reforma francesa ha de ser tenida en cuenta por presentar aspectos positivos. Sin embargo, se trata de una reforma que se inspira casi totalmente en la tradición nacional francesa, como hemos apuntado, lo que determina que sea problemático que pueda ser la base de la reforma del Derecho de obligaciones en los países que integran la Unión Europea, como lo fue en la época de la codificación el Código de Napoleón. Tal vez por ello en la actualidad se observan profundas discrepancias entre el Anteproyecto francés y las reformas del Derecho de obligaciones operadas en el Código civil holandés y el Código civil alemán.

A la hora de enjuiciar el Anteproyecto es fundamental determinar si el mismo está en armonía con el Derecho comunitario europeo.

En el Derecho comunitario europeo se propugna la armonización legislativa del Derecho contractual, tal como evidencia Arroyo i Amayuelas¹⁴, que expone el proceso seguido en este ámbito.

Como observa Catala¹⁵, el Derecho comunitario tiende a penetrar ahora en los ámbitos más tradicionales del Derecho privado. Son conocidas las tres Resoluciones del Parlamento europeo de 1989, 1994 y 2001 sugiriendo la necesidad de la codificación del Derecho privado. También lo es la conclusión del Consejo de Europa de Tempere, en 1999, según la cual debía realizarse un estudio global sobre la posibilidad de aproximar las legislaciones en materia civil. Y no menos comentada ha sido la consulta de la Comisión europea de 11 de julio de 2001, acerca de cuál debía ser la mejor estrategia a seguir en el desarrollo del Derecho contractual europeo. En su respuesta, el Parlamento europeo, en la ya citada Resolución de 2001, tras alabar los fines prácticos y económicos de la armonización, dirigió una petición a la Comisión para que, tras una profunda consulta científica, elaborase un Plan de Acción en el proceso de armonización del Derecho civil y del mercantil de los Estados miembros. Abogaba también por la creación de un cuerpo uniforme de normas de Derecho patrimonial que fuera más allá del Derecho contractual. El Consejo de Europa reconoció la bondad de tal planteamiento. Tiempo después, en el año 2001, el Consejo Económico y Social publicó su Dictamen. Se trata de un texto muy

¹⁴ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil (Derecho sustantivo): un balance que tiene como protagonista al Derecho contractual» en *Cronica de Derecho privado europeo*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2005-I, pp. 213 ss.

¹⁵ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

detallado, cuyos aspectos innovadores, en relación con los planteamientos de la Comisión, son, de un lado, la necesidad de contar con la situación jurídica de los países próximos a adherirse a la Unión Europea y, por otro, el respeto tanto a la tradición jurídica nacional como al orden público económico europeo.

Teniendo en cuenta todos estos informes y resoluciones, el Plan de Acción sugerido por el Parlamento europeo fue efectivamente llevado a cabo por la Comisión europea, con fecha 12 de febrero de 2003. En él se propuso la adopción de tres medidas: aumentar la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, para lo cual se debía elaborar un «marco común de referencia» que estableciera una terminología uniforme, una adaptación de las normas al contexto actual y un contenido homogéneo; la elaboración de cláusulas tipo contractuales a nivel comunitario para evitar costes de negociación y facilitar el conocimiento del Derecho aplicable a la relación contractual y la creación de un instrumento opcional que contuviera reglas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior¹⁶.

Se aborda en el Plan la mejor manera de actuar. Se pretende reformar la actual legislación y, si es posible, elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual. Otro aspecto del mismo tiene que ver con la idea de que aún no es posible la promulgación inmediata de un Código uniforme en todos los Estados. No obstante, se propone la elaboración de un instrumento que contenga normas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior al que, definitivamente, se aspira.

Con fecha 10 de octubre de 2003, la Resolución del Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente aprobó sin reservas el Plan de Acción de la Comisión europea, propugnando la creación del «marco común de referencia», que, amén de respetar el principio de subsidiariedad, también debería respetar las culturas jurídicas de los Estados miembros¹⁷.

No está claro cómo ha de elaborarse el «marco común de referencia». No se especifica si éste debe tomar como base la legislación comunitaria, opción que justificaría la existencia del Grupo *Acquis Communautaire*¹⁸, o bien si también se deben considerar

¹⁶ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea» en *Crónica de Derecho privado europeo*, coordinada por MORALES Y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 268.

ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 216.

¹⁷ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

¹⁸ Este grupo centra su campo de estudio en la legislación y jurisprudencia comunitarias, con el objeto de elaborar unos principios coherentes a partir del Derecho comunitario

otras propuestas. Como apunta Arroyo i Amayuelas¹⁹, la insistencia con la que todos los documentos referidos aluden al respeto a la tradición jurídica nacional de los Estados miembros hace pensar en esto último. Y, por lo tanto, se supone que también deberán ser tenidas en cuenta las propuestas del *sof law*, sobre todo, los *Principios* de la Comisión Lando, los *Principios europeos sobre Derecho de daños* y los *Principios de Unidroit*, aunque no siempre éstos y la legislación comunitaria parten de las mismas premisas.

El 11 de octubre de 2004, la Comisión Europea emitió una nueva comunicación (*Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre*), en la que plantea en concreto las medidas que permitirán hacer realidad las propuestas evaluadas. De momento, avisa que no se pretende proponer un Código civil europeo que armonice los Derechos existentes en los Estados miembros y estima necesario continuar contemplando la posibilidad de un instrumento que tenga carácter opcional, cuya elaboración correría paralela a la mejora del *acquis communautaire* y la realización del «marco común de referencia», cuyo plan de desarrollo explica y cuya adopción está prevista para el año 2009²⁰.

El 23 de septiembre de 2005, la Comisión europea hizo público el primer informe anual sobre los trabajos que se vienen realizando en relación con la revisión del acervo comunitario y en el que se aunan las pautas de trabajo futuras.

En el informe se explica cómo se ha procedido a la creación de la red del marco común de referencia, su funcionamiento y las prioridades para el futuro²¹. Dentro del 6.º Programa Marco de la Unión Europea y mediante un contrato firmado con la Comisión europea, se ha creado, en mayo de 2005, la red de excelencia *Common Principles of European Contract Law*, coordinada por Schulte-Nolke. En esta red de redes cooperan varias Universidades, instituciones y otras organiza-

en vigor (los denominados *Acquis-Principles*) a fin de elaborar el «marco común de referencia» de que habla la Comisión europea en su Plan de Acción. Por tanto, no parte de la comparación entre los diversos sistemas nacionales, como hace, por ejemplo, la Comisión dirigida por LANDO para el establecimiento de los *Principios europeos de Derecho de los contratos*, sino del acervo comunitario existente. El Grupo ha publicado de acuerdo con este método una importante monografía, titulada *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, bajo la dirección de SCHULTZE, EBERS y GRIGOLEIT (recensión por CÁMARA LAPUENTE en el *Anuario de Derecho Civil*, 2004, pp. 229-241). Sobre los aspectos más destacados del Grupo *Acquis*, PASA, «Nuevos proyectos y grupos de investigación», en *Crónica de Derecho privado europeo*, dirigida por MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1309-1310.

¹⁹ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

²⁰ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

²¹ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de contratos en la Unión Europea», *cit.*, pp. 268-269.

ciones, así como más de ciento cincuenta investigadores de casi todos los Estados miembros y juristas concedores de la práctica (representantes de asociaciones de consumidores, jueces y abogados). La red trabaja en la realización de un Proyecto sobre el «marco común de referencia». Esto incluye el Derecho de los contratos, pero también materias relevantes para el mercado, como las garantías o la responsabilidad extracontractual²².

La Comisión europea considera imprescindible la coherencia entre el Derecho general de los contratos y las regulaciones específicas sectoriales.

Desde marzo de 2005 se han celebrado los talleres siguientes: contratos de arrendamiento de servicios; franquicias, agencias y distribución; derechos de garantías personales; gestión de negocios ajenos; enriquecimiento injusto; noción y funciones del contrato; y noción de consumidor y profesional.

También se considera necesario la búsqueda de una terminología uniforme. En este sentido destaca el Proyecto *Syllabus*, con los trabajos dirigidos por Ajani en el marco del V Programa Marco IHP, financiado por la Comisión europea, habiéndose publicado una obra tan importante como la de Ajani y Ebers (editores), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, 2005, con recensión de Fernández Gregoraci en el *Anuario de Derecho Civil* (2006, pp. 809-812).

La Comisión europea emitirá una serie de recomendaciones sobre la racionalización y la simplificación del acervo contractual, a fin de eliminar las incoherencias, solapamientos, barreras del mercado interior y distorsiones de la competencia que pudieran existir²³.

Se ha celebrado en Londres un Congreso sobre el Derecho europeo de contratos, organizado el 26 de septiembre de 2006, por la Presidencia británica y la Comisión europea. El evento ha supuesto el encuentro inaugural del Fórum europeo de discusión previsto en la Comunicación de 2004, que ha permitido agrupar a los expertos de la red marco común de referencia y la red de expertos de los Estados miembros, Ministros, *senior officials* y miembros del Parlamento europeo. Se pusieron de relieve los temas principales del «marco común de referencia» y la revisión del *acquis* en materia contractual a lo largo del primer año de trabajo²⁴. Se aboga porque no se limite

²² ARROYO I AMAYUELAS, «Nuevos proyectos y grupos de investigación», en *Crónica de Derecho privado europeo*, coordinada por MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 334-335.

²³ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea», *cit.*, p. 269.

²⁴ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea», *cit.*, pp. 270-271.

el contenido del «marco común de referencia» al estricto Derecho contractual. A esta conclusión han llegado Von Bar y Drogmig²⁵ y los autores que investigan bajo su dirección, teniendo en cuenta el encargo que, tras una solicitud pública, les hizo la Comisión europea el 21 de enero de 2003 para realizar un Estudio relativo a los derechos reales y al Derecho de la responsabilidad extracontractual en su relación con el Derecho contractual. Propugnan la interacción entre el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de cosas y el Derecho de daños, con la consiguiente armonización conjunta de todas estas materias de Derecho privado. La idea central consiste en que no resulta técnica ni económicamente acertado legislar sobre el Derecho contractual si no se abordan asimismo el Derecho de cosas y el Derecho de daños. Esta conclusión se refuerza con el aserto de que un tratamiento aislado de estos campos puede perjudicar al correcto funcionamiento del mercado interior, lo cual se debería tener en cuenta a la hora de definir el ámbito del «marco común de referencia» y del «instrumento facultativo» anunciados por la Comisión europea en su Plan de Acción.

Se puede pensar que el Anteproyecto francés, con excepción de la regulación de la prescripción, está en contra de la posición del Derecho comunitario europeo y en general, del proceso de uniformidad del Derecho privado europeo, que se considera esencial para mantener el correcto funcionamiento del mercado interior, con un elevado nivel de protección de los consumidores, que son los elementos básicos sobre los que hasta ahora se ha hecho pivotar el desarrollo del Derecho privado de la Unión Europea²⁶. Con la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de daños se trata, no sólo de proteger al consumidor, sino de facilitar el mercado interior, tanto por la supresión de la diversidad legislativa, como subraya Vattier²⁷, como por el carácter sectorial e impreciso del Derecho comunitario, que se acentúa por una transposición normalmente deficiente.

Uno de los objetivos esenciales que se propugna en el Derecho comunitario es la elaboración de unos principios generalizables a todo el ámbito contractual. Para ello se considera conveniente que se tengan en cuenta los *Principios europeos de Derecho de los con-*

²⁵ VON BAR y DROGMIG (dir.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europa. Comparative Study*, München, 2004, con recensión de CÁMARA LAPUENTE en el *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 279-288.

²⁶ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 218; VATTIER, recensión a la monografía de GARCÍA CANTERO (coordinador), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 822.

²⁷ VATTIER, *op. cit.*, p. 822.

tratos de la Comisión Lando, los *Principios de Unidroit*, los *Principios europeos de Derecho de daños*, el *Proyecto de Código europeo de los contratos de Pavia*, el *Proyecto de Código civil europeo de Von Bar*, los trabajos del Grupo *Acquis communautaire* y el *Proyecto Syllabus*, entre otros.

Sin embargo, se afirma por los impulsores del Anteproyecto francés, que no está en contra del Derecho comunitario europeo, ya que todos los documentos comunitarios referentes al Derecho privado europeo aluden al respeto a la tradición jurídica nacional de los Estados miembros, y por tanto, a la tradición jurídica francesa, que se invoca reiteradamente en la Presentación general del Anteproyecto por Catala y los autores del mismo.

El «marco común de referencia» debe respetar las culturas jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Como hemos apuntado, uno de los elementos básicos sobre los que hasta ahora se ha hecho pivotar el desarrollo del Derecho privado de la Unión Europea es la protección del consumidor. El Anteproyecto francés no sigue este criterio, debido a que no se hace en él ninguna referencia a la protección del consumidor, considerándose que la tutela de éste ha de estar al margen del Código civil. Se ha de producir por las leyes especiales que le protegen de manera específica. En cambio, en Alemania se ha seguido otro criterio, incorporándose al Código civil la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en el marco de la contratación por medio de condiciones generales. El ejemplo alemán se propone en otros países, como Portugal o Austria. Nada se opone a que la normativa sobre condiciones generales de la contratación, con referencia tanto al control de inclusión como al de contenido, se incorpore al Código civil, porque es una materia esencial para comprender el Derecho contractual hoy en día.

Para el buen funcionamiento del mercado interior, también es conveniente que exista en la Unión Europea coherencia entre el Derecho general de las obligaciones y los contratos, el Derecho de daños y las regulaciones específicas sectoriales. La contratación transfronteriza aconseja la uniformidad, al menos con respecto a una serie de principios generalizables a todo el ámbito contractual y extracontractual, que constituirán el denominado «marco común de referencia», el cual necesariamente habrá de tenerse en cuenta en todos los países de la Unión Europea, con independencia de cual sea su tradición jurídica nacional. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, método indispensable para legislar adecuadamente, esta conclusión es difícilmente rebatible, ya que se evitan costes al facilitarse la contratación transfronteriza y

lógicamente la protección del consumidor en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, no va a ser fácil establecer el «marco común de referencia» por todo lo apuntado, aunque necesariamente las instituciones comunitarias lo tienen que hacer, con el acuerdo de todos los Estados miembros, teniendo que desempeñar en esta difícil labor un papel fundamental Francia, por ser una de las grandes impulsoras de la Unión Europea.

El debate está servido. Las consideraciones expuestas en este Estudio preliminar y sobre todo la lectura de los numerosos preceptos que aparecen en el Anteproyecto francés y de las exposiciones de motivos que figuran en el mismo, permitirán al lector formarse un adecuado juicio en torno a él, y considerar si constituye el modelo a seguir, al menos en cuanto al método, lo cual es importante en nuestro país, donde bastantes autores trabajan con ilusión y rigor en torno a la deseable uniformidad, en cuanto a los principios, del Derecho privado europeo, empezando por la más importante, que es la relativa al Derecho de obligaciones y al Derecho de daños, núcleo esencial del Derecho patrimonial²⁸. Por citar la contribución más reciente, aunque no se refiera al Derecho de obligaciones, Martín Casals y Ribot han editado un libro en el que aparecen los estudios presentados en la Conferencia Regional de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia²⁹. Nuestra posición es clara. Consideramos que lo más conveniente hubiera sido que se hubiese seguido al elaborar el Anteproyecto francés el método adoptado por Malaurie, que, como afirma, tiene en cuenta el nuevo espíritu de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo, sin desconocer, como es lógico, la tradición nacional.

²⁸ Destacan los comentarios de Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES a los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión LANDO, con traducción al español, Madrid, 2002; VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*, Valencia, 2005; CÁMARA LAPUENTE (coordinador), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; VAQUER y ESPIAU, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, 2003; VATTIER, DE LA CUESTA y CABALLERO (eds), *Código europeo de los contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, 2 vols, Madrid, 2003; GARCÍA CANTERO (coordinador), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005; SCHULZE, ZIMMERMANN y ARROYO I AMAYUELAS, *Textos Básicos de Derecho privado europeo*, Barcelona-Madrid, 2002; ARROYO I AMAYUELAS, BENACCHI, PASA y VIÑAS, *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 2005; MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, *Crónica de Derecho privado europeo*, que se publica periódicamente en el *Anuario de Derecho Civil*. También tiene un notable interés el proyecto de investigación «Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones», dirigido por MORALES, con una subvención del Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación), que ha generado la publicación de excelentes estudios monográficos por integrantes del grupo investigador (MORALES, SAN MIGUEL PRADERA, FERNÁNDEZ GREGORACI...).

²⁹ MARTÍN CASALS y RIBOT, *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe. Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, Girona, 2006, 321 pp.

II. TRADUCCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES (ARTS. 1101 A 1386 DEL CÓDIGO CIVIL) Y DEL DERECHO DE LA PRESCRIPCIÓN (ARTS. 2234 A 2281 DEL CÓDIGO CIVIL) CON LA PRESENTACIÓN GENERAL Y LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS. INFORME PRESENTADO AL MINISTRO DE JUSTICIA

SUMARIO: I. *Personas que han participado en la preparación del Anteproyecto.*—II. *Presentación general del Anteproyecto por Pierre Catala:* **Introducción** por Gérard Cornu. **Exposición de motivos:** Fuente de las obligaciones. Definiciones (arts. 1101 a 1103) por Gérard Cornu. Formación del contrato (arts. 1104 a 1107) por Philippe Delebecque, Denis Mazeaud. Validez del contrato. Consentimiento (arts. 1108 a 115.1) por Yves Lequette, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. Validez. Capacidad y poder (arts. 1116 a 1120.2) por Jean Hauser, Guillaume Wicker. Validez. Objeto (arts. 1121 a 1123) por Jérôme Huet, Rémy Cabrillac. Validez. Causa (arts. 1124 a 1126.1) por Jacques Ghestin. Validez. Forma (arts. 1127 a 1128.2) por Pierre Catala. Sanciones (arts. 1129 a 1133) por Philippe Simler. Efecto de las convenciones. Interpretación. Calificación (arts. 1134 a 1143) por Alain Gozzi. Diversas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151) por Didier R. Martín. Ejecución de las obligaciones (arts. 1152 a 1156.2) por Laurent Leveneur, Hervé Lécuyer. Inejecución de las obligaciones (arts. 1157 a 1160.1) por Judith Rochfeld. Restituciones después de la terminación del contrato (arts. 1161 a 1164.7) por Yves-Marie Serinet. Efecto de las convenciones frente a terceros (arts. 1165 a 1172.3) por Jean-Luc Aubert. Obligaciones condicionales, a término, alternativas y facultativas (arts. 1173 a 1196) por Jean-Jacque Taisne. Obligaciones solidarias e indivisibles (arts. 1197 a 1217) por Pierre Catala. Extinción de las obligaciones (arts. 1218 a 1250) por Jérôme François, Rémy Libchaber. De la consignación con ofrecimiento de pago (arts. 1233 a 1236) por Philippe Théry. Operaciones sobre créditos (arts. 1251 a 1282) por Hervé Synvet. Prueba de las obligaciones (arts. 1283 a 1326.2) por Philippe Stoffel-Munck. Cuasicontratos (arts. 1327 a 1329) por Gérard Cornu. *Libro tercero. Título III. De las obligaciones:* Capítulo preliminar. De la fuente de las obligaciones (arts. 1101 a 1101.2). Subtítulo I. Del contrato y de las obligaciones convencionales en general. (arts. 1102 a 1326.2). Capítulo I. Disposiciones generales: Sección 1. Definiciones (arts. 1102 a 1103). Sección 2. De la formación del contrato (arts. 1104 a 1107). Capítulo II. De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones: Sección I. Del consentimiento (arts. 1109 a 1115.1): Subsección 1: De la existencia del consentimiento. Subsección 2: De la calidad del consentimiento: § 1. De la integridad del consentimiento. § 2. De los vicios del consentimiento. Sección 2. De la capacidad de las partes contratantes y del poder de actuar en nombre de otro (arts. 1116 a 1120.2): § 1. De la capacidad de goce. § 2. De la capacidad de ejercicio. § 3. Del poder de actuar en nombre de otro. Sección 3. Del objeto (arts. 1121 a 1122.3). Sección 4. De la causa (arts. 1124 a 1126.1). Sección 5. De la forma (arts. 1127 a 1128.2): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la

forma de los contratos electrónicos. Sección 6. De las sanciones (arts. 1129 a 1133): § 1. De la nulidad. § 2. De la caducidad. § 3. De la inoponibilidad. § 4. De la regularización. Capítulo III. Del efecto de las convenciones: Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1134 y 1135). Sección 2. De la interpretación y de la calificación (arts. 1136 a 1143): § 1. De la interpretación. § 2. De la calificación. Sección 3. De las diversas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151). Sección 4. De la ejecución de las obligaciones (arts. 1152 a 1156.2): § 1. De la obligación de dar. § 2. De la obligación de hacer o de no hacer. § 3. De la obligación de dar en uso. Sección 5. De la inexecución de las obligaciones y de la resolución del contrato (arts. 1157 a 1160.1). Sección 6. De las restituciones después de la terminación del contrato (arts. 1161 a 1164.7): § 1. Principios. § 2. Modalidades de la restitución. § 3. Reglamentos complementarios. Sección 6. Del efecto de las convenciones frente a los terceros (arts. 1161 a 1172.3): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la sustitución del contratante y de la transferencia del contrato. § 3. De las acciones abiertas a los acreedores. § 4. Del garante y de la estipulación por otro. § 5. Del efecto de los contratos interdependientes. Capítulo IV. De las modalidades de la obligación: Sección 1. De las obligaciones condicionales (arts. 1173 a 1184.1): § 1. De la condición en general. § 2. De la condición suspensiva. § 3. De la condición resolutoria. § 4. De la condición extintiva. Sección 2. De las obligaciones a término (arts. 1185 a 1188): § 1. Del término en general. § 2. Del término suspensivo. § 3. Del término extintivo. Sección 3. De las obligaciones alternativas y facultativas (arts. 1189 a 1196): § 1. De las obligaciones alternativas. § 2. De las obligaciones facultativas. Sección 4. De las obligaciones solidarias (arts. 1197 a 1212): § 1. De la solidaridad de acreedores. § 2. De la solidaridad de parte de los deudores. Sección 5. De las obligaciones indivisibles (arts. 1213 a 1217). Capítulo V. De la extinción de las obligaciones. Sección I. Del pago (arts. 1219 a 1236): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la imputación de pagos. § 3. De la prueba del pago. § 4. De la consignación con ofrecimiento de pago y mora. Sección 2. De la condonación (arts. 1237 a 1239.1). Sección 3. De la compensación (arts. 1240 a 1247): § 1. De la compensación en general. § 2. De la compensación de deudas conexas. Sección 4. De la confusión (arts. 1249 y 1250). Capítulo VI. De las operaciones sobre crédito: Sección 1. De la cesión de crédito (arts. 1251 a 1257.1). Sección 2. De la subrogación personal (arts. 1258 a 1264.2). Sección 3. De la novación (arts. 1265 a 1274). Sección 4. De la delegación (arts. 1275 a 1282). Capítulo VII. De la prueba de las obligaciones: Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1283 a 1290). Sección 2. De las formas de la prueba por escrito de los actos jurídicos (arts. 1291 a 1305): § 1. Del título auténtico. § 2. Del acto en documento privado. § 3. De las copias de títulos y actos reconocitivos. Sección 3. De la exigencia de una prueba por escrito y de la prueba testimonial de los actos jurídicos (arts. 1306 a 1313). Sección 4. Normas particulares sobre las presunciones, la confesión y el juramento (arts. 1314 a 1326.2): § 1. De las presunciones. § 2. De la confesión. § 3. Del juramento. Subtítulo II. De los cuasicontratos (arts. 1327 a 1339). Capítulo I. De la gestión de negocios (o: de la gestión sin título del negocio de otro). Capítulo II. Del pago de lo indebido. Capítulo III. Del enriquecimiento sin causa. Subtítulo III. De la responsabilidad civil (arts. 1340 a 1386). **Exposición de motivos.** Capítulo I. Disposi-

ciones preliminares. Capítulo II. De las condiciones de la responsabilidad: Sección 1. Disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual: § 1. El perjuicio reparable. § 2. El nexo de causalidad. § 3. Las causas de exoneración. Sección 2. Disposiciones propias de la responsabilidad extracontractual: § 1. El hecho personal. § 2. El hecho de las cosas. § 3. El hecho de otro. § 4. Las perturbaciones de vecindad. § 5. Las actividades peligrosas. Sección 3. Disposiciones propias de la responsabilidad contractual. Capítulo III: De los efectos de la responsabilidad: Sección 1. Principios: § 1. La reparación en especie. § 2. La indemnización de daños y perjuicios. § 3. Incidencia de la pluralidad de responsables. Sección 2. Normas particulares sobre la reparación de algunas categorías de daños: § 1. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un ataque a la integridad física. § 2. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un ataque a los bienes. § 3. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan del retraso en el pago de una suma de dinero. Sección 3. Las convenciones que se refieren a la reparación: § 1. Convenciones que excluyen o limitan la reparación. § 2. Convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales. Sección 4. La prescripción de la acción de responsabilidad. Capítulo IV. De los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización: Sección 1. La indemnización de las víctimas de accidentes de la circulación. Sección 2. La responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos. *Libro tercero. Título XX. De la prescripción y de la posesión (arts. 2234 a 2281). Exposición de motivos* por Philippe Malaurie. Capítulo I. De la prescripción. Capítulo II. De la posesión. Capítulo III. De las causas que impiden la prescripción. Capítulo IV. De las causas que interrumpen o que suspenden el curso de la prescripción: Sección 1. De las causas que interrumpen la prescripción. Sección 2. Del curso de la prescripción y de las causas que la suspenden. Capítulo V. Del tiempo requerido para prescribir: Sección 1. Disposiciones generales. Sección 2. De las prescripciones particulares. Sección 3. Del plazo máximo de las prescripciones extintivas. Sección 4. De la posesión mobiliaria. Sección 5. Derecho transitorio.

I. PERSONAS QUE HAN PARTICIPADO EN LA ELABORACIÓN DEL ANTEPROYECTO (POR ORDEN ALFABÉTICO)

- Pascal Ancel - Profesor en la Universidad de Saint-Etienne.
- Jean-Luc Aubert - Consejero honorario del Tribunal de Casación. Agregado de las Facultades de Derecho.
- Laurent Aynes - Profesor en la Universidad de París I.

- Alain Benabent - Abogado en el Consejo de Estado y en el Tribunal de Casación. Agregado de las Facultades de Derecho.
- Philippe Brun - Profesor en la Universidad de Saboya.
- Rémy Cabrillac - Profesor en la Universidad de Montpellier 1.
- Pierre Catala - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Gérard Cornu - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Philippe Delebecque - Profesor en la Universidad de París 1.
- Jean-Pierre Dumas - Presidente de la Cámara honoraria del Tribunal de Casación.
- Georges Durry - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Jérôme François - Profesor en la Universidad de París 5.
- Alain Ghozi - Profesor en la Universidad de París 2.
- Jacques Ghestin - Profesor emérito en la Universidad de París 1.
- Jean Hauser - Profesor en la Universidad de Burdeos 4.
- Jérôme Huet - Profesor en la Universidad de París 2.
- Patrice Jourdain - Profesor en la Universidad de París 1.
- Pierre Leclercq - Consejero honorario en el Tribunal de Casación.
- Hervé Lecuyer - Profesor en la Universidad de París 2.
- Fabrice Leduc - Profesor en la Universidad de Tours.
- Laurent Leveneur - Profesor en la Universidad de París 2.
- Yves Lequette - Profesor en la Universidad de París 2.
- Grégoire Loiseau - Profesor en la Universidad de París 1.
- Rémy Libchaber - Profesor en la Universidad de París 1.
- Philippe Malaurie - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Philippe Malinvaud - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Didier Martín - Profesor en la Universidad de París 11.
- Denis Mazeaud - Profesor en la Universidad de París 1.
- Judith Rochfeld - Profesor en la Universidad de París 11.
- Yves-Marie Serinet - Profesor en la Universidad de Cergy Pontoise.
- Philippe Simler - Profesor en la Universidad de Estrasburgo 3.
- Philippe Stoffel-Munck - Profesor en la Universidad de París 1.
- Hervé Synvet - Profesor en la Universidad de París 2.
- Geneviève Viney - Profesor en la Universidad de París 1.
- Guillaume Wicker - Profesor en la Universidad de Burdeos 4.

II. PRESENTACIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO

PIERRE CATALA

1. El bicentenario del Código civil ha tenido una inmensa resonancia en la mayor parte de los países que han acogido la codificación, cualquiera que sea su lengua. Esto da lugar a innumerables manifestaciones, donde emergen, aunque sean de talla e inspiración diversas, los nombres de Portalis y Carbonnier. El fundador y el renovador tenían en común la cultura histórica, un conocimiento profundo de las costumbres y tradiciones que forman «el espíritu de los siglos» y el sentimiento de que «es útil conservar todo lo que no es necesario destruir». No eran constructores de sistemas, pero no dudan, sin embargo, que la ley sea, antes que la jurisprudencia, madre del ordenamiento jurídico. «La ciencia del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común; la ciencia del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, con una aplicación sabia y razonable, a las hipótesis privadas» (Discurso preliminar).

De estos dos nombres reunidos se desprende una doble certidumbre: que el Código de 1804 constituye siempre un modelo ideal de la legislación civil; es posible renovarlo sin degradar su estructura ni su forma. Jean Carbonnier lo había demostrado transfigurando el libro primero con la fortuna que se sabe. Pero más allá de los propósitos agradables que sonaron en los oídos franceses, otro mensaje, más a menudo tácito, nos era dirigido; decía: ¿qué esperarais para continuar la modernización de vuestro Código?

2. A esta tarea, y con la perspectiva de la gran cita de 2004, un puñado de civilistas universitarios se reunieron un año antes. El gatillo proviene de un coloquio organizado por el Ministro de Justicia, que ponía en paralelismo el Derecho francés con «*Principios europeos de Derecho de los contratos*», surgidos de los trabajos de Lando. Parecía que había que resaltar que si, sobre determinados puntos, nuestro Derecho era o podía estar en convergencia con la trama propuesta para Europa, en otros puntos, esta última contravenía demasiado nuestra tradición nacional. En la coyuntura del momento, esto merecía evidentemente ser tratado con profundidad.

El propósito de los que se reunieron para reflexionar sobre ello no era oponerse a todo. Era someter a criba los Títulos III y IV del Libro tercero del Código civil para detectar los silencios y para distinguir, entre las disposiciones en vigor, las que merecían perdurar en el estado actual, de las que reclamaban una nueva redacción

o un puro y simple abandono. Haciéndolo, seguimos el ejemplo de nuestros vecinos alemanes y holandeses que acaban de renovar su Código, de igual manera que nuestros vecinos americanos de Québec y Latinoamérica.

En el corazón del debate que se abría, se mantenía el lugar del Código civil en el ordenamiento jurídico privado. ¿Es todavía el derecho común por excelencia, la constitución civil de Francia? ¿Si no lo es ya, puede ser restablecido como tal, en el centro de un sistema de leyes que proliferan a voluntad de las políticas nacional y comunitaria y cuya complejidad se acrecienta tanto que en muchos ámbitos su conocimiento es un atributo de algunos iniciados? Para contestar a estas dos cuestiones, es necesario tener una cierta idea de la ley civil.

3. «Las leyes civiles, decía Portalis, disponen sobre las relaciones naturales o convencionales, forzosas o voluntarias, de rigor o de simple conveniencia, que vinculan a todo individuo con otro o con varios». Con estas sencillas palabras, su oficio se encuentra descrito en su generalidad absoluta. Mientras que las leyes del comercio dejan toda libertad a los comerciantes únicamente para las necesidades de su negocio, que la protección del consumidor es específicamente dirigida frente al profesional, la ley civil considera a estas mismas personas al margen de sus actividades de comerciante o de consumidor. El Código civil se dirige de manera indiferenciada a todo ciudadano, tomando en cuenta su primer y su último suspiro, con una igualdad republicana.

Tratándose de contratos, su vocación es a la vez moderar por el deseo de una cierta justicia contractual la libertad abierta a los comerciantes sin caer bajo la tutela del consumidor. El Derecho civil es un derecho de equilibrio, igualmente cuidadoso de los intereses en presencia, sin favorecer *a priori* a una u otra parte. Incumbe a otros códigos o leyes el cuidado de regular el balance contractual para una mayor eficacia o seguridad, en función de las situaciones jurídicas en cuestión y la utilidad social buscada.

Cumplido este espíritu de justo equilibrio, la modernización del Código civil lo mantendrá como pivote del Derecho privado, tronco robusto de un árbol cuyas ramas proceden y se ramifican sin separarse de su cepa. Con este fin, el Título «De las obligaciones» debe ser la sede de las máximas generales que dictan un derecho común actualizado, recubriendo y preservando a la vez el particularismo de las leyes especiales nuevas. Así el Código seguirá siendo el recurso natural del juez confrontado al silencio de los estatutos particulares y de los acuerdos, el fondo común de nuestra razón jurídica.

4. Apadrinado por la Asociación Capitant, el proyecto concebido en 2003 está terminado hoy con la ayuda del Ministerio de Justicia, treinta meses después de haber sido concebido. Para concluirlo en este plazo, los miembros iniciales no habrían podido bastar; era indispensable repartir la carga y asumir otras competencias. Nuestra primera tarea fue dividir la materia y confiar los segmentos a colegas particularmente calificados, estableciendo un cierto número de tiempos y forma. Se estimó rápidamente necesario formar dos equipos distintos, dedicado uno a los contratos y cuasicontratos y otro a la responsabilidad civil. G. Viney se separó del grupo inicial y constituyó con G. Durry un equipo de seis universitarios en total que asumió de manera colectiva la responsabilidad civil. Para los contratos y los cuasicontratos, en cambio, un trabajo puramente colectivo parecía irrealizable con respecto a la masa de los temas a tratar. El grupo inicial aseguraba la coordinación de un trabajo repartido, añadiéndose a él un número suficiente de coautores. Veintitrés universitarios y tres altos magistrados jubilados del Tribunal de Casación asumieron la reelaboración del Título III (obligaciones convencionales) subdividido en dieciocho temas. Otros dos autores se dedicaron respectivamente a los cuasicontratos y la prescripción. En total, el programa movilizó a treinta y cuatro personas.

Su realización ha conocido globalmente cuatro fases que se han encadenado a veces. El primer tiempo (febrero-julio 2003) fue dedicado a la confección del programa: determinación de los objetivos, división de la materia, reunión de los autores. En una segunda etapa (septiembre 2003-abril 2004), los mismos cumplieron su misión consistente en redactar los artículos del capítulo o de la sección que les fue confiada y un texto de presentación.

Cada una de estas contribuciones fue dirigida luego a todos los intervinientes, con petición de opinión, de sugerencias y de críticas: esta tercera fase constituye una suerte de «forum» de una gran riqueza gracias a la parte que asumió la mayoría de los autores. Se descubren las lagunas y los dobles empleos, así como algunos artículos del Código actual que no habían sido readaptados a consecuencia de las modificaciones aportadas al plan. Surgieron también algunos conflictos de opinión, más escasos de lo que se habría podido temer, de los que la mayor parte fueron solucionados consensualmente.

La tercera fase fue prevista que terminase en otoño de 2004, pero se prolongó de hecho hasta el final. Es verdad que la cuarta y última había comenzado en el verano de 2004. Tenía por objeto inicial la armonización de una veintena de contribuciones forzosa-

mente heterogéneas en la forma, en razón del estilo propio de cada autor. A esto se añadió la carga de resolver las dificultades que surgieron en el curso de la fase tercera y retocar numerosos textos en atención al informe en el que el «forum» se había inspirado; el mismo fue realizado con el concurso del grupo inicial aumentado con algunos voluntarios en función de los temas debatidos; determinados capítulos conocieron hasta diez versiones... En cuanto a la obra de reelaboración, G. Cornu desempeñó un papel primordial; cualquier lector sagaz conocerá su pluma.

Mientras que el Derecho de los contratos y cuasicontratos tomaba nueva forma, el grupo Viney-Durry acababa por reconstruir la responsabilidad civil y Ph. Malaurie la prescripción. Se trata de un Anteproyecto terminado que, al comienzo del verano de 2005, va a ser presentado a los poderes públicos y a la comunidad jurídica en su conjunto, de la manera que aquí aparece. Un primer vistazo sobre el Anteproyecto en general es seguido de una introducción relativa a las obligaciones convencionales por G. Cornu, tras una exposición de motivos en la que cada autor presenta la parte del proyecto que ha tratado; todo esto precedido del texto de los nuevos artículos 1101 a 1339. La segunda parte comporta una introducción de G. Viney sobre la responsabilidad civil, seguida de los nuevos artículos 1340 a 1386. La tercera, relativa a la prescripción, contiene una introducción de Ph. Malaurie en la cabecera de los artículos 2234 a 2281.

5. Algunas páginas implican una intromisión en las explicaciones que serán dadas al lector por los espíritus más sagaces. Su fin sólo es poner de relieve algunos aspectos que tejen la lógica de un proyecto considerable por su amplitud y la libertad de sus objetos.

Un homenaje, en primer lugar, debe ser rendido a las fuentes, comenzando por la primera de ellas, la ley. El estudio muestra que numerosas soluciones del Código de Napoleón conservan su valor después de dos siglos de aplicación; se las encontrará ya en la misma forma en la que nuestros ancestros las habían vertido, ya en una redacción mejor adaptada al gusto del tiempo presente. En este informe, el Anteproyecto no propone un Código de ruptura, sino de ajuste.

En este sentido, se tiene en cuenta la doctrina y la jurisprudencia. La primera estuvo en el origen de varios hallazgos terminológicos que determinan innovaciones fundamentales: las obligaciones de medios y de resultado por citar solo una. El Anteproyecto les debe las numerosas definiciones que ha parecido deseable establecer en la ley, pues la definición, si no es *stricto sensu* normativa,

constituye un instrumento incomparable de análisis y de calificación.

Aunque la mayor parte sea debida a la doctrina, la de la jurisprudencia prevalece ampliamente en la sustancia del Anteproyecto. La estabilidad de los Títulos III y IV se explica ciertamente, en parte, por la aparición de códigos y leyes que han germinado alrededor del Código civil, pero todavía más por obra del Tribunal de Casación en la interpretación *praeter legem* del propio Código. Es la que ha dado cuerpo al período precontractual, inventada la responsabilidad por el hecho de las cosas, esculpida la estipulación por otro... Se la encontrará en cada paso o en casi todas las páginas que siguen.

6. Pero la huella del Código de Napoleón y el recurso a las fuentes interpretativas, por importante que sean, están lejos de reducir el Anteproyecto a la etiqueta de una codificación del derecho existente.

En algunos puntos y no menores, figuran en él nuevas normas contrarias a la jurisprudencia contemporánea. La promesa unilateral obliga al promitente a concluir el contrato si la aceptación del beneficiario se produce durante el plazo de opción (art. 1106); la función de la causa se agota en la formación del contrato, sin interferir con su cumplimiento (arts. 1123 y 1124 combinados). El compromiso del delegado frente al delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado, que no puede ser embargado ni cedido (art. 1284). Además, los textos propuestos no se oponen a la jurisprudencia, pero tratan de clarificarla (restituciones), encuadrarla (consentimiento, cesión de contratos), atemperarla con una norma probatoria (fijación del precio, arts. 1121.4 y 1121.5), abrirle vías nuevas: acción directa (art. 1168), contratos interdependientes (arts. 1172 ss.), cesiones de crédito futuro (art. 1252).

Es preciso, en fin, tener en cuenta las materias que escapan al poder del juez en cualquier parte donde sólo la ley puede crear el derecho o transformarlo. Tan solo ella puede sustituir al artículo 1142 del Código civil por una disposición en sentido inverso (art. 1154 propuesto), ofrecer al acreedor insatisfecho la facultad de resolver unilateralmente el contrato (art. 1158), permitir al juez ordenar la renegociación de un acuerdo que ha perdido todo interés para una de las partes (art. 1135.2). Un texto legal es absolutamente necesario para acordar una preferencia a los acreedores que ejercen las acciones oblicua o pauliana (art. 1167.1), de igual manera que para alegar las formas sustanciales de la cesión de crédito (art. 1254.2).

En el orden de la responsabilidad civil, corresponde a la ley civil afirmar la existencia de una responsabilidad contractual, crear un régimen de responsabilidad más favorable a las víctimas de los daños corporales (arts. 1341, 1351, 1373, 1382.1), ampliar la responsabilidad de pleno derecho en materia de actividad anormalmente peligrosa (art. 1362) y abrir la vía de los daños e intereses punitivos (art. 1372). Tratándose de la prescripción, únicamente corresponde al legislador fijar los plazos, o redistribuir los papeles respectivos de la interrupción y la suspensión.

7. Esta paleta que, por necesidades de la exposición, huye de los matices yendo de la continuidad al cambio, enmascara tal vez la unidad del proyecto. Se la encontrará, sin embargo, en las múltiples líneas de fuerza que han guiado su construcción.

Un mismo principio de coherencia vincula las condiciones de validez del contrato a las sanciones (arts. 1122 y 1124.1) e inspira, notablemente, normas de fondo como el artículo 1125, p. 2, de interpretación (art. 1137) y de prueba (art. 1293). Más allá de estas manifestaciones ostensibles, una coherencia latente, que las instrucciones que siguen a continuación ponen de relieve, aparece en las partes del Anteproyecto.

El poder de la voluntad es proclamado. Su omnipotencia aparece en caso de intercambio de los consentimientos (arts. 1127 y 1136), comprendiendo la materia de prueba (art. 1289), de responsabilidad (art. 1382) y de prescripción (art. 2235). Paralelamente, los efectos reconocidos a la voluntad unilateral se potencian (arts. 1101.1, 1121.4, 1121.5, 1158).

Pero si se sacrifica sin moderación la libertad contractual, el Código civil perdería la virtud del equilibrio que es su esencia; la afirmación de esta libertad no puede expandirse sin los contrapesos generadores de seguridad jurídica. Así un deber de lealtad, implícita o designada, atraviesa de punta a punta la materia de las obligaciones convencionales (arts. 1104, 1110, 1120, 1134, 1176).

Yendo más lejos, un mismo espíritu de solidaridad establece la ley para socorrer a la parte más débil por disposiciones generales que no se limitan al derecho del consumo. Tales son las normas relativas a la forma, a la capacidad y al poder, que el Anteproyecto desarrolla sensiblemente en relación con el Código civil. Al lado de ellas, medidas puntuales que tienen el mismo espíritu tocan a las condiciones de validez del contrato (arts. 1114.3, 1122.3, 1125 y siguientes), a su interpretación (art. 1140.1), a su ejecución (arts. 1154, 1175), a su cesión (art. 1165.4) y a su prueba (arts. 1289, p. 3 y 1299). Parecidamente, la responsabilidad civil toma en consideración el comportamiento de personas cuyo estado de necesidad precisa una vigilancia

especial (arts. 1356, 1357) y la prescripción protege a los que están impedidos para actuar (art. 2266).

8. Tal como se presenta, el Anteproyecto se esfuerza en establecer un justo reparto entre el espíritu de los siglos y las necesidades del tiempo presente, como hicieron antes los padres del Código. Esta misma combinación se impone a los que nos rodean, teniendo interés mirar, al término de nuestra tarea, en qué medida su resultado coincide con los principios emitidos por Lando. El balance se presenta mitigado.

Existen convergencias apreciables en la formación del contrato, los vicios del consentimiento y la representación (aunque el Anteproyecto sea más completo sobre este último punto). Igualmente, en las fases de ejecución, se encuentra un favor común hecho a la ejecución en forma específica del contrato, la trilogía de los «medios» disponibles frente al incumplimiento del deudor (cumplimiento, resolución, indemnización de daños y perjuicios), así como la facultad de resolución unilateral. Se aprecia todavía más una identidad de parecer en materia de prescripción.

Pero los «principios europeos» omiten la causa como justificación del compromiso, confieren al juez el poder de rehacer el contrato (lo que los autores del Anteproyecto rechazan masivamente) y admiten la anulación del contrato por vía de notificación al contratante. Estos mismos principios admiten la prueba del contrato por todos los medios, y hacen de la solidaridad el principio en materia civil. Disponen que la cesión de crédito no requiere que sea por escrito ni ninguna otra exigencia de forma y que produzca efecto en el momento del acuerdo sin regular la cuestión de su oponibilidad a los terceros. Estas soluciones, potencialmente peligrosas en materia civil, con el añadido de la judicialización de los contratos, inspiraron sin duda reservas a los civilistas franceses.

9. El acto legislativo no es acto unilateral sino colectivo. Nuestro propósito común era dar cuerpo a una reforma general del derecho de las obligaciones y de la prescripción, cuya urgente necesidad debía imponerse al espíritu del legislador nacional. Nuestra esperanza es que el Anteproyecto sirva a la empresa que dará a Francia un Derecho civil adaptado a su época y una voz en el concierto europeo.

«¿Cumplirá al fin que nos hemos propuesto el plan que hemos trazado de estas instituciones? Nosotros pedimos alguna indulgencia para nuestros débiles trabajos, a favor del celo que los ha sostenido y animado. Nos quedamos por debajo, sin duda, de las honorables esperanzas que se habían depositado en nuestra misión; pero lo que nos consuela, es que nuestros errores no son en modo algu-

no irreparables; una discusión solemne, una discusión clara los reparará». Con estas palabras, Portalis concluía el Discurso Preliminar.

INTRODUCCIÓN

GERARD CORNU

Lo que en este proyecto se dice del contrato y de las obligaciones convencionales en general, no es el fruto de una reconstrucción integral sobre una tabla rasa. Se trata de una revisión, de una revisión de conjunto. Y es precisamente porque a esta escala ningún examen había sido emprendido desde 1804, por lo que un plan semejante tiene hoy en día títulos que no han entrado en el paisaje legislativo.

La perennidad de la teoría general del contrato en el Código civil no es una prueba de su obsolencia –hay que estar dichoso de tener este monumento legislativo como herencia–. Pero no es tampoco un diploma de intangibilidad. El tiempo presente abre nuevas vías.

Según la idea que ha presidido desde 1965 la reforma de los regímenes matrimoniales y, con el mismo espíritu, la reforma en el Código del Derecho patrimonial y extrapatrimonial de la familia³⁰, el derecho contractual demanda, a su vez, ser refundido en el cuerpo del derecho al que pertenece. En el seno del Código civil, la recodificación de esta parte se hace en relación con las otras, a fin de que reine entre ellas la concordia. Las disposiciones generales dedicadas a las restituciones después de la terminación del contrato han sido establecidas en contemplación de que las gobiernan la indivisión, la recompensa, la colación y la reducción de las liberalidades (ejemplo entre otros muchos). Las mismas nociones, corriendo bajo las mismas palabras, irrigan todo. Es un beneficio de la renovación en conexión.

El contrato sigue siendo la figura central. Una vez reguladas su formación y las condiciones de su validez, aparece la teoría de las obligaciones convencionales en general: interpretación, ejecución, inejecución, efectos frente a terceros, modalidades, extinción, prueba. Sin embargo, en el umbral de esta parte principal, una presentación inicial ofrece el panorama de las fuentes de todas las

³⁰ Tutela de menores, derecho de los mayores protegidos, patria potestad, filiación, divorcio, sucesión por causa de muerte.

obligaciones y no solamente de las obligaciones convencionales, sino también de todas las obligaciones extracontractuales (cuasi-contratos y responsabilidad civil). Este marco pone en perspectiva la división mayor de los actos jurídicos y los hechos jurídicos bajo los auspicios de la cual todas sus clases se ordenan. En el seno de los actos jurídicos, la convención pierde su justo lugar al lado del acto jurídico unilateral y del acto colegial. Entre los hechos jurídicos, formando antítesis, los cuasicontratos y la responsabilidad civil hacen nacer respectivamente obligaciones a partir de las ventajas recibidas sin derecho o de daños causados sin derecho. Es el empleo de nuevo amplificado y puesto de relieve por la disposición bisagra del actual artículo 1370.

Estas diversas clases de actos y hechos jurídicos son definidas, como lo son los diversos tipos de contratos. Pero el recurso a las definiciones legales está lejos de ser sistemático. Es el privilegio de las figuras jurídicas de referencia que son las llaves del derecho contractual: clases de obligaciones, modalidades, causas de extinción, modos de prueba, operaciones sobre crédito, etcétera. Las obligaciones forman una teoría a causa del orden puesto en estos conceptos por la práctica.

ORIENTACIONES DE FONDO

En el fondo, la apertura hacia la modernidad no pasa por el rechazo de las máximas que constituyen todavía la fuerza viva del contrato. El artículo 1134 es siempre el mismo pilar. Pertenece a los ciudadanos.

Sin embargo, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben contar con las aspiraciones de la justicia contractual. La conciencia contemporánea espera progresos en este sentido. Esta es, primordialmente, una de las ideas directrices de la revisión. El proyecto imprime a la justicia en el contrato todo el impulso compatible con la seguridad jurídica. Para los mayores plenamente capaces, la rescisión por causa de lesión sigue encuadrada de la misma manera que el error sobre el valor. Pero la violencia no tiene ya como único aspecto la coacción física o moral, ya que puede también resultar de la amenaza de una vía jurídica o del estado de extrema precariedad en la cual se encuentra uno de los contratantes, cuando el otro lo explota para obtener una ventaja manifiestamente excesiva. El dolo es tomado en consideración no solo si emana del cocontratante sino también si el hecho del representante de éste o incluso, en determinadas circunstancias, de un tercero (art. 1113.2). Sobre todo, remitiéndose a los casos específi-

cos en los cuales una ley de protección autoriza la revisión judicial de las cláusulas que crean un desequilibrio excesivo en detrimento de un contratante, el proyecto abre la puerta a la teoría de la imprevisión en materia civil, para el supuesto en que el equilibrio inicial de las prestaciones es gravemente perturbado en los contratos de cumplimiento sucesivo o escalonado. Cuando las partes no lo acuerdan por anticipado, una nueva negociación puede ser ordenada por el juez y desembocar en una rescisión unilateral (arts. 1156 ss). El mismo cuidado de equilibrio que, cuando una convención ha sido establecida bajo la influencia dominante de una parte, debe ser interpretado a favor del otro (art. 1140.1).

Todos estos avances de la justicia contractual se acompañan –es una correlación activa– por la mayor proyección que se da a la buena fe. Establecida para gobernar la ejecución del contrato (art. 1134, p. 3), el principio de la buena fe extiende su ley sobre su propia formación (negociación, tratos preliminares, art. 1134, p. 1, convención sobre la duración de la prescripción, art. 1162). La obligación de información hace una entrada razonable en el Código, y, con el rango de las modalidades de la obligación, el cumplimiento de la condición queda bajo la égida de la lealtad (art. 1176). El favor a la buena fe circula en todo el texto (v. todavía art. 1120). Libertad en la probidad, el lema tiene una larga tradición.

Fenómeno más nuevo, el dinamismo inventivo de las prácticas en la ramificación de las acciones económicas demandaba que sea destacado el reto de la complejidad de las relaciones convencionales. La relatividad guarda sus marcas: los convenios sólo vinculan a las partes contratantes (art. 1165). Pero están a menudo ligadas por una operación conjunta que crea entre ellas una interdependencia rica en consecuencias (art. 1137). En resumen, es en marco semejante –si la cesión de deuda no es admitida aisladamente– que puede operarse una transferencia de contrato (principalmente por fusión o escisión de sociedad) determinando una sustitución del contratante (art. 1165.2). Bajo el mismo horizonte, las operaciones triangulares son siempre más florecientes. La estipulación por otro y la garantía tienen ciertamente desde hace mucho tiempo derecho de cita. Pero una realidad económica mayor anima la materia. En los patrimonios, el crédito constituye un valor, objeto de propiedad, fuente de garantía, materia de la circulación financiera. El proyecto tiene como objeto esencial reunir todas las operaciones de crédito en un capítulo nuevo (arts. 1251 ss.). Si la subrogación y la novación conservan sus fuertes cimientos, la delegación (apenas hilachada en el Código) se despliega en toda su polivalencia (arts. 1275 ss.) y, en la época de la electrónica, la cesión de crédito

accede a la simplicidad que requiere. Con suplantación *inter partes*, la remisión del acto, el establecimiento del escrito que constata la cesión opera por si solo la transferencia, y ésta no es considerada cumplida, sin notificación, *erga omnes* (art. 1254). Con el mismo espíritu, las rigideces del individualismo absoluto son igualmente rechazadas en otros puntos. Una apertura es hecha a la acción directa de los acreedores (art. 1168). Situado en el rango de los actos jurídicos, el acto colegial debe ser interpretado a la luz del interés común (art. 1136). Cuando, en fin, el proyecto propone escribir que las convenciones legalmente formadas son oponibles a los terceros y que estos deben respetarlas, está en la misma línea, pero se refiere en esto a otros aspectos.

Sin contradicción, el reconocimiento de estas realidades va a la par con la ascensión diaria –como un pescador dice de la subida de la red– de datos latentes confirmados ya presentes en el pensamiento jurídico. La revisión ha calado tanto en los intérpretes (jueces y autores) como en las fuentes creadoras, el consenso doctrinal que autoriza una consagración legal (*communis opinio doctorum*). La misma no ha vertido en la ley todas las riquezas jurisprudenciales y doctrinales, ya que solamente filtra –dejando muchos datos de aplicación a su destino trazado– el núcleo de los acuerdos. Así el proyecto propone establecer –declarar– la libertad de la prueba de los hechos jurídicos (art. 1287), el principio del consensualismo en la elección de las formas (art. 1127), el del paralelismo de las formas entre el acto originario y el acto modificativo o contrario (art. 1127.6), la existencia de un orden público de protección individual (art. 1129.1), la apertura al incapaz que actúa solo de los actos corrientes autorizados por el uso y de los actos que conciernen muy personalmente (art. 117.1), la afirmación con el rango de las disposiciones generales de que, para hacer una convención válida, es preciso estar sano de espíritu (art. 1109). De esta manera adquiere cuerpo en el Código la teoría de la calificación (aquí la calificación de los actos jurídicos, llave del análisis contractual (arts. 1142 ss.), la teoría general de la representación (arts. 1119 ss.) erige el poder de actuar en nombre de otro en condición específica de validez de los actos cumplidos por el representante legal, judicial o convencional (arts. 1108, 1119 ss.), caracteriza la capacidad de goce frente a la capacidad de ejercicio (arts. 1116 y 1117), marca los vínculos que unen las incapacidades a la asistencia y representación, contempla a las personas jurídicas, da a la ilicitud el sentido genérico que le hace cubrir el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas (arts. 1126, 1162.3), define la deuda de valor (art. 1148), etcétera. Sobre todos estos puntos de acuerdo,

la costumbre es invitada por la ley y el Código, pudiendo a estas fuentes autorizadas, por suerte revivificada.

Sobre tres puntos controvertidos, se puede verdaderamente dudar del apoyo de la opinión común. El proyecto sigue fiel a la causa (arts. 1124 ss.), a la obligación de dar y a su ejecución por el mero intercambio de los consentimientos (arts. 1121, 1145, 1152 ss.) así como a la retroactividad de la condición (art. 1182). Todo bien sopesado, la convicción ha prevalecido de tal manera que, en la interpretación reinante, la doble función de la causa en la justificación del compromiso es bien diseñada, como lo son la obligación de dar y su ejecución acompañadas de matices razonables que precisan su aplicación. En definitiva, el mantenimiento de estas nociones crea muchos menos problemas que los expedientes y rodeos por los que habría que pasar para colmar el vacío abierto por su supresión.

En el prolegonomo de esta acción declarativa, el proyecto propone colmar numerosas lagunas, introduciendo en el Código civil las normas que, llevadas por reflexiones convergentes, están también maduras para una semejante incorporación. Reconoce una vocación de principio al cumplimiento en especie de la obligación (art. 1154), reserva un lugar a la resolución unilateral del contrato por incumplimiento (arts. 1158 ss.), da al derecho de retención, enunciado en su principio, una base legal en el Código (art. 1155.3) y sus propuestas, sobre ciertos puntos, se apilan. Diseñando la teoría general, el perfil de la negociación (arts. 1045 ss.), del contrato-marco (art. 1102.6), del acuerdo de principio (art. 1104.1), de la oferta y de la aceptación (arts. 1105 ss.), de la promesa unilateral de contrato (art. 1106), del pacto de preferencia (art. 1106.1), del contrato de adhesión (art. 1102.5), del plazo de reflexión y del plazo de arrepentimiento (art. 1110.2), de la facultad de retracto (art. 1134.1), da cuerpo al conjunto de las normas que estructuran la negociación contractual y la formación del contrato, aumento notable.

ELEMENTOS DE MÉTODO

El relleno de las lagunas, cuyo postulado es el arraigo en el Código de aportaciones nuevas, conduce al método de la revisión. Lo es, en efecto, porque ésta se despliega sobre el conjunto de la teoría general que sus intervenciones, escalonadas capítulo a capítulo, proceden por la puesta a punto, puesta en valor y en concordancia, trabajos de presentación, abriendo la vía, en la trama, a varias innovaciones en armonía.

Así el proyecto determina algunas remodelaciones. Marcando la trilogía de las fuentes de la compensación se ordena el marco de las

cuatro condiciones esenciales de la compensación legal (art. 1241.1) con respecto de las cuales la compensación judicial y la compensación convencional ocupan su justo lugar. La consignación de la cosa debida, con el título del pago, tiene posibilidades de determinar la liberación del deudor desde el momento que las formalidades las que está asociada (ofrecimiento de pago, mora) ponen a cargo del acreedor iniciativas a falta de las cuales una salida razonable puede prosperar eficazmente bajo el control del juez (arts. 1233 ss.). Hasta ahora reducida a la oposición de la condición suspensiva y de la condición resolutoria, la teoría de la condición se enriquece con un tercer tipo, la condición extintiva que, operando para el futuro sin retroactividad, responde a una utilidad y no solamente a la simetría del término extintivo (art. 1184.1). Con el rango de estas mismas obligaciones modales, figuran solas las obligaciones indivisibles, sobre la observación que entre acreedor y deudor la deuda es considerada jurídicamente como indivisible (norma pura y simple del pago, art. 1224) y que se divide de pleno derecho entre sus herederos (norma sucesoria, pura y simple). En fin, la clasificación bipartita de las obligaciones según su objeto, de una parte, obligación de dar, de otra parte, las obligaciones de hacer y de no hacer, se presta a una profundización natural que hace emerger un tercer tipo de obligación especificada por su objeto, la obligación de dar en uso. En efecto, es esencia del uso de la cosa de otro obligar a la restitución al que se ha constituido en precarista de tal manera que una semejante prestación es irreductible a una enajenación (como en la obligación de dar) y parecidamente que el detentador de uso no recibe de otro ni trabajo, ni obra, ni empresa (ni la ventaja de una abstención, como en la obligación de hacer o de no hacer) sino específicamente una cosa a restituir a su propietario según el uso, noción distinta (arts. 1102, 1121, 1146, 1155 ss.).

De otro lado, han sido operados agrupamientos de normas hasta ahora dispersas, permitiendo su puesta como factor común poner en evidencia su generalidad. Así la forma de las convenciones es el lugar de disposiciones de síntesis (arts. 1108, 1127 ss.). Las restituciones después de la terminación del contrato (por nulidad o resolución) forman en lo sucesivo un polo de referencia (arts. 1161 ss.). El acercamiento de nociones hasta ahora no escritas tiende al mismo resultado. Introducidas conjuntamente en el Código, la inoponibilidad, la caducidad y la regularización se caracterizan por comparación, mediante una definición (arts. 1131 a 1133) de igual manera que, relativamente, la obligación de medios y la obligación de resultado (art. 1149). Estas consecuencias constituyen un evidente progreso.

En fin, analizadas en su conjunto, los cimientos mejor probados del derecho de las obligaciones se ofrecen ellos mismos a retoques ligeros que eliminen, acentuando lo esencial, las reservas menores que los afectan. Así basta tocar con una palabra las definiciones de la ley para reflejar claramente el fundamento de toda presunción (art. 1314), la dispensa específica que deriva de las presunciones legales (art. 1317), el carácter siempre cuestionable de las que son abandonadas a las luces de los magistrados (art. 1318), el efecto a la vez iniciador e imperfecto del comienzo de prueba por escrito que, haciendo admisibles todos los medios de prueba, tiene necesidad de ser corroborado por uno de ellos (art. 1312), el clima consensual de la condonación (arts. 1237 ss.), el mecanismo refinado de la estipulación por otro (arts. 1171 ss.), el deber de conciencia de la obligación natural (art. 1151), en el fondo de la íntima convicción, la conciencia del juez (art. 1287). No se va a exagerar el alcance de esta legislación ocasional de resultado (es la recodificación que está en cuestión). Pero haciendo camino, la oportunidad se presenta para responder a ciertos daños contemporáneos, poniendo así a la altura las voluntades individuales cuando se acuerda, en los límites de lo razonable, sobre determinadas adaptaciones (ordenación convencional de las normas de prueba, art. 1289, o de los plazos de prescripción). Las mismas aspiraciones invitan a dar aquí y allá el sentido y la flexibilidad gracias a criterios directivos: así teniendo en cuenta que el contrato se interpreta de acuerdo con la razón y la equidad (art. 1139), que la relación de los contratos innominados con los contratos vecinos se lleva a cabo por analogía (art. 1103), que, en la duda, la verosimilitud es un pliegue eficaz y pertinente (arts. 1287, 1293, 1314, 1317).

De manera comparable, la revisión de conjunto es la ocasión para establecer las clasificaciones necesarias, desembocando a menudo en nuevas soluciones. Así la de definir el pago (art. 1219), enunciar que se prueba por todos los medios (art. 1231), poner como denominador común el carácter determinante de los vicios del consentimiento (art. 1111.1), extender al acto jurídico unilateral el principio de interpretación exegética (art. 1136), medir el valor del silencio en la formación del contrato (art. 1105.6), no vincular más que a la nulidad relativa la ausencia de consentimiento (art. 1109.2), dar en principio a la recepción de la aceptación la virtud de perfeccionar la formación del contrato (art. 1107).

Estas modificaciones puntuales son inseparables de otras propuestas. En efecto, sea mirada en el fondo o en su método, la revisión de conjunto que acaba de ser expuesta está ligada por dos ideas fundamentales que la animan.

Las materias de la teoría general han sido tratadas con concordancia. El principio de coherencia es el primer rasgo de su unión. Cuando el contrato lo invita, no excluye ciertas variaciones redaccionales. Pero las mismas inspiraciones impregnan todo el texto y, bajo el texto, nociones de fondo resultan siempre con el mismo sentido. La teoría general del contrato es, por naturaleza, la organización de una diversidad, de lo simple a lo complicado. No se la empobrece; se la enriquece asumiendo lo que es nuevo, mediante simplificaciones, ampliaciones y redistribuciones, pero siempre en un orden sin el cual las obligaciones convencionales en general no existen. Los progresos del ferrocarril y de la carretera forman una red. Sucede lo mismo para la red contractual. Se moderniza el utillaje para el usuario.

Relativamente a las otras normas, en el Código o fuera de él, las disposiciones de la teoría general están unidas todavía por su misma y singular vocación. Constituyen el derecho común de los contratos. Dejan jugar, cada una en su ámbito, las normas particulares a las clases de convención que florecen en él. Pero tienen como propio, de una parte, erigir en arquetipo las figuras principales del derecho de los contratos que son al menos punto de referencia, de otra parte abrir globalmente al acto unilateral y al acto colegial la aplicación en tanto que razón del derecho de las convenciones (art. 1101.1), en fin dar una solución residual a las cuestiones que el silencio de las leyes deja sin respuesta, recurso subsidiario. Desde el umbral, el artículo 1103 plantea el principio. Él tiene su parte en el destino del Código civil del que se ha celebrado el bicentenario.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES – DEFINICIONES (ARTS. 1101 A 1103)

GÉRARD CORNU

I. De la fuente de las obligaciones (arts. 1101 a 1101.2)

Novedad, el capítulo preliminar por el que se abre el Título III «De las obligaciones» es la consecuencia de la aparición, en el Código, de un título que agrupa el contrato, los cuasicontratos y la responsabilidad civil. Tiene precisamente por objeto la presentación inicial de las tres fuentes principales de la obligación.

Marco de conjunto, el artículo 1101 recoge ampliándola la disposición bisagra del artículo 1370 actual. Este texto original introduce en efecto, en su división mayor, «los hechos personales al que se encuentra obligado» (entendemos los hechos jurídicos), a saber, de un lado los cuasicontratos, de otro los delitos y cuasidelitos, no sin haber puesto en primer lugar fuera de serie, acompañados de ejemplos, «los compromisos que resultan de la autoridad exclusiva de la ley».

El artículo 1101 del proyecto no omite recordar la existencia de tales compromisos, pero su objeto primordial, que aparece a la cabeza del Título «De las obligaciones», es añadir a los hechos jurídicos los actos jurídicos, en el primer rango de los cuales está el contrato, instauración de conjunto.

Esta introducción a las fuentes principales de las obligaciones es una puesta en perspectiva. En efecto, es esencial poner en contacto las nociones fundamentales que están coordinadas. Más precisamente, situar el lugar del contrato en la categoría más general de los actos jurídicos y, parecidamente, la de los cuasicontratos y otros hechos generadores de la obligación en el conjunto de los hechos jurídicos.

Así se manifiesta la decisión legislativa que declara su fidelidad a la concepción tradicional francesa. El contrato es una especie de acto jurídico, pero, en la concepción reinante, aquí confirmada, el contrato es y será la figura central. Es por lo que el primer subtítulo del Título «De las obligaciones» está centrado en el contrato, y es por la misma razón que, por orden, todas las clases de actos y de hechos son situadas en primer lugar en el conjunto coherente que los engloba.

La disposición del artículo 1101.1 se dirige en principio a definir los actos jurídicos en general (p. 1) y dar la definición particular de los tres elementos de la trilogía (p. 2, 3 y 4). La definición general y la del acto jurídico convencional son clásicas, más nuevas las del acto jurídico unilateral y del acto jurídico colectivo.

La consideración del autor del acto es un primer dato de su diferenciación: dos o varias personas para la convención; para el acto colectivo, los miembros de la colectividad (dotada o no de personalidad jurídica). En general cumplido por una sola persona, el acto jurídico unilateral puede emanar también de varias personas unidas por la búsqueda de un mismo interés (la unidad de interés hace reconocer, a pesar de la pluralidad de autores, al acto unilateral).

Sobre todo los distingue su campo de acción. La apertura es general por la convención (en armonía con la libertad de las convenciones). Al contrario, el objeto de las decisiones colectivas se

inscribe en la finalidad particular y la competencia especial de cada tipo de colectividad (indivisión, asociación, sociedad, etc). En cuanto a la voluntad unilateral, no ha sido erigida en fuente general de la obligación. Ella puede solamente prosperar bajo la égida de la ley o (es una apertura) del uso.

Fundamentalmente, todos los actos jurídicos se caracterizan, como actos voluntarios, por la dirección que toma la voluntad (pues los hechos jurídicos pueden también ser voluntarios). En el acto jurídico, la voluntad es siempre dirigida hacia el efecto jurídico conscientemente percibido y buscado por su autor (lo que traducen las palabras-llave «destinatarios», «en vista»).

En su párrafo final, el artículo 1101.1 reenvía implícitamente a los actos jurídicos unilaterales y los actos colectivos a las disposiciones especiales que los gobiernan respectivamente en su validez y en su efecto. Pero, cuando la razón lo exige, es subsidiariamente aplicable el régimen general de las convenciones, el cual aparece así, desde esta perspectiva, como el derecho común de los actos jurídicos. El contrato es, en este conjunto, la figura resplandeciente.

El artículo 1101.2 pone de manifiesto que si, en ellos mismos los hechos jurídicos son de una gran diversidad, como maniobras (individuales o colectivas) o como acontecimientos (hechos diversos particulares, económicos, políticos, naturales, etc.) o como acontecimientos, es siempre la ley que los une el efecto jurídico que la misma determina (el cual no corresponde evidentemente si se trata de hechos voluntarios al propósito deliberado de su autor).

El artículo enuncia, en fin, la división mayor entre los hechos dañosos, ilícitos generadores de responsabilidad civil (subtítulo III) y los hechos lícitos civiles, fuente de obligación cuasicontractual (para el que se beneficia sin tener derecho a ello) (subtítulo II).

II. DEFINICIONES (ARTS. 1101 A 1103)

La definición general del contrato en el encabezamiento del subtítulo «Del contrato y de las obligaciones convencionales en general» es una idea de los redactores del Código de 1804. Así como la de hacerla derivar de la definición particular de varias figuras de contrato de donde cada una es clasificada, de manera sorprendente, por oposición a la figura antitética, el contrato sinagmático por oposición al contrato unilateral, el contrato a título oneroso por oposición al contrato a título gratuito, el contrato conmutativo por oposición al contrato aleatorio. Esta clasificación inicial responde a la intención de subrayar las grandes familias de

contrato en el seno de las cuales se sitúan los múltiples contratos llamados especiales.

Por su precisión y su claridad, algunas de estas definiciones sólo demandan ser mantenidas (contrato sinalagmático) o necesitadas de un retoque (contrato unilateral). La oposición del contrato a título oneroso y del contrato a título gratuito adquiere sentido por el acento en la intención decisiva («entiende») relativamente a una contrapartida (*animus donandi* para el contrato a título gratuito; la consecución de una contrapartida para el contrato a título oneroso). Para una modificación vecina pero más pronunciada, la consideración de la equivalencia inicial de las prestaciones, en el pensamiento de los contratantes, es el criterio que determina la separación entre el contrato conmutativo y el contrato aleatorio.

El catálogo actual ha sido completado solamente por nuevas definiciones enunciadas, según el mismo método, no por la interpretación del texto sino en función de la naturaleza propia de cada figura, en el conjunto del sistema jurídico. Así es propuesta la oposición ya conocida pero no escrita del contrato consensual y del contrato solemne. La extrema importancia práctica del contrato de adhesión y del contrato-marco exigía que su definición fuese elaborada, a fin sobre todo de que sean clarificadas, en el contrato de adhesión, la distinción entre el núcleo impuesto y la eventual parte complementaria negociada, y semejantemente, en el contrato-marco, la distinción del acuerdo de base y de las convenciones de aplicación.

Se encuentra en el artículo 1103 la afirmación de que las normas enunciadas en el título del contrato constituyen el derecho común de los contratos. El texto reserva, ilustrándolo con ejemplos tópicos, la aplicación a ciertos contratos de las normas particulares que los gobiernan, pero marca bajo esta reserva que la vocación de las normas generales se extiende a toda clase de contratos, nominados o innominados. En cuanto a estos últimos, abre un precioso recurso al razonamiento analógico a fin de colmar con discernimiento las lagunas de las previsiones contractuales.

Se habrá advertido que, en el artículo 1102, no figura más la referencia a la trilogía tradicional (dar, hacer, no hacer). Pero se encuentran los elementos en el artículo 1121 que precisa el objeto del contrato. Esta transferencia que evita una redundancia tiene sobre todo la ventaja de completar la trilogía, pues el contrato puede también tener por objeto conceder la detentación de una cosa con o sin uso, prestación específica que no se reduce ni a dar, ni a hacer, ni a no hacer.

Así desplegado, el abanico de las prestaciones tiene su lugar natural en el objeto del contrato, sin entorpecer la definición general preliminar del contrato. En esto, la referencia es en lo sucesivo hecha a una noción genérica establecida que desarrolla todos los casos. Toda obligación que nace de un contrato tiene por objeto el cumplimiento de una prestación.

FORMACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1104 A 1107)

PHILIPPE DELEBECQUE, DENIS MAZEAUD

Muy preciso sobre las condiciones de validez y los efectos del contrato, los redactores del Código civil de 1804 se habían quedado, en cambio, silenciosos sobre sus condiciones de formación, dicho de otra manera, sobre la fase de encuentro de las voluntades. El contraste es sorprendente con el lujo de detalles de los que da prueba el legislador francés contemporáneo, especialmente en el ámbito de los contratos de consumo, y los proyectos de armonización europea del derecho de los contratos que regulan con una extrema minuciosidad las diferentes etapas que conducen de la simple intención de contratar a la conclusión del acuerdo definitivo.

Ha parecido pues legítimo a los promotores de este proyecto colmar esta laguna de nuestro Código y prever textos que encuadren la formación de vínculo contractual. Tal es el objeto de los artículos 1104 y siguientes de esta sección titulada «De la formación del contrato».

En cuanto a la estructura de la sección, los redactores se desmarcan así de los textos elaborados a nivel europeo e internacional que se dirigen a armonizar o a codificar el derecho de los contratos, optando deliberadamente por normas generales destinadas a estructurar el encuentro de las voluntades y han renunciado a reglamentar con demasiadas precisiones el proceso de formación del contrato, bien entendido que en este ámbito la libertad de los futuros contratantes debe poder desplegarse lo más ampliamente posible y que un cierto margen de apreciación debe ser dejado al juez sujeto por la existencia de un contrato. Además, se trata de contemplar los diferentes procedimientos y etapas que jalonan el camino que conduce a la creación del contrato. Así, los textos propuestos tienen por objeto los diferentes actos unilaterales o bilaterales que son los más a menudo utilizados y explotados con la perspectiva de la celebración de un contrato.

En cuanto al fondo, las normas elaboradas derivan de varias fuentes: la jurisprudencia francesa emanada en este ámbito, desde

hace dos siglos, en primer lugar; algunas codificaciones europeas e internacionales recientes (Alemania, Países Bajos, Québec), luego; los proyectos de armonización europeos e internacionales del derecho de los contratos –grupo Gandolfi; *Principios de Derecho europeo de los contratos*– Comisión Lando; Principios Unidroit), en fin. Además, estas normas son articuladas alrededor de un tríptico: libertad, lealtad, seguridad.

Libertad, en primer lugar, en el período de negociación precontractual (arts. 1104 a 1104.2). Los negociadores son libres para entrar en negociaciones, de concluir su negociación y de ponerla fin como y cuando les parezca. En principio, su responsabilidad no puede ser buscada con ocasión de esta fase de negociación. En particular, no puede surgir por el mero hecho de que la negociación ha sido rota o que esta ruptura ha provocado un daño para uno de los negociadores. Libertad, en segundo lugar, en el estado de la oferta y la aceptación. De una parte, el oferente dispone de un importante poder unilateral de retractación. De otra parte, el destinatario de la oferta no puede, salvo circunstancias excepcionales, estar ligado contractualmente cuando da prueba de pasividad en la recepción de ésta. Libertad, en tercer lugar, en cuanto a los instrumentos que los negociadores pueden explotar con la perspectiva de la conclusión de su acuerdo definitivo; contrato de negociación, acuerdo de principio, promesa unilateral, pacto de preferencia. Bien entendido que la «lista» no es exhaustiva y que el recurso a otros instrumentos contractuales es posible.

Lealtad, en segundo lugar. La libertad precontractual es, en efecto, atemperada y canalizada por una exigencia de lealtad destinada a imponer una cierta ética en el período que se dirige a la celebración de un contrato, en la medida en que la negociación contractual se inscribe a menudo en la duración y se traduce frecuentemente en importantes inversiones financieras. También, la buena fe guía a los negociadores en el momento de la negociación y singularmente con ocasión de su ruptura. De igual manera, la libertad de concluir pequeños contratos que jalonan y encuadran las negociaciones es canalizada por la exigencia de buena fe.

Seguridad, en tercer lugar. Las normas propuestas son mudas por el imperativo de garantizar la seguridad jurídica en el momento del período precontractual. Así, en principio, el poder de revocación unilateral del oferente es neutralizado cuando su oferta, dirigida a persona determinada, comporta su compromiso de mantenerla durante un plazo determinado. En este caso, la revocación de la oferta no impedirá la formación del contrato si es aceptada en un plazo fijo, como tampoco el fallecimiento del oferente o su incapa-

cidad sobrevenida durante el plazo de aceptación. De igual manera que la seguridad jurídica del destinatario de la oferta, concretamente el respeto de su creencia legítima en el mantenimiento de la oferta, es asegurada por esta disposición, la del oferente es promovida por la norma que prevé que el contrato sólo es concluido a contar de la recepción de la aceptación. Así, el oferente sólo está contractualmente vinculado cuando ha podido adquirir efectivamente conocimiento de la voluntad manifestada por su pareja y no puede ser jurídicamente obligado sin saberlo. Solución que, además, refuerza automáticamente su poder de revocación unilateral. Luego, es la protección de la confianza legítima del beneficiario de un pacto de preferencia o de una promesa unilateral de contrato que las nuevas normas han perseguido como objetivo. En armonía con los textos relativos a la irrevocabilidad unilateral del contrato, en la ejecución forzosa y en el cuidado de no privar de interés a los precontratos más utilizados en la práctica contractual, la retractación del promitente es sancionada de la manera más enérgica posible. En efecto, el rechazo del promitente a concluir el contrato prometido o la conclusión con un tercero del contrato a propósito del cual había consentido una prioridad o una exclusividad al beneficiario no constituyen obstáculo a la celebración del contrato prometido a favor del beneficiario.

VALIDEZ DEL CONTRATO—CONSENTIMIENTO (ARTS. 1108 A 1115.1)

YVES LEQUETTE, GRÉGOIRE LOISEAU, YVES MARIE SERINET

Según la opinión unánime, las disposiciones relativas al consentimiento en vigor en el Código civil (arts. 1109 a 1118) sólo dan cuenta de la materia de una manera imperfecta e incompleta.

Los textos, cuya redacción original permanece intacta desde 1804, tienen presente las únicas cualidades de lucidez y de libertad que aquél debe revestir a fin de que de la voluntad de cada contratante surja un compromiso válido.

Con toda evidencia, la perspectiva así escogida se encuentra doblemente limitada respecto de cuestiones que plantea esta condición esencial de formación de las convenciones en el derecho contemporáneo.

De una parte, la presentación de los codificadores conduce a silenciar el proceso de expresión y de encuentro de las voluntades, ocultando así la dificultad específica de la ausencia total de consentimiento.

De otra parte, sólo abre al que no ha contratado con pleno conocimiento de causa y libremente los remedios sanatorios de la anulación por vicio del consentimiento. Luego, los desarrollos recientes del derecho del consumo han mostrado, al margen del Código civil, que otras formas de protección permiten, por una vía preventiva, asegurar de una manera a menudo más eficaz la misma función de protección.

Además, sobre el terreno más clásico de la teoría de los vicios del consentimiento, aparece hoy en día que los textos iniciales sólo traducen el derecho positivo superficialmente. Hay que tener en cuenta que las nociones de error, dolo y violencia han conocido transformaciones profundas por la influencia de debates doctrinales surgidos desde el final del siglo XIX. En su prolongación, una jurisprudencia abundante y sutil, alguna vez hasta excesiva, ha aumentado considerablemente el régimen jurídico de cada uno de los vicios hasta tal punto que es difícil en lo sucesivo buscar lo esencial de las normas aplicables. Si, sobre determinados puntos, las opciones pretorianas permanecen aún discutidas, sin embargo, en su conjunto, la construcción jurisprudencial ha alcanzado un grado de madurez y finura suficiente para servir de fuente de inspiración a la redacción de nuevos textos. Además, en este ámbito, el derecho positivo francés asegura una mejor protección y testimonia un mayor perfeccionamiento técnico que las diversas propuestas de textos emitidos en otro ámbito sobre el mismo tema.

Por estas diferentes razones, la redacción de una nueva sección del Código civil que tenga que tratar sobre el consentimiento (arts. 1109 a 1115.1) necesitaría, en el espíritu de aquellos a quienes ha sido confiada, de una parte, colmar las lagunas desde la óptica que los codificadores de 1804 habían tenido de la materia redactando nuevas disposiciones relativas a la existencia y a la integridad del consentimiento y, de otra parte, obtener todas las consecuencias de las principales evoluciones aportadas por la jurisprudencia a la construcción del régimen de los diferentes vicios del consentimiento modificando y completando los textos actualmente en vigor.

Así resulta que en la subsección 1 se propone adoptar varios textos generales que tratan sobre la cuestión de la existencia del consentimiento. Con este título, dos dificultades pueden surgir, que no son las más frecuentes, pero que constituyen ordinariamente el objeto de un tratamiento poco satisfactorio por reenvío a textos particulares fuera del corazón del derecho de obligaciones o por relación a nociones vecinas aunque distintas.

La primera concierne a la ausencia de consentimiento de uno de los contratantes. Corresponde a la situación de una persona jurídicamente capaz que sufre una alteración de sus facultades mentales y no se encuentra en estado para emitir un verdadero consentimiento. El contrato no puede entonces formarse válidamente a falta de una voluntad real en el origen de la declaración de voluntad. A fin de tratar esta situación, se pretende generalizar a todos los actos jurídicos una solución enunciada en el artículo 901 del Código civil para las liberalidades que figura ya en el artículo 489 del Código civil en las disposiciones relativas a los mayores procedentes de la Ley de 3 de enero de 1968 redactada por el Decano Carbonnier. Esta generalización ya había sido contemplada por el mismo y permite regular de manera uniforme la cuestión del acto jurídico concluido bajo la influencia de una enfermedad mental en el nuevo artículo 1109.

La segunda dificultad es la relativa a la ausencia de encuentro de los consentimientos, cuando las dos partes no han querido la misma cosa. Existe una apariencia de contrato, pero esto responde a un malentendido, ya que se trata habitualmente en el título del error obstativo. A fin de considerar esta situación que, lo más frecuentemente, es estudiada con la teoría del error, el artículo 1109.1 la prevé.

En fin, una sanción uniforme es propuesta en el artículo 1109.2 del Código civil en caso de ausencia de consentimiento. Se trata de la nulidad relativa que se deduce ya de la concepción moderna de las nulidades y resulta de la reforma de 3 de enero de 1968. Además, pone fin a las incertidumbres y discusiones sobre un eventual resurgimiento de la noción de inexistencia del contrato, presentando esta opción la ventaja de homogeneizar estas sanciones con las que son clásicamente establecidas en materia de vicios del consentimiento.

Luego, en una subsección 2, las propuestas se dirigen a exponer, de manera más detallada, las normas destinadas a asegurar la calidad del consentimiento de los contratantes en dos párrafos desigualmente novadores.

En una primera subdivisión, se insertan disposiciones nuevas relativas a las medidas positivas de protección del consentimiento. Su función preventiva justifica el título del párrafo que trata de la integridad del consentimiento. Son aquí sucesivamente definidos dos instrumentos que el derecho del consumo utiliza de manera corriente a este fin, aunque el primero no se encuentra estrictamente delimitado: la obligación precontractual de información de una parte (arts. 1110 y 1110.1), las técnicas que tienden a diferir la formación definitiva del contrato que son los plazos de reflexión y

arrepentimiento de otra parte (art. 1110.2). A la vez, se trata de favorecer la reflexión del contratante permitiéndole adoptar una decisión clara y ofreciéndole el tiempo suficiente antes de comprometerse definitivamente e irrevocablemente.

Ha parecido necesario establecer un marco general a estas nociones que permita sobrepasar, según los casos, la diversidad de sus fuentes (jurisprudencial o legal) y la fragmentación de sus regímenes. Al fijar el sentido y los principales caracteres en el derecho común de las obligaciones del Código civil devuelve a éste sus plenas coherencia y dimensión creando un punto de anclaje hacia los derechos especiales más técnicos, especialmente el derecho del consumo. Rehacer del Código civil un Código piloto sería también una manera de responder a la crítica que considera que la reglamentación general de los contratos ha perdido su vigor y su capacidad creadora en beneficio del derecho del consumo que, más recientemente codificado, encarna el derecho vivo...

Una segunda subdivisión, de manera más clásica, redefine el régimen de los vicios del consentimiento que el Código civil había previsto originalmente, integrando en él las aportaciones más sustanciales del derecho positivo, tomando partido sobre ciertos puntos todavía sometidos a discusión y esforzándose en juntar, a través de la puesta como denominador común, los elementos que agrupan las medidas sanatorias de protección del consentimiento.

Al frente del párrafo, figuran cuatro disposiciones generales. Recuperando la fórmula originaria del Código de 1804, alabada por su valor expresivo particularmente fuerte, un nuevo artículo 1111 agrupa la trilogía de los vicios del consentimiento cambiando simplemente el orden de su enumeración a fin de respetar el que será seguido para presentarlos. A continuación, el artículo 1111.1 enuncia la condición de determinación del consentimiento común a todos estos vicios en un texto que se inspira en una sentencia celebre pronunciada a propósito del error determinante (Cas. Civ. 28 de enero de 1913, S. 1913, 1, 487). La ausencia de distinción entre el vicio principal e incidental es igualmente destacada a pesar de que los elementos de la apreciación *in concreto* del carácter determinante se encuentran enunciados, el efecto del vicio sobre el consentimiento debe medirse respecto del que lo alega. Además, los artículos 1115 y 1115.1 recuerdan que el error, el dolo y la violencia abren clásicamente la acción de nulidad relativa que, dirigida a la protección del contratante víctima, sólo corre desde el día de la cesación del vicio o de su descubrimiento. La proximidad de las vías jurídicas que manifiesta la expresión tradicional de «fungibilidad» de los vicios del consentimiento autoriza las pasarelas

procedimentales. En fin, la anulación del contrato se obtiene sin perjuicio de la eventual indemnización de daños y perjuicios concedida cumulativamente o alternativamente. Dolo y violencia están en efecto siempre presentes en la estructura dualista de un delito civil, para el que lo comete, y de un vicio del consentimiento, para el que lo sufre. Pero se admite hoy en día aún que el error provocado por las maniobras culpables del cocontratante autoriza una reparación sobre el terreno delictual. Es lo que el artículo 1115, párrafo 2 resume en una fórmula general derivada del artículo 1382 (ant.) del Código civil.

A estas normas comunes, se añaden disposiciones especiales propias de cada vicio del consentimiento.

Así, el error es reglamentado en primer lugar, con sus dos objetos posibles que el artículo 1110 (ant.) del Código civil contempla desde 1804: la sustancia de la cosa y la persona del cocontratante (art. 1112). A su vez, la cualidad esencial sobre la que la equivocación ha tenido lugar es aquella en consideración de la cual las dos partes han contratado (cualidad convenida) o que, contemplada por una, ha sido puesta en conocimiento de la otra (¿cualidad entrada en el campo contractual?). Conforme a una jurisprudencia consolidada, desarrollada en materia de venta de obras de arte, se considera que la aceptación de un azar relativamente a una cualidad de la cosa impide el error (art. 1112.1, p. 2). Son recogidas igualmente otras soluciones, ampliamente aprobadas, que consideran los errores de derecho y de hecho como equivalentes y rechazan, después de un análisis de los comportamientos respectivos de las partes, la toma en consideración del error inexcusable (art. 1112.3). Con un espíritu vecino, el simple error sobre el valor o sobre los motivos es considerado indiferente de acuerdo con las condiciones establecidas por la jurisprudencia a través de una larga evolución pretoriana (art. 1112.4).

En el terreno del dolo, las propuestas establecen la ampliación de la definición clásica del vicio que se extrae del artículo 1116 (ant.) del Código civil a la reticencia dolosa (art. 1113.1), la cual presenta un interés práctico superior y permite establecer un vínculo con la obligación de información precedentemente organizada (art. 1110). Las relaciones entre las dos nociones son incluso clarificadas, puesto que se enuncia que, cuando la intención de engañar falta, el incumplimiento de tal obligación sólo determina la responsabilidad de aquel con el que estaba obligado. En virtud del principio consistente en que el dolo que no emana del cocontratante queda sin efecto sobre la validez del contrato, el artículo 1113.2 aporta algunas adaptaciones, a veces conocidas, a fin de tener en

cuenta la posible intercesión de un tercero en la conclusión de la convención. Al dolo de una de las partes se asimila el de su representante, gerente de negocios, encargado o garante. Además, el artículo 1113.3 prevé que el error que resulta del dolo será más fácilmente sancionado que un error espontáneo, puesto que se considerará siempre excusable y producirá la nulidad incluso cuando incida sobre el valor exclusivamente o sobre simples motivos. Sin embargo, el texto reserva esta extensión al único caso de error «provocado» por dolo, lo que, *stricto sensu*, no será generalizable a la reticencia dolosa. Tácitamente, la disposición conduce a ratificar la jurisprudencia *Baldus* (Cas. Civ. 1.^a, 3 de mayo de 2000, *Bull. civ.*, I, núm. 130), si, al menos, se quiere hacer una lectura literal.

Queda la violencia. Respecto de ella, los textos propuestos recogen, en lo esencial, las disposiciones actuales del Código civil (arts. 1111 a 1114 ant.). Se han realizado solamente algunas adaptaciones a fin de tener en cuenta, principalmente, los ajustes que la jurisprudencia había diseñado ya a propósito del empleo ilegítimo de una vía jurídica. La innovación real proviene de la consagración de la idea de explotación abusiva de una situación de debilidad provocada por un estado de necesidad o de dependencia. La oportunidad de retener en este caso la violencia, recientemente debatida, se encuentra reconocida bajo la forma de un nuevo artículo 1114.3 que precisa igualmente los criterios en función de los cuales este caso particular de violencia será apreciado.

VALIDEZ – CAPACIDAD Y PODER (ARTS. 1116 A 1120.2)

JEAN HAUSER, GUILLAUME WICKER

La capacidad de los sujetos de derecho ha sido tratada extrañamente por los autores del Código civil a propósito de la conclusión de los actos jurídicos. Había que ver únicamente el lado activo de la capacidad en el momento que nuestra sociedad, cuidadosa alguna vez exageradamente de los principios, ve más bien el lado pasivo del tema. La capacidad es en primer lugar una cuestión de Derecho de las personas. Así, puede preguntarse si el § 1 del proyecto sobre la capacidad de goce no encontrará su lugar en los artículos faros del Código, en adelante los artículos 16 y siguientes, antes que en los artículos dedicados al derecho de obligaciones. La noción de «capacidad natural» es ahora familiar para la doctrina en estas materias y merecería un lugar aparte.

Por eso, y a falta de una reforma global del Código, no era inútil afirmar el vínculo de la capacidad de goce con la propia persona y

mencionar las escasas incapacidades de goce que pueden afectar a ciertas personas, esencialmente se remarcará (art. 1116.2) por razones limitadas de oposición de intereses. Al mismo tiempo no era tampoco inútil mencionar la capacidad de goce especial de las personas jurídicas, sobre la cual el Código no se pronunciaba, precisando el contenido de esta capacidad en una fórmula de la que la jurisprudencia podría obtener beneficio. El texto podría constituir el comienzo de una teoría general de la capacidad de las personas jurídicas que encontraría su lugar en un Código civil modernizado donde estas personas, aparecidas después del Código de 1804, tendrían, en fin, el estatuto que merecen. Por tanto, los efectos de la aparición de una incapacidad de goce de una de las partes durante un contrato justificaba también una precisión.

Lo esencial debía ser dedicado, evidentemente, a las incapacidades de ejercicio. El artículo 1117, que afirma el principio y la excepción, habría podido ser integrado precisamente, puesto que se trata de un principio general que sobrepasa mucho la conclusión de los actos jurídicos. Dos consecuencias prácticas se desprenden de ello. Era, sobre todo, la ocasión para establecer, al menos teóricamente, la posibilidad de organizar una futura pérdida de la incapacidad de ejercicio, prevista por el proyecto de reforma del derecho de las incapacidades, en vía de adopción, bajo la apelación de mandato de protección futura.

Era pues la ocasión de reafirmar y generalizar lo que los textos y la jurisprudencia han establecido progresivamente: la capacidad residual de la persona protegida por los actos conservativos, los actos permitidos por la ley o el uso y los actos relativos a la persona. Sobre este último punto, particularmente delicado, ha parecido deseable precisar la necesaria distinción entre las consecuencias personales de estos actos, sometidos al principio de autonomía, y las consecuencias patrimoniales que siguen en la esfera de la representación. La jurisprudencia habrá de precisar inevitablemente esta frontera.

Ha parecido necesario precisar el efecto de la incapacidad que resulta de la minoría y el estatuto legislativo es por ello sensiblemente reforzado. Las condiciones de la rescisión por lesión y sus efectos son bastante netamente precisados así como el derecho a solicitar la nulidad de las diferentes partes del acto jurídico. La limitación de este derecho a solicitar la nulidad o rescisión podría indirectamente favorecer una cierta extensión de la teoría de los actos corrientes por lo que los terceros contratantes se encontrarían mejor garantizados contra eventuales acciones de restitución de la persona protegida.

La instauración de un importante dispositivo legislativo a propósito de la representación traduce el cuidado de precisar una técnica finalmente bastante poco estudiada, con el pretexto de que toda representación parecería un mandato, lo que es ciertamente falso para la representación legal o judicial y ha provocado importantes confusiones, incluyendo la jurisprudencia. Así se encuentra precisada la misión del representante eventual en función de las categorías de actos a realizar en defecto de precisiones suficientes en el acto que establece la representación. Los propios efectos de la representación sobre los poderes del representado son detallados distinguiendo, lo que no era siempre claro, entre los efectos de la representación legal o judicial y los efectos de la representación convencional. En esta última se afirma el principio de que no se puede acordar una representación contra sí mismo a reserva de observar una lealtad mínima hacia el representante designado.

La recuperación, generalizándolas, de las normas de la oposición de intereses, bien conocidas por los especialistas del derecho de las incapacidades, debería dar nacimiento a una verdadera teoría general, jamás construida, ya que la hipótesis concierne a todas las diversas formas de representación y no solamente a los casos de representación de un incapaz.

Como se ha destacado al principio la cuestión de la capacidad es una parte del Derecho de las personas más que una parte del Derecho de las obligaciones. La capacidad para ser parte en una relación obligatoria sólo es un elemento de la cuestión más amplia de la capacidad de la persona para participar en la vida jurídica en general y en la vida contractual en particular. El proyecto limitado sólo al derecho de obligaciones deja entera la cuestión de una reforma global del Código civil, pues la generalidad de este aspecto permanece simbólica.

VALIDEZ – OBJETO (ARTS. 1121 A 1123)

JÉRÔME HUET, RÉMY CABRILLAC

En su estado actual, el objeto del contrato figura en una Sección 3 del Capítulo II del Libro III, titulado «Del objeto y de la materia de los contratos», que comprende cinco artículos (1126 a 1130). Los textos en cuestión son en lo esencial herederos de Pothier y Domat habiendo poco que decir sobre esta cuestión del objeto.

El objeto es poco evocado en las codificaciones recientes, oficiales u oficiosas. El *Código civil de Québec*, por ejemplo, sólo le

dedica dos artículos (1412 y 1413). Los *Principios del Derecho europeo de los contratos* y el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos* sólo evocan al contenido del contrato.

Una cuestión preliminar debía ser zanjada, la del mantenimiento o no de la noción de objeto. Este mantenimiento, así como el de las exigencias que derivan de ello, ha parecido necesario, en razón de las consecuencias importantes que proceden de ello, de lo que da testimonio una jurisprudencia abundante de estos últimos años, en concreto sobre las cuestiones de existencia o licitud del objeto, o incluso la determinación del precio. Además, la noción de contenido del contrato que la ha sustituido alguna vez no parece presentar una precisión suficiente para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales.

En consecuencia, el proyecto propone dedicar al objeto del contrato una sección 3 del capítulo II del subtítulo I del título III, titulado «Del objeto», comprendiendo diez artículos (1121 a 1123). Y, en esta sección, la terminología tradicional ha sido conservada en la medida que se ha podido hacer, siendo adaptada a la nueva distinción de las obligaciones propuestas por el proyecto: dar, dar en uso, hacer o no hacer (art. 1121).

Los textos existentes necesitaban, sobre todo, un encaje. Convenía modificar integrándolo en el artículo 1121 el actual artículo 1127 que implica la obligación de dar en uso, reconocida en lo sucesivo como tal por el proyecto. Además, el actual artículo 1130, p. 2, relativo a la prohibición de los pactos sobre sucesión futura, ha sido suprimido, no teniendo verdaderamente su sitio en la teoría de las obligaciones.

El actual artículo 1128 relativo a las «cosas fuera del comercio», cuya célebre fórmula forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido conservado. Se ha preferido mantenerla antes que establecer una lista detallada de las cosas fuera del comercio, lo que habría sido arriesgado e inevitablemente incompleto. El sentido del texto es a la vez suficientemente amplio y preciso, como testimonia la jurisprudencia. Figura casi intacto en el artículo 1121.1.

Igualmente, la posibilidad de que una cosa futura constituya el objeto de una obligación ha sido conservada (art. 1121.2, p. 3).

Un artículo que anuncia las cualidades necesarias para el objeto, a modo de transición, ha sido añadido: el objeto debe ser lícito, posible y existir en el momento de la formación del contrato (art. 1121.2). Igualmente, ha sido añadido un artículo precisando las sanciones, en concreto para distinguir entre la ilicitud del objeto, afectado por nulidad absoluta, y la ausencia del objeto (art. 1122).

Más allá de estas modificaciones, las principales innovaciones contenidas en el proyecto se refieren a los tres puntos siguientes:

1.º Alcanza a un elemento esencial del contrato: la jurisprudencia que ha culminado con la sentencia *Chronospost* debía ser incorporada en el Código civil. Incluso si ha sido pronunciada bajo el visado del artículo 1133 relativo a la causa, concierne más al objeto y figura en lo sucesivo en el artículo 1121, párrafo 3.

2.º Determinación del objeto: la cuestión ha suscitado controversias doctrinales e iniciativas jurisprudenciales sobre las que es inútil volver. Parece juicioso mantener el principio de determinación en los propios términos del Código, añadiendo solamente, para explicitarlo, que la exigencia tiene por objeto que una de las partes no quede a merced de la voluntad de la otra (art. 1121.3). Pero ha parecido necesario plantear dos series de excepciones a este principio. La primera se refiere al caso del contrato-marco, especialmente en materia de distribución. La disposición considerada ofrece a los contratantes una cierta libertad, con la reserva de un eventual control judicial *a posteriori*, solución inspirada en las sentencias de la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación de 1 de diciembre de 1995 (art. 1121.4). La segunda es propia de los contratos que, como el arrendamiento de obra o el mandato, comportan una obligación de hacer cuyo alcance no puede ser fijado desde la celebración del contrato: la disposición considerada se inserta en la línea de la jurisprudencia actual (art. 1121.5).

3.º Falta de equivalencia de las prestaciones: la falta de equivalencia de las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo sólo es actualmente establecida en el Código civil en una disposición relativa a los vicios del consentimiento. Esta opción es criticada por la mayoría de la doctrina y ha parecido que el tema tenía su lugar en lo sucesivo en la sección relativa al objeto (art. 1122.1) o una disposición específica es en lo sucesivo dedicada a las cláusulas abusivas.

Pero, para evitar todo riesgo de ambigüedad, el caso de falta de equivalencia de las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo que tiene lugar después de la ejecución del contrato ha sido reenviado a las disposiciones relativas al efecto de las convenciones que figuran en el capítulo III.

VALIDEZ – CAUSA (ARTS. 1124 A 1126.1)

JACQUES GHESTIN

Artículo 1124. Se trata de afirmar que, conforme a nuestra tradición jurídica, una causa real y lícita es una condición de vali-

dez del contrato. Esta opinión implica, sin embargo, evitar los dos escollos opuestos a una definición exageradamente restrictiva, que le privaría de todo interés práctico, o demasiado extensiva, que implicaría un ataque a la seguridad jurídica.

La causa del compromiso es tomada en cuenta. Esta formulación relativamente nueva evita, principalmente, utilizar las denominaciones, contestadas por algunos, y sin duda contestables, de la causa de la obligación, llamada objetiva y abstracta, opuesta a la causa del contrato, denominada subjetiva y concreta. Se ha observado especialmente que, desde el instante que basta, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Casación, que una de las partes haya perseguido un fin ilícito o inmoral para justificar la anulación del contrato, aunque la otra lo haya ignorado, parece difícil reservar a esta noción la calificación de causa del contrato por oposición a la causa de la sola obligación de una de las partes. Además, en tanto que «manifestación de voluntad (oferta o aceptación) por la cual una persona se obliga» (*Vocabulaire juridique*, ss. dir. G. Cornu), el compromiso parece más apto para designar el acto que da nacimiento al contrato comprendido como una operación jurídica, incluso económica, global y no solamente, de manera analítica, como una o varias obligaciones yuxtapuestas.

El artículo 1124 hace de la causa una noción unitaria. Es la justificación del compromiso, dicho de otra manera, la razón por la cual el Derecho positivo le reconoce efectos jurídicos (lo que algunos autores llaman, dándole este sentido, la «causa eficiente»). Conforme a la tradición del Derecho canónico, la obligación nace por la sola voluntad del obligado a condición de poner una causa que la explica y la justifica. Nosotros veremos que definiendo la causa como la contrapartida convenida, para apreciar su realidad en los contratos a título oneroso, el proyecto toma en consideración, al menos implícitamente, la «causa final» del compromiso, que es el interés perseguido.

La exigencia de una causa real y lícita distingue sus dos funciones: control de la existencia y de la licitud de la causa cuyas sanciones específicas son precisadas en el artículo siguiente.

Artículo 1124.1. La naturaleza relativa o absoluta de la nulidad corresponde a las dos funciones de la causa. En ausencia de causa del compromiso, es decir, según el artículo 1125 del proyecto, cuando «desde el origen, la contrapartida convenida es ilusoria o irrisoria», sólo se trata de «la salvaguarda de un interés privado» (art. 1129-1, p. 2), lo que reserva a la parte protegida la facultad de demandar la anulación o confirmar el acto (art. 1129.1, p. 3). Cuando la causa del compromiso es ilícita, es decir, según el artículo

lo 1126, «cuando es contraída, por al menos una de las partes, con un fin contrario al orden público, a las buenas costumbres o, más generalmente, a una norma imperativa», «la salvaguarda del interés general» (art. 1129.1, p. 1) impone que la anulación pueda ser «invocada por cualquier persona que justifique un interés, así como por el Ministerio Público» y que pueda «también ser acogida de oficio por el juez» (art. 1129.2).

Artículo 1124.2. Este texto reproduce en sustancia el artículo 1132 del Código civil precisando el sentido que le ha dado hoy en día una jurisprudencia y doctrina unánimes.

Artículo 1125. 1) El primer párrafo es esencial. Recuerda en primer lugar que la causa es la justificación del compromiso y que debe ser real. Precisa luego que la apreciación de la realidad de la causa debe hacerse en el momento de la formación del contrato. La causa, condición de validez, es así expresamente limitada a ésta, con exclusión de la ejecución del contrato, cuyo equilibrio es preservado por otras vías. En fin, y sobre todo, determina, conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal de Casación, las condiciones de la ausencia de causa: es preciso y suficiente que la contrapartida convenida sea ilusoria o irrisoria. Sobre esta definición reposa el equilibrio entre la justicia contractual y la seguridad jurídica.

El artículo 1102.1, párrafo 1 del proyecto dispone que «el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes entiende recibir de la otra una ventaja en contrapartida de lo que ella procura». En este contrato el compromiso de cada parte debe estar así justificado por «una ventaja», es decir, la satisfacción de un interés que es la causa final. Para precisar ésta, es preciso, de una parte, rechazar una abstracción excesiva, no teniendo en cuenta los móviles propios de cada parte que han determinado concretamente las voluntades de cada una en la búsqueda de su interés particular, y, de otra parte, preservar el carácter de procedimiento bilateral del contrato rechazando hacer depender su validez de motivos personales que no han sido integrados en lo que es denominado frecuentemente el «campo contractual» y que es preferible definir, de manera más precisa, como la contrapartida convenida. En efecto, para que el carácter contractual de la causa sea efectivo, el motivo determinante de una de las partes debe no solo ser conocido, no solo haber sido tomado en cuenta por la otra parte, sino que debe formar parte de la definición contractual del objeto de la contrapartida. Se trata del objeto de la obligación o de la prestación prometida —o ejecutada cuando la ejecución es concomitante de la formación— por la otra parte.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación muestra que por la interpretación, muy generalmente subjetiva (búsqueda de la común intención de las partes) y excepcionalmente objetiva (determinación autoritaria del contenido del contrato), la contrapartida convenida es en primer lugar precisada. A partir de esta realidad, es decir, de que no sea ilusoria ni irrisoria, depende la apreciación de la existencia o de la ausencia de la causa del compromiso del demandante de la anulación.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación muestra igualmente que determina, siempre por vía de interpretación, el perímetro en el interior del cual debe ser apreciada la realidad de la contrapartida convenida. Si el Tribunal de Casación no admite la necesidad de una contrapartida propia para cada obligación nacida del contrato, incluso de cada cláusula de éste, en cambio, toma a menudo en consideración un conjunto de contratos indivisibles. La ausencia de objeto real de la contraprestación estipulada en uno de ellos, por ejemplo un precio puramente simbólico, no justificará la anulación por ausencia de causa, si se establece que el demandante se beneficia paralelamente de una contrapartida convenida por el cauce de otro contrato indivisible. El control de la realidad de la causa sobrepasa así en la práctica el de la existencia del objeto de la contraprestación.

2) El segundo párrafo se dirige a confirmar la jurisprudencia *Chronopost* y las sentencias que la han aplicado. Pone en marcha, sin que parezca oportuno decirlo expresamente, una necesidad lógica de coherencia. Su eventual relación con un «principio» de coherencia será el papel de la doctrina.

Artículo 1125.1. Conforme a lo admitido por una jurisprudencia constante y una doctrina unánime, es necesario asimilar a «la entrega de la cosa o de los fondos al que se obliga» la que es hecha a un mandatario de este último, o incluso a un tercero desde el momento que su designación resulta de la convención.

En Derecho romano, el prestatario que no había recibido la suma de dinero que estaba obligado a reembolsar, o que sólo había recibido una parte, podía utilizar la *querella non numeratae pecuniae*. La obligación de restituir está ligada a la entrega de la cosa que era igualmente una condición, heredada del Derecho romano, de formación de los contratos reales. Esta categoría de contratos es actualmente, con razón o sin ella, contestada en su propio principio y la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Casación tiende a excluir los préstamos consentidos por los establecimientos financieros, que era hasta el presente uno de los ámbitos predilectos de la nulidad por ausencia de causa. El artículo 1102.5 del proyecto

sólo define el contrato consensual y el contrato solemne. Es verdad que el contrato real no era anteriormente definido en el Código civil y que su consagración por la jurisprudencia es deducida de la definición de un cierto número de contratos especiales tales como el préstamo de uso (art. 1875), el préstamo de consumo (art. 1892), el depósito (art. 1919) y la prenda (art. 2071).

En cuanto a la causa, en todo caso, es de hecho la del compromiso de restitución que es específica en los contratos reales. Se admite, en efecto, por la jurisprudencia y una doctrina muy mayoritaria, que la entrega de la cosa es la causa de la obligación de restitución, en el motivo, destacado por un autor (G. Rouhette, *Contribution à l'étude de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, núm. 147, p. 467), que «es de simple buen sentido que no hay que restituir una cosa que no ha sido entregada». Un semejante compromiso estaría desprovisto de justificación.

Es frecuente que un precontrato, una promesa de contrato, fije las modalidades esenciales del contrato real a concluir por la entrega de los fondos o de la cosa, tales como, por ejemplo, la remuneración del depositario o, en el préstamo de dinero, el tipo de interés y la fecha de restitución. El artículo 1106 del proyecto trata de manera general de «la promesa unilateral de contrato... por la cual una parte promete a otra, que acepta el principio de darle la exclusividad para la conclusión de un contrato en el que los elementos esenciales son determinados, pero para la formación del cual hace falta solamente el consentimiento del beneficiario» (párrafo 1.º). Contrariamente a la jurisprudencia actual del Tribunal de Casación, pero conforme a una doctrina muy mayoritaria, establece la prohibición para el promitente, «durante el tiempo dejado al beneficiario para expresar su consentimiento», impedir por una retractación «la formación del contrato prometido» (párrafo 2.º) y la inoponibilidad «al beneficiario de la promesa» del «contrato concluido con un tercero» (párrafo 3.º). Este texto, a pesar de su alcance general, puede no parecer directamente aplicable a todas las promesas de concluir un contrato real, especialmente un préstamo, en el que la formación se realizará posteriormente por la entrega de los fondos o de la cosa. Estas promesas son en efecto a menudo sinalmáticas y no unilaterales, no tienen por objeto la exclusividad de concluir un contrato y, en fin, no es «el consentimiento del beneficiario» que «hace solamente falta», sino la entrega de los fondos o de la cosa, lo que es diferente. Parece, sobre todo, posible deducir, por analogía, incluso *a fortiori*, que la promesa de concluir un contrato real impone, en las condiciones que determina, la entrega de los fondos o de la cosa que formará éste. Basta precisar aquí que este precon-

trato sólo es válido por si mismo si «el compromiso tiene una causa real y lícita que lo justifica» (art. 1124).

Artículo 1125.2. En los contratos sinalagmáticos conmutativos, es excepcional que la contrapartida sea convenida en beneficio de un tercero. Así es, sin embargo, cuando ésta es definida en un conjunto contractual, por ejemplo para justificar la existencia de una contrapartida real a la venta de un terreno mediante un franco simbólico, porque era sobre éste que estaba construida la fábrica de una sociedad de la que el vendedor era uno de los accionistas y de la que el comprador asumía el pasivo. Las sentencias del Tribunal de Casación, que consideran esta contrapartida como la causa del compromiso contestado, manifiestan el interés indirecto del deudor a ésta sin hacerla, sin embargo, una condición de la validez del contrato.

Como el texto precisa, es potencialmente aplicable al conjunto de las estipulaciones por otro. En la práctica, es principalmente en materia de garantías que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión. La contrapartida convenida en beneficio de un tercero en la fianza, por ejemplo, puede ser definida como el crédito o toda ventaja consentida por el acreedor al deudor principal y subordinada a la provisión de esta garantía. Esta ventaja convenida puede exceder, según la común voluntad de las partes, a la entrega inmediata de los fondos por el banco sobre la cuenta del tercero y comportar, por ejemplo, su compromiso correlativo de mantener durante un plazo más o menos determinado, pero determinable, un cierto concurso financiero. La fianza estaría falta de causa real cuando apareciese, especialmente por una clausura inmediata de cuenta, que, desde la formación del contrato, el banco no tenía por objeto tener una garantía en caso de insolvencia del deudor principal sino solamente sustituir a este último un deudor solvente. La contrapartida convenida sería en efecto ilusoria (V. Ph. Simler, *Juris-Classeur Civil*, Fasc. 20: *Contrats et obligations –Cause– Role pratique*, 15 de junio de 2002, núm. 33, texto y jurisprudencia citada).

El artículo 1125.2 quiere precisar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación, principalmente respecto de la fianza, la ventaja consentida al deudor principal constituye la causa necesaria y suficiente del compromiso del fiador, independientemente del interés moral o material perseguido por éste en razón de sus relaciones con este deudor.

Artículo 1125.3. Contrariamente a una fórmula frecuentemente utilizada, comprendida por el Tribunal de Casación, no es la ausencia de azar la que permite caracterizar, en estas convenciones, una ausencia de causa. Los contratos sinalagmáticos aleatorios,

especialmente la venta de un bien mediante el pago de una renta vitalicia, sólo son anulados por ausencia de causa por la constatación de que, desde la formación del contrato, la ausencia de azar hacía ilusoria o irrisoria, para uno de los contratantes, la contrapartida convenida. Así acontece en particular cuando el montante de la renta es inferior a los ingresos del bien cedido o cuando la esperanza de vida del rentista, conocida por la otra parte, hace irrisoria, desde el origen, el montante de las rentas a pagar.

Artículo 1125.4. La cuestión radica en saber si la causa en las liberalidades, y más especialmente en los testamentos que no son contratos, debe ser tratada en esta sección, sea directamente, sea por reenvío a las disposiciones especiales de las liberalidades. El hecho de que las disposiciones relativas a la licitud y la moralidad de la causa sean comunes a las dos categorías de actos aboga a favor de una definición de la existencia de la causa en los actos a título gratuito, enunciada paralelamente a la de los actos a título oneroso.

La fórmula propuesta se inspira en el artículo 911 del proyecto del Decano Jean Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint Affrique y Georges Morin, sobre las liberalidades.

Según el artículo 1102.2, párrafo 2 del proyecto, «el contrato es a título gratuito cuando una de las partes quiere procurar a la otra una ventaja sin recibir contrapartida». En primer lugar, la intención liberal abstracta es la que permite calificar los actos a título gratuito: donaciones y, *a fortiori*, liberalidades testamentarias (párrafo 1.º). Se deduce igualmente que la existencia de la causa no puede depender en las liberalidades de la contrapartida convenida. El párrafo segundo toma entonces en consideración, a título de justificación del compromiso, el interés –esencialmente moral en las liberalidades– en la ausencia de contrapartida material, que es la causa final de él. El imperativo de seguridad jurídica destinado a proteger a la otra parte en los contratos a título oneroso no tiene la misma intensidad respecto del beneficiario de una liberalidad, lo que autoriza a retener aquí, como justificación y causa del compromiso, el motivo que ha determinado al disponente.

Examinando las donaciones y «los otros contratos en los que uno solo hace o da y donde otro no hace y no da nada», Domat observaba ya que «el compromiso del que da tiene su fundamento sobre un motivo razonable y justo, como un servicio dado, o algún otro mérito del donatario, o el único placer de hacer el bien». Este motivo, añadía Domat, «tiene lugar a causa de la parte del que recibe y no da nada» (Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.ª parte, título 1, sección 1, p. 235).

Artículo 1126. Este artículo se dirige a confirmar el estado actual de la jurisprudencia en la materia, que parece satisfactorio. Significa, en concreto, que el fin ilícito perseguido por una de las partes basta para imponer, a fin de «la salvaguarda del interés general» (art. 1129-1, p. 1 del proyecto), la nulidad absoluta del contrato por ausencia de causa lícita, sin que haya que buscar si la otra parte había perseguido el mismo fin o si tenía conocimiento de él.

En cambio, este texto no prejuzga el contenido del orden público o de las buenas costumbres, especialmente en cuanto a las liberalidades consentidas a fin de favorecer relaciones adúlteras.

Artículo 1126.1. Las restituciones consecutivas a la anulación retroactiva del contrato son regidas por las disposiciones generales de los artículos 1162, párrafo primero y 1162.3 del proyecto. El artículo 1126.1 trata de corregir la injusticia que podría resultar del daño causado a la parte inocente por la anulación del contrato. Aplica a este caso particular el artículo 1162 del proyecto según el cual «cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes éste debe además» (además de las restituciones) «indemnizar al otro de todos los daños». Precisa, sin embargo, las condiciones de esta indemnización. Según su párrafo primero («con ignorancia del otro»), claramente precisado por su párrafo segundo, el simple conocimiento del fin ilícito basta para excluir, incluido para la parte que no perseguía ella misma tal fin, toda reclamación de una indemnización del perjuicio causado por la anulación del contrato.

VALIDEZ- FORMA (ARTS. 1127 A 1128.2)

PIERRE CATALA

En el capítulo que trata de las condiciones esenciales para la validez de las convenciones, el Código civil no contenía ninguna disposición relativa a la forma. Esta tiene su sede principalmente en el capítulo de la prueba y, esporádicamente, en los textos que regulan la oponibilidad de las convenciones. En cuanto a las formas requeridas para la validez, se las encuentra especificadas, acto por acto, y varían de uno a otro, pasando de la escritura manuscrita al escrito simple en documento privado y a la forma auténtica. Nadie duda, sin embargo, que en el Derecho francés el consensualismo constituye el principio y el formalismo la excepción. ¿Era preciso, por ello, insertar en la parte del Anteproyecto dedicada a la formación de los contratos una sección dedicada a su forma? Siguiendo este camino, estábamos solos, puesto que el Código

européo propuesto por la Academia de Pavía destina su Título IV a las formas del contrato (arts. 34 a 38).

Existía en este sentido un argumento determinante: la equivalencia de la escritura electrónica con las escrituras tradicionales, reconocida por las Leyes 2000-230 de 13 de marzo de 2000 y 2004-75 de 21 de junio de 2004.

La historia reciente de la escritura electrónica es seductora por varios rasgos. En atención a una primera Directiva europea, el Código civil debe reconocer la fuerza probatoria de la escritura y de la firma electrónica. Se ha admitido el principio y planteada las condiciones en los nuevos artículos 1316 a 1316.4, procedentes de la Ley de 13 de marzo de 2000. Se trata entonces solo de un formalismo *ad probationem*, que no reconocía la validez de la forma electrónica para los actos en que el escrito era exigido con sanción de nulidad. Pero la misma Ley, en el artículo 1377 nuevo, prevé que el acto auténtico «puede ser redactado en soporte electrónico, si es establecido y conservado en las condiciones fijadas por Decreto del Consejo de Estado». Luego, si bien los actos auténticos figuran en el capítulo de la prueba en el Código civil, es claro que el formalismo de la autenticidad exige la escritura con sanción de nulidad y no solamente a los fines de prueba. El artículo 1317, párrafo 2 prefiguraba así, para la escritura electrónica, el paso del formalismo *ad probationem* al grado superior del formalismo *ad validitatem*.

Esto es lo que hace la Ley de 21 de junio de 2004 sobre la economía numérica que integra en el Derecho francés la Directiva europea relativa al comercio electrónico. Dos nuevos artículos, el 1108.1 y el 1108.2, aparecen en el Código civil en el capítulo de las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. El formalismo en lo sucesivo hacia su entrada con el rango de las denominadas condiciones, mereciendo entonces, como marco de acogida, una sección particular del Anteproyecto donde los dos artículos citados aparecen en los números 1127.2 y 1127.3.

El primero de estos textos dispone que cuando un escrito electrónico es exigido para la validez de un acto jurídico, puede ser establecido y conservado en forma electrónica en las condiciones previstas en los artículos 1316.1 y 1316.4 del Código civil (o sea, 1285.1 y 1286 del Anteproyecto). Resulta de ello una identidad de la forma solemne y de la forma probatoria: una misma forma puede servir para varias finalidades. Se sabe ya por la relación de textos: la forma auténtica, requerida con la sanción de nulidad en las donaciones, lo es a fines de oponibilidad en las transacciones inmobiliarias. Con respecto a esta polivalencia, importa que la ley precise el

fin de la forma que prescribe: tal es el sentido del artículo 1297 del proyecto que retoca al artículo 1426 del Código civil.

La sección propuesta no tiene como única razón de ser una estructura de acogida para las nuevas tecnologías de la escritura. Su propósito es más general.

El artículo 1127 proclama con términos expresos el principio del consensualismo. El artículo 1127.4, en coherencia con la sección vecina de las nulidades, dispone que el régimen de la acción de nulidad por defecto o vicio de forma depende de la naturaleza de los intereses que la forma quiere proteger. Aplica así un principio general enunciado por el artículo 1129.1, al que obedecen paralelamente los artículos 1122 (objeto) y 1124.1 (causa).

El artículo 1127.5 confirma que existe, al lado de las formas solemnes, formas requeridas con fines distintos de prueba o de oponibilidad, que quedan sin efecto sobre la validez de las convenciones.

El artículo 1127.6 plantea el principio del paralelismo de las formas que se aplica a los actos que modifican o abrogan una convención anterior. Su emplazamiento, al final del párrafo, hace pensar que vale para todas las manifestaciones del formalismo y no solamente para las formas exigidas con la sanción de nulidad.

El párrafo 2 de la sección 5 se limita a acoger bajo el signo de la forma electrónica los artículos 1369.1 y siguientes del Código civil, que la Ley de 22 de junio de 2004 sobre la economía numérica ha introducido en un nuevo capítulo del Código titulado «De los contratos en forma electrónica». Son textos de inspiración consumérista que rodean de formas protectoras las condiciones de la oferta y la aceptación para que el contrato sea válidamente concluido.

SANCIONES (ARTS. 1129 A 1133)

PHILIPPE SIMLER

Las disposiciones de esta rubrica están destinadas principalmente a la nulidad de los actos jurídicos (§ 1) y sustituyen a las de los artículos 1304 a 1314 actuales del Código civil, así como a los artículos 1338 a 1340. Se añaden, limitándose a una definición, tres artículos relativos a los conceptos de caducidad (§ 2), inoponibilidad (§ 3) y regularización (§ 4), que como tales no aparecían en el Código de 1804.

Este dispositivo ha encontrado naturalmente lugar al final del capítulo que trata de las condiciones de validez de las convenciones. Este lugar es seguramente más pertinente que el de los actua-

les artículos 1304 a 1314, a continuación de las causas de extinción de las obligaciones, *a fortiori* que la de los artículos 1338 a 1340, curiosamente situados en el capítulo que trata de la prueba de las obligaciones.

Además, los actuales 1304 a 1314 son en lo esencial (10 de los 11 artículos, e incluso, en parte, el 11) relativos a la hipótesis de la incapacidad. Esta reclama sanciones específicas, cuyo lugar está evidentemente en la rúbrica que le es propia (lo que deja entera la cuestión de la suerte de los textos actuales, que permanecerían en el Derecho positivo en esta medida, en la hipótesis de la adopción del presente proyecto).

En definitiva, las disposiciones de la presente sección son muy poco deudoras de la existente. Establecen, sin embargo, muy ampliamente, especialmente en lo que concierne a la teoría de las nulidades, las soluciones del Derecho positivo.

§ 1. *De la nulidad*

Los textos propuestos constituyen una consagración explícita de lo que se ha convenido en denominar la teoría moderna de las nulidades, por oposición a la teoría llamada «orgánica», que ha tenido un amplio éxito en el siglo XIX y que ha prevalecido, en algunos casos (por ejemplo, por ausencia de causa), hasta una época reciente. Esto resulta claramente del criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa propuesto en el artículo 1129.1, a saber: la salvaguarda, respectivamente, del interés general o de un interés privado. Sin embargo, se precisa que si el interés privado pone en cuestión un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad es absoluta.

El régimen de las nulidades así definido es conforme a las soluciones del Derecho positivo. La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona que justifique un interés y puede ser establecida de oficio por el juez; no es susceptible de confirmación y prescribe en el plazo de Derecho común. La nulidad relativa sólo puede ser invocada por aquel al que la ley protege y que puede renunciar a ella confirmando el acto viciado, expresamente o tácitamente, por ejemplo ejecutándolo con pleno conocimiento de causa; prescribe, salvo disposiciones particulares, en un plazo más breve, actualmente de cinco años, pero que puede ser situado en tres años.

En todos los casos, la nulidad es pronunciada por el juez. Pero se precisa, lo que parece a primera vista muy innovador, que las partes pueden constatarla de común acuerdo. En realidad, tal era ya

el caso, pero lo que queda sin decir, es mejor algunas veces que sea expresamente formulado. Si las partes de una convención válida pueden, de lo que nadie duda, renunciar por *mutuus dissensus*, cuanto más seguramente deben poder constatar la ineficacia de una convención viciada. El reconocimiento explícito de esta facultad tiene la virtualidad de incitarlas a evitar inútiles contenciosos. Ha sido descartada, por el contrario, la posibilidad de una anulación unilateral que sería simplemente notificada a la otra parte, teniendo entonces ésta la facultad de contestarla. Una solución semejante es propuesta para la resolución (art. 1158). Desde el momento en que la nulidad no puede ser objeto de la constatación mutua anteriormente evocada, el contencioso es inevitable y parece entonces más justo imponer la iniciativa al que demanda la nulidad que al que la contesta.

El proyecto tiende además a colmar la laguna del dispositivo legislativo relativo a la cuestión del alcance de la nulidad. Se sabe que la jurisprudencia había llegado a soluciones satisfactorias por una interpretación convergente, pero poco respetuosa con su letra, de los artículos 900 y 1172 del Código civil. Expresando la idea del *favor contractus*, el artículo 1130.2 del proyecto plantea en principio la nulidad parcial del acto del que una cláusula o un parte solamente está viciada, salvo prueba del carácter determinante de esta cláusula o parte. Este criterio subjetivo, requiriendo una búsqueda de intenciones, es, sin embargo, el mismo descartado en el caso en que la ley considera no escrita una cláusula o incluso si la finalidad protectora de la norma violada exige el mantenimiento del acto.

El carácter retroactivo reconocido a la nulidad, que induce el principio de restitución de las prestaciones ya ejecutadas, es conforme a las soluciones en vigor, reenviándola a una nulidad que trata de manera más precisa sobre las restituciones.

§ 2. *De la caducidad*

La caducidad existe y comporta numerosas facetas: caducidad de las liberalidades, en diversas circunstancias, caducidad de un acto dependiente de otro que es el mismo anulado o resuelto, caducidad del matrimonio, incluso en caso de cambio de sexo de un esposo... No puede ser asimilada a algún otro concepto, tal como la nulidad o la resolución. Merece, pues, un lugar en el Código civil.

Sin embargo, su definición es difícil. Si es fácil diferenciarla de la nulidad o de la resolución, lo es menos definirla positivamente. Sus causas son muy diversas. Sus efectos, además, son variables, puesto que es ya retroactiva, ya no. Aparece de alguna manera

como una forma residual de ineficacia para cualquier otra causa que la ausencia de una condición de validez o la inejecución. También se propone sólo insertar en el Código civil una definición, en unos términos suficientemente amplios para permitir abrazar hipótesis diversas.

§ 3. *De la inoponibilidad*

La definición de la inoponibilidad que se propone es la comúnmente admitida: distingue claramente las partes y los terceros, únicos protegidos por este concepto.

Es forzoso reconocer, sin embargo, que no está en armonía con su empleo, a menudo discutible en diversas situaciones. La formulación de una definición precisa podrá contribuir a útiles clarificaciones.

§ 4. *De la regularización*

Este concepto da lugar a observaciones parecidas. La regularización es mencionada por diversos textos legislativos. La definición que se propone tiene la virtud de permitir la aplicación en otras hipótesis, no expresamente previstas.

EFFECTO DE LAS CONVENCIONES, INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN (ARTS. 1134 A 1143)

ALAIN GHOZI

El capítulo 3 enuncia las normas aplicables a los efectos de las obligaciones. Las organiza en siete secciones con un orden lógico. Son así expuestos sucesivamente el contenido del acuerdo, la manera de interpretar, la calificación que resulta de ello, las diversas obligaciones que engendra, las normas propias para su ejecución o su inejecución y la resolución que puede resultar. Se enriquece con numerosas disposiciones nuevas capaces de regular problemas revelados por la práctica: algunas se encuentran implícitamente contenidas en las disposiciones de principio de la materia mientras que otras, por añadidura, son originales. Así, principalmente, el régimen de la facultad de retractarse, el tratamiento de las dificultades de ejecución por el hecho del cambio de las circunstancias económicas, el encuadramiento del comportamiento unilateral lícito, la determinación de los conjuntos contractuales en sus diversas for-

mas y la introducción de la obligación de dar en uso. De igual manera también la adecuación de la facultad de resolución unilateral en caso de inejecución del contrato, la clarificación del régimen de las cláusulas resolutorias, las restituciones después de la terminación del contrato. Y por lo que se refiere al efecto de las convenciones respecto a terceros, la promesa del garante y la estipulación por otro son también ordenadas; en fin, los principios de la cesión del contrato son afirmados. Cada uno de estos puntos merece algunas profundizaciones. Así, para comenzar, la fuerza obligatoria y la interpretación.

Los artículos 1134 y 1135 han constituido los ejes alrededor de los cuales los aspectos enteros de la relación contractual son ordenados: efecto obligatorio del compromiso, contenido de este compromiso y poder de las voluntades sobre él. Con la prolongación necesaria, en la sección 2, de las normas de interpretación de estos compromisos.

Sin cambiar esta arquitectura, que una práctica secular ha consagrado en sus principios, ha parecido oportuno enriquecerla en sus dos componentes: el contenido del compromiso, es decir, la aportación de la sección 1, y, en la sección 2, la articulación de la interpretación con la calificación.

Sobre el primer punto, dos innovaciones son impuestas: el poder de las voluntades de organizar su liberación y el de tratar las consecuencias de las dificultades de ejecución tan graves que hacen perder a la relación contractual su interés.

Régimen de la facultad de retractarse

El artículo 1134.1 aprehende explícitamente la posibilidad de retractarse: si esta facultad es lo más a menudo unilateral, no es extraño que sea bilateral, de tal manera que cada una de las partes tiene reservada la posibilidad de desligarse en función de su interés en el contrato. Prolongando el artículo 1134, esta disposición significa que no procede la retractación que no ha sido autorizada, en su existencia y sus condiciones de aplicación, por la convención de las partes, el uso o la ley según las circunstancias. Por vía refleja, invita a las partes a prever la retractación, reconocimiento de su poder sobre el compromiso que les obliga, sin excluir que pueda resultar del uso, como es el caso en ciertas prácticas del comercio, por ejemplo. El nexo intelectual con las disposiciones relativas a la extensión del compromiso es de esta manera mantenido. Incluso es reforzado por una ordenación de los textos hasta ahora mal dispuestos en el Código: así el artículo 1135, que establece la incorpo-

ración en el acuerdo de los complementos que le son aportados por la ley, el uso y la equidad, se encuentra prolongado lógicamente por el antiguo artículo 1160 que deviene el párrafo segundo: se debe en efecto suplir en el contrato las cláusulas que son usuales, aunque no sean expresadas en él.

Consecuencias de la sobrevenida de un desequilibrio grave en el curso de la ejecución

El poder de las partes es solicitado en otro ámbito: la prevención contractual de las dificultades de ejecución futura, o, en su defecto, la organización de una renegociación bajo el impulso del juez: es la aportación de los artículos 1135.1 y siguientes introducidos en nuestra legislación civil.

A los que no dejan de lamentarse por la ausencia del tratamiento de la imprevisión en el Derecho civil francés, es preciso recordarles que el contrato, acto de previsión por esencia, debe prever las dificultades y que no existe una solución mejor que la que ha sido negociada por las partes afectadas. Tampoco hace falta una alusión deliberada a la imprevisión. El éxito jamás desmentido del contrato de transacción como modo alternativo de resolución de los litigios y en nuestro tiempo las llamadas al desarrollo de la mediación como otro modo negociado de solución lo testimonian suficientemente. La práctica lo sabe bien, de manera que se estipulan cláusulas de renegociación en caso de sobrevenida de dificultades graves. También, situada en el centro del dispositivo, la negociación de las partes es una vez más solicitada, pero ha parecido necesario, sin embargo, encuadrarla cuando interviene en estas situaciones a considerar y el silencio de las partes y el fracaso de su negociación. Tal es la aportación de estas disposiciones.

Las partes son animadas a estipular cláusulas de renegociación de su contrato para el caso en que acontece que por efecto de las circunstancias el equilibrio inicial de sus prestaciones fue perturbado de tal manera que el contrato pierde todo interés para una de ellas (art. 1135.1). Prueba de la seguridad de las transacciones, la modificación está ligada a la pérdida del interés en el contrato, a la vez medida y prueba de la gravedad del desequilibrio. Homenaje a la virtud del contrato, la solución es negociada. En defecto de semejante cláusula, hipótesis que no hay que olvidar, la parte que pierde su interés en el contrato puede solicitar al juez, el Presidente del Tribunal de Gran Instancia, que ordene la negociación salvadora (1135.2). Y el fracaso, exento de mala fe, abriría a cada parte la facultad de solicitar la rescisión sin gastos ni daños (1135.3): desaparecido el

interés en el contrato, éste puede desaparecer. Implícitamente, el que tenga interés en el contrato, habrá de hacer las concesiones necesarias para conceder a su cocontratante el mínimo de ventajas para animarle a proseguir su relación contractual.

Con este dispositivo original, se hace eco a las disposiciones del artículo 900.2, teniendo en cuenta el carácter oneroso de la situación afectada; la unidad de inspiración de las soluciones aplicables a las consecuencias de los cambios de circunstancias es establecida así, prueba de la armonía del dispositivo.

Interpretación; actos unilaterales; conjuntos de contratos interdependientes

Así vivificadas, las disposiciones generales, en tanto que definen el contenido del compromiso, se prolongan lógicamente por las que se refieren a su interpretación, y como se ha dicho, por las relaciones que mantienen con la calificación: es la aportación de la sección 2.

Instrumento a disposición del juez para determinar el alcance del compromiso, las disposiciones relativas a la interpretación han sido actualizadas teniendo en cuenta la considerable aportación de la jurisprudencia, aquí todavía utilizada como el laboratorio de la prueba necesaria de la norma para la satisfacción de las necesidades de nuestro tiempo. También fiel al método del Código, se exponen de manera a la vez analítica y sucesiva los métodos de interpretación de la obligación y del acto, del acto unilateral (art. 1136, p. 2), luego del acto colectivo que cubre todas las decisiones y deliberaciones de un grupo (art. 1136, p. 3), otra novedad, a continuación del acto y del contrato, y en fin, otra novedad todavía del contrato, la del conjunto contractual (art. 1137, p. 2). De la suerte de las diferentes innovaciones de la práctica, en materia de acto colectivo y de montaje contractual principalmente, son en lo sucesivo formalmente evocadas por nuestro Derecho, y establecidas en el presente. Estas normas son felizmente completadas por las relativas a los efectos de los contratos interdependientes (arts. 1172 ss.), de tal manera que nuestro Código comporta en adelante un marco completo para estas innovaciones de la práctica, confiriéndolas así una previsibilidad y una claridad que les hacía falta hasta ahora.

Estas disposiciones innovan aún suministrando útiles de control del equilibrio contractual. Debido a que el contrato puede constituir un instrumento de avasallamiento, ha de ser interpretado de acuerdo con la razón, y también con la equidad. Procede buscar ante todo la razón de ser del compromiso, pues da la medida de lo

que las partes han querido, de su interés, voluntad que no puede desembocar en lo inequitativo (1139).

Control del unilateralismo lícito

En el mismo movimiento, el acto establecido bajo la influencia dominante de uno solo, hipótesis frecuente en los contratos de consumo, de adhesión, pero también en las relaciones de la distribución especialmente, debe interpretarse a favor del otro (art. 1140.1). Esta solución completa armoniosamente el dispositivo original de encuadramiento de la fijación unilateral del precio, otra innovación de nuestro Código: obliga a su autor a justificarse en caso de contestación (arts. 1121.4 y 1121.5). Por esta inversión de la carga de la prueba, las relaciones son reequilibradas; el titular del poder de actuar es constreñido a la moderación, puesto que sabe que debe justificarse sobre una simple contestación.

Calificación

Correlativamente, hay que paliar el silencio del Código en materia de calificación (arts. 1142 ss.). Es indispensable en el presente cuando la innovación contractual multiplica las figuras originales, basándose en el modelo del contrato innominado para concebir acuerdos innominados, es decir, *sui generis*. Los principios son enunciados, debiendo guiar al juez y limitar la incertidumbre de su intervención. En concreto, se ha establecido el mecanismo de la convención por reducción (art. 1143 nuevo). También se han tratado de articular estas disposiciones con las del nuevo Código de procedimiento civil. De la coordinación de estas nuevas normas, surge un verdadero cuerpo capaz de encuadrar la imaginación contractual para darle la seguridad que garantiza su desarrollo.

DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES (ARTS. 1144 A 1145)

DIDIER R. MARTIN

La clasificación de las obligaciones –o su especificación– es un ejercicio delicado. Hay que tener en cuenta que se dirige a expresar, con pocas palabras y figuras, los tipos generales a través de los que se ordenan, o a los cuales se conectan, a pesar de su extrema diversidad, las obligaciones legales o voluntarias. ¿Es la dificultad de la empresa que ha alejado a los que concibieron el Código civil

a arriesgarse? La experiencia de la enseñanza y de la práctica del Derecho demuestra, sin embargo, el interés mayor de un trabajo semejante que aclara la teoría de las obligaciones enriqueciéndola con los conceptos fundadores de su propio objeto.

Tradicionalmente, las obligaciones están repartidas en tres clases elementales. La que prescribe una acción, un hecho positivo: es la obligación de hacer. La que prescribe, a la inversa, una abstención: es la obligación de no hacer, anverso y antítesis de la precedente. La que, en fin, se denomina obligación de dar, a la que una corriente doctrinal niega la especificidad, pero que es, en realidad, irreductible a toda otra para expresar el deber que se asume de transferir un derecho real o personal. La finura del pensamiento da a entender hoy en día que entre los dos arquetipos (hacer / no hacer y dar) se insinúa una variedad mal diagnosticada hasta ahora y que conviene calificar (lo sería en razón de sus numerosas e importantes aplicaciones prácticas): la obligación de dar en uso cuya marca, exclusiva, es determinar el deber, para su beneficiario, de restitución de la cosa o de su equivalente en el término del uso convenido.

Estos tipos universales son ellos mismos susceptibles de características particulares o comunes que una clasificación de las obligaciones debe, en el segundo grado, reflejar. A este respecto, dos binomios mayores se imponen por su virtud –y su fuerza– estructural. El uno se refiere al objeto de la prestación: opone la obligación monetaria a la que no se refiere a una suma de dinero y que se denomina, por una clara abstracción, «en especie»: es que el dinero, medida y contrapartida universal de todo, no se presta al tratamiento jurídico común de los otros objetos de prestación. El otro se ordena sobre la finalidad de la obligación: pone frente a frente la obligación de resultado –producir la satisfacción prometida– y la obligación de medios, que es hacer lo mejor con una diligencia adecuada. Puro producto del genio jurídico nacional, esta distinción, que tolera matices intermedios, trasciende a las clases de obligaciones cuyo alcance regula.

Quedaba, por último, especificar tres variedades atípicas de obligaciones. La obligación de valor, en primer lugar, que se regula, en dinero, sobre el valor de un bien a su vencimiento o, en especie, sobre lo que conviene a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa. La obligación de seguridad, luego, que refleja, en una sociedad de precaución, la aspiración de una actividad de salvaguarda contractual de la integridad de la persona y de sus bienes. La obligación natural, en fin: deber de conciencia, que limita la frontera de lo jurídico y sólo debe su positividad eventual a la

buena voluntad del deudor; no es más que una prescripción virtual, una puntilla donde se agota el concepto mismo de obligación.

EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1152 A 1156.2)

LAURENT LEVENEUR, HERVÉ LÉCUYER

El capítulo III del título III será más lógicamente organizado comprendiendo una sección titulada «De la ejecución de las obligaciones» (cuestión que es actualmente tratada en dos secciones dedicadas a la obligación de dar, luego a la obligación de hacer o de no hacer). Esta sección vendrá después de la relativa a las diversas clases de obligaciones, y antes de las disposiciones que se refieren a la inejecución de las obligaciones, y antes de las disposiciones que se refieren a la inejecución de las obligaciones y la resolución del contrato.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR (ARTS. 1152 A 1153.1 NUEVOS)

No se ha propuesto modificar el gran principio de transferencia de propiedad por el solo intercambio de los consentimientos, que no plantea dificultades prácticas y que se encuentra además en los artículos 938 y 1583. Además, la redacción dada a los artículos 1152.1 y 1152.2 utiliza, para mayor claridad, las palabras remitir y remisión, en lugar de entregar y entrega (como en los actuales arts. 1136 y 1138), pudiendo ser ambiguos estos últimos términos: la entrega del actual artículo 1138 es en realidad la remisión, es decir, el hecho de poner la cosa a disposición del contratante. Los redactores del Código civil habían utilizado las palabras remisión (arts. 1603 ss.) y entrega como sinónimos. Se propuso sólo hablar de remisión.

Este principio de transferencia inmediata plantea además menos dificultades, ya que se permite siempre a las partes diferirla por una cláusula. Estas cláusulas están difundidas sobre todo en materia inmobiliaria. Conoce además algunas excepciones legales (ej., art. 1585 sobre la venta de cosas genéricas por medir). La redacción del nuevo artículo 1152 reserva estas hipótesis.

La obligación de conservar la cosa hasta la entrega aportando todos los cuidados de un buen padre de familia del famoso artículo 1137 actual es recogida por el artículo 1152.1. La mora y sus consecuencias sobre la carga de los riesgos (art. 1139 hoy en día)

están en el artículo 1152.2 y 1152.3. Los artículos 1140 y 1141 se encuentran en los números 1153.1 y 1153.

La obligación de conservar la cosa hasta la entrega aportando todos los cuidados de un buen padre de familia del famoso artículo 1137 actual es recogida en el artículo 1152.1. La mora y sus consecuencias sobre la carga de los riesgos (art. 1139 hoy en día) están en el artículo 1152.2 y 1152.3. Los artículos 1140 y 1141 se encuentran en los números 1153.1 y 1153.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER O DE NO HACER (ARTS. 1142 A 1145)

Una modificación radical es propuesta para la redacción del célebre artículo 1142. Se trata de tener en cuenta el hecho de que las excepciones y atemperaciones aportadas a la norma formulada por el actual artículo 1142 han devenido tan importantes que el principio puede en lo sucesivo ser presentado de una manera inversa, más conforme a la realidad. Especialmente desde que los textos (Ley de 5 de julio de 1972, luego 9 de julio de 1991) han establecido la multa, es muy difícil continuar proclamando que «toda obligación de hacer o de no hacer da lugar a la indemnización de daños perjuicios, en caso de inejecución por parte del deudor».

Sin duda la multa sólo es un procedimiento indirecto de coacción, lo que permite en general a la doctrina intentar conciliarla con el principio del artículo 1142, que sólo prohibiría la coacción directa sobre la persona del deudor. Pero no impide que la multa acompañe siempre a una condena del deudor de ejecutar en especie la obligación, y como el ámbito de la multa es muy vasto, no es ya posible dejar entender en el Código civil que la inejecución sólo daría derecho a la indemnización de daños y perjuicios al acreedor...

Además, se puede remarcar que la coacción directa es ella misma bastante a menudo posible: expulsión del arrendatario que debe restituir los lugares al término del arrendamiento, embargo-aprehensión de un mueble que el deudor debe entregar o restituir...

La nueva redacción propuesta para el artículo 1142 que se convierte en el artículo 1154 plantea el principio de la ejecución en especie cuando es posible (esto es una alusión directa al actual artículo 1184, que contempla, como alternativa a la resolución, la ejecución forzosa de la convención «cuando es posible»), y deja implícitamente a las leyes sobre el procedimiento (actualmente, esencialmente la Ley de 9 de julio de 1991 y el Decreto de 31 de julio de 1992) el cuidado de regular los procedimientos de coacción directa (ej., expulsión; embargo-aprehensión) o sobre todo

indirecta (multa) permitiendo obtener esta ejecución en caso de inejecución por parte del deudor.

Lo más delicado es expresar los límites del derecho a la ejecución forzosa por coacción directa, de una parte, y por medio de la multa, por otra parte, límites que reposan sobre la misma idea, pero parece con una intensidad diferente: no se puede constreñir por la fuerza a un empresario a efectuar los trabajos prometidos (ataque excesivo a la libertad individual), mientras que se le puede ordenar bajo multa; pero la multa cesa de ser posible si la prestación presenta un carácter eminentemente personal (el ejemplo clásico es el de la obra que un artista se obliga a realizar).

En cambio, la facultad de reemplazamiento de los actuales artículos 1143 y 1144 puede ser mantenida casi en el estado actual: pasa por una atenuación de la imposibilidad de la ejecución forzosa directa; es evidentemente compatible, *a fortiori*, con el nuevo principio establecido del derecho a la ejecución en especie, del que representa una modalidad. El nuevo artículo 1154.2 propuesto recoge en sustancia las disposiciones de los artículos 1143 y 1144 actuales.

En cuanto al artículo 1145 (indemnización de daños y perjuicios en caso de violación de la obligación de no hacer, sin mora), no se propone modificarla. Pero su contenido es integrado en el artículo 1154.1.

INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1157 S 1160.1)

JUDITH ROCHFELD

Las propuestas emitidas en el seno de esta sección están cimentadas en el estado de la materia, tal como proceden de los textos iniciales y de las aportaciones de la jurisprudencia (1). Tratan de paliar las lagunas existentes y de responder a las necesidades de evolución que han podido tener lugar hoy desde 1804 (2). Trazan, a estos fines, varias direcciones (3).

El estado de la materia

La materia de la inejecución de las obligaciones y de la resolución del contrato (regida por el artículo 1184 del Código civil) se asienta en varios fundamentos tradicionales:

- la resolución está justificada por el mecanismo de la condición resolutoria,

- la resolución se entiende implícita en todos los contratos sinalagmáticos,
- la resolución es concebida como judicial.

La filosofía jurídica que la rodea se impone como específica, en tanto que emanación del pensamiento de los redactores del Código civil, y se articula alrededor de dos ideas:

- el principio fundamental de la fuerza obligatoria del contrato y el moralismo contractual: el contrato debe aplicarse cualquiera que sean las circunstancias y dificultades encontradas. En consecuencia, solo los casos de inejecución muy grave, o sea, de fracaso total de ejecución, justifican que se extinga. Entonces es necesario recurrir al juez a fin de que controle el requisito de gravedad.
- la protección del deudor de la obligación inejecutada y el humanismo contractual: el deudor no debe sufrir una sanción, demasiado deprisa asestada y sin control, de parte de su pareja contractual.

Las lagunas de la materia y las necesidades de cambio

- a)* Las lagunas relativas a las previsiones iniciales del Código
- la resolución es la única medida prevista para el conjunto de los contratos,
 - las otras medidas sólo son invocadas en textos especiales dispersos, aunque incluso han sido generalizadas en principios aplicables a todos los contratos sinalagmáticos por la jurisprudencia y la práctica (excepción de incumplimiento; teoría de los riesgos),
 - ninguna disposición rige la resolución convencional, aunque ésta es igualmente generalizada en la práctica
- b)* Las lagunas relativas a las condiciones de aplicación
- el artículo 1184 asienta la resolución sobre un mecanismo discutible, la condición resolutoria,
 - este asiento da su lugar al texto, en el seno de las normas relativas a las obligaciones condicionales (Capítulo IV «De las diversas clases de obligaciones», sección primera, «De las obligaciones condicionales», § 3 «De la condición resolutoria»). Este lugar es en consecuencia igualmente discutible y se presta a una reevaluación.
 - el artículo 1184 no precisa las condiciones de aplicación de la resolución: no dice nada de las características de la inejecución propias para entrañar la resolución, contentándose con contemplar el «caso en que una de las partes no satisface su compromiso». La constatación puede ser extendida a la excepción de incum-

plimiento de la que es necesario más precisamente delimitar el umbral de intervención.

c) Las lagunas relativas a los efectos

– el artículo 1184 no precisa nada en cuanto al alcance de los efectos de la medida: retroactivos o no; tocando o no al conjunto del contrato,

– la resolución es tradicionalmente concebida como retroactiva, conforme a su fundamento reivindicado de «condición resolutoria».

– la doctrina y la jurisprudencia han creado sin embargo una variante: la «rescisión» o más exactamente, resolución para el futuro, que descarta la retroactividad y sólo produce efecto para el futuro. Sin embargo, el criterio de distinción entre la resolución total y retroactiva y la resolución parcial en el tiempo no es muy explícito. Cuando un criterio es establecido, reside en el carácter sucesivo de la ejecución del contrato, criterio discutible que reposa sobre la consideración de la dificultad específica de organizar restituciones para un contrato que ha durado,

– nada se dice de las consecuencias de la aplicación de estas diversas medidas, especialmente de la organización de las restituciones y del fundamento de estas últimas.

d) Las influencias del Derecho europeo

– los principios de Derecho europeo de los contratos prevén únicamente la resolución unilateral accionada por el acreedor, sobre el modelo de numerosos países vecinos (cap. 9, art. 9: 301), lo que implica el desfase del Derecho francés.

Las direcciones propuestas

a) Las direcciones en cuanto al lugar del texto

– desapareciendo la referencia a la condición resolutoria, es posible situar la sección que rige la inejecución a continuación de la dedicada a la ejecución del contrato (sección 4 de la ejecución de las obligaciones, arts. 1152 a 1156.2; sección 5 – De la inejecución de las obligaciones y de la resolución del contrato, arts. 1157 a 1160.1).

b) Las direcciones para paliar las lagunas iniciales de las disposiciones del Código civil

– se propone establecer textualmente la existencia de la excepción de incumplimiento y sus condiciones de aplicación, especialmente de su aspecto de intervención (inejecución total; art. 1157),

- se propone integrar la «teoría de los riesgos» en la resolución, en tanto que ésta constituye la medida que responde a la inexecución del contrato, cualquiera que sea la causa (art. 1158),

- se propone establecer textualmente la posibilidad de prever una cláusula de resolución y de regir las condiciones de aplicación de esta última, así como sus efectos (art. 1159).

c) Las direcciones en cuanto a la opción entre resolución judicial y unilateral

- se propone optar por el mantenimiento de la elección, por el acreedor, entre ejecución forzosa, indemnización de daños y perjuicios y resolución (art. 1158),

- se propone establecer, al acreedor que escoja la resolución, una opción entre resolución judicial y resolución unilateral. En el caso en que opte por esta última, ésta intervendrá después de la mora del deudor en ejecutar y transcurrido un plazo razonable a este efecto. En caso de ausencia de este último, la resolución será constatada por una notificación del acreedor, exponiendo las motivaciones de la ruptura (art. 1158),

- se propone establecer al deudor la posibilidad de criticar judicialmente *a posteriori* la decisión del acreedor, por contestación de la existencia de las infracciones que le son imputadas (art. 1158.1).

d) Las direcciones en cuanto al régimen de los efectos de la resolución

- se propone establecer textualmente el momento de la toma de efecto de la resolución: al de la asignación en resolución, cuando ésta es judicial; al de la recepción de la notificación, cuando ésta es unilateral (arts. 1158 a 1160.1),

- se propone establecer textualmente los efectos de la resolución preveiendo un principio de resolución para el futuro, salvo la hipótesis de retroactividad relativa a los contratos de ejecución instantánea (art. 1160.1 y normas relativas a las restituciones, sección 6),

- se propone establecer un criterio de modulación de los efectos atendiendo al carácter divisible de la ejecución del contrato (art. 1160).

RESTITUCIONES DESPUÉS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1161 A 1164.7)

YVES-MARIE SERINET

Las normas relativas a las restituciones después de la terminación retroactiva del contrato tras su anulación o su resolución no

son actualmente el objeto de alguna disposición específica en el Código civil, si se exceptúa, sin duda, el artículo 1312 ant. relativo a las restituciones que siguen a la rescisión de la convención por el vicio de incapacidad. Todavía es necesario añadir inmediatamente que la redacción de este último texto es posterior a 1804, puesto que resulta de una Ley de 18 de febrero de 1938.

La cuestión de las restituciones, sin embargo, no ha sido ignorada por los codificadores, puesto que, en la reglamentación de otras instituciones, se encuentran normas especiales que organizan la puesta en marcha de este mecanismo. Tal es el caso, muy especialmente, de las disposiciones del Código civil relativas a la repetición del pago de lo indebido a las cuales es costumbre reenviar en la materia (arts. 1376 ss. ant. C. civ) las normas que determinan los efectos de la garantía contra la evicción (arts. 1630 ss. ant), de las que se dice que fijan un régimen derogatorio de restitución, de los textos aplicables a las acciones edilicias (arts. 1644 ss. ant), ya que estas acciones son, por naturaleza, consideradas que tienen como vocación organizar una restitución, o incluso el régimen aplicable a la retroventa (arts. 1659 ss. ant) o a la rescisión de la venta por causa de lesión (arts. 1674 ss. ant) a este respecto aún significativa.

En la redacción de los proyectos de textos aquí presentados, estas disposiciones dispersas del Código civil, en su mayoría intactas desde 1804, pueden servir como fuente de redacción en la elaboración de nuevos textos. No parece, sin embargo, que sean directamente transportables a la materia de las restituciones después de la anulación o resolución. Su espíritu ya es demasiado particularista tratándose de las normas relativas a ciertas formas especiales de terminación en la venta, ya demasiado diferente, tratándose de las normas que rigen las restituciones en la repetición del pago de lo indebido,

Se ha demostrado por importantes trabajos doctrinales recientes (c. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. Paris I, prólogo de J. Ghestin, LGDJ, 1992; M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, th. Paris II, prólogo de G. Cornu, Paris, Cujas, 1991) que la materia de las restituciones *lato sensu* sufre la atracción de varias ramas del Derecho exteriores al Derecho de las obligaciones (el Derecho de bienes) o, en el interior del Derecho de obligaciones, de otras disciplinas como el Derecho de los contratos (Derecho de la responsabilidad civil, cuasicontratos con las teorías de la repetición del pago de lo indebido y del enriquecimiento sin causa). Luego, las finalidades del Derecho de bienes cuando trata de la teoría de los frutos, de las mejoras o de la accesión, como las finalidades de la responsabilidad civil cuando define las condicio-

nes de la reparación del perjuicio, sea contractual o delictual, no son las de las restituciones después de la anulación o resolución retroactivas. Lo que, además, hace decir que existe una *summa divisio* entre las restituciones normales, las que intervienen en el usufructo, el préstamo, incluso el retracto o la condición resolutoria, y las restituciones anormales, las que juegan para la reivindicación, la nulidad y la resolución, la repetición del pago de lo indebido o el regreso del ausente. A esta primera criba, viene a añadirse otra. Esto conduce a distinguir las restituciones que intervienen en el ámbito contractual, que sufren en ciertos aspectos la influencia del contrato anulado o resuelto e imponen una reciprocidad en el retorno al estado anterior cuando la ejecución intermediaria ha sido bilateral, de las que intervienen fuera del ámbito contractual que presentan lo más a menudo un carácter unilateral.

Por todas estas razones, parece hoy en día oportuno, sino indispensable, definir un régimen coherente propio de las restituciones consecutivas a la anulación o la resolución, es decir, a la terminación retroactiva del contrato.

También se buscará presentar aquí normas generales que, sintetizando las propuestas doctrinales más avanzadas así como las soluciones mejor admitidas por la jurisprudencia o susceptibles de ser recogidas en las disposiciones dispersas del Código civil, responden a la finalidad común objetiva de un retorno al *statu quo ante* que sea lo más fiel posible.

La naturaleza enmarañada de la materia debería ganar en claridad para ser así recortada según las líneas clásicas del jardín a la francesa.

En la perspectiva así dibujada, se propone introducir la sección 6 que trata de la materia (arts. 1161 a 1164.7) por un artículo 1161 que determinaría, desde el umbral, el ámbito de aplicación de las normas nuevamente dictadas. Una semejante disposición preliminar permitiría en efecto definir la medida en la que las múltiples hipótesis de restitución que el Código civil ha reglamentado ya se encuentran sometidas a este cuerpo de normas generales.

A consecuencia de ello, el régimen de las restituciones después de la terminación del contrato se subdividiría en tres párrafos que fijan respectivamente los principios que gobiernan la categoría de las restituciones después de la terminación del contrato, las modalidades de estas restituciones y los reglamentos complementarios que se han designado alguna vez con la expresión evocadora de «cuenta de restitución».

Así es como, en un primer párrafo, se propone adoptar varios textos que enuncian los principios comunes a este tipo de restitución.

En una primera disposición, el artículo 1162, se encuentra definido el mecanismo legal de las restituciones después de la terminación.

En cuanto a su ámbito de aplicación, parece racional que la existencia, el significado y el alcance de un eventual efecto retroactivo sean fijados en las secciones que tratan respectivamente de la nulidad y la resolución. Así, la ficción de la retroactividad juega sistemáticamente para la anulación y de manera más reducida para la resolución, puesto que está limitada a los contratos de ejecución instantánea. Esta solución, pragmática y conforme a la diferencia de naturaleza de las dos sanciones, parece oportuna. De esta manera se explica que el texto evoque sin restricción las consecuencias de la anulación, siempre retroactiva, pero limitada su aplicación a la resolución en las únicas hipótesis en las que produce este efecto.

Desde el punto de vista de su alcance, la disposición establece el principio de una restitución «integral», corrientemente admitido, en virtud del cual cada uno no debe recibir ni más ni menos de lo que había suministrado. La restitución debe ser «recíproca» cuando el contrato es sinalagmático. No es necesario, sin embargo, tomar al pie de la letra la imagen tan sugestiva del contrato sinalagmático invertido propuesta por el Decano Carbonnier, pues la restitución depende sobre todo de lo que ha sido ejecutado, llegado el caso por cada uno, durante el período intermedio. Así, el cálculo de las restituciones no es global sino analítico y supone que se determina, para cada obligación ejecutada, la suma de las ventajas directas o indirectas recibidas que constituyen el objeto de la restitución. La reciprocidad sólo juega en la fusión de los artículos en consideración y en las eventuales garantías que esto implica. En todo estado de causa, la restitución se impone igualmente en los contratos que no son bilaterales, lo que expresa la locución «si hay lugar». En fin, se precisa que la restitución es llevada a cabo «de pleno derecho» por anulación o la resolución retroactiva. Se trata de insistir sobre el carácter automático de las restituciones e indicar que no hay lugar a distinguir dos tipos de acciones y dos pretensiones que serían el objeto, la terminación y la restitución, lo que tiene una incidencia sobre el régimen procesal aplicable.

De manera general, el texto reserva su segundo párrafo a la posibilidad de obtener la indemnización de daños y perjuicios en las condiciones ordinarias de la responsabilidad civil. Se dirige así a mostrar que la restitución no deriva precisamente de la misma

lógica y no obedece a las mismas condiciones, puesto que permanece como un mecanismo estrictamente objetivo.

Dos normas técnicas, pero de una importancia práctica considerable, vienen en seguida a establecer las soluciones procedentes de la jurisprudencia (art. 1162.1).

De una parte, se prevé que la obligación de restitución se beneficia del aplazamiento de las garantías que han sido estipuladas para el pago de la obligación primitiva. Es el establecimiento de una solución obtenida, fuera de todo texto, a propósito de la fianza consentida para garantizar los reembolsos de los plazos de un préstamo. Puesto que se admite desde hace mucho tiempo que la garantía cubre la restitución de las sumas prestadas cuando el contrato es anulado.

De otra parte, la cuestión de la prescripción de la obligación de restitución se encuentra resuelta en el sentido de una sentencia reciente del Tribunal de Casación que ha rechazado aplicar, en este caso, las normas de repetición del pago de lo indebido (Cas. civ. 1.^a, 24 de septiembre de 2002: *Bull. civ. I*, núm. 218, p. 168). Parece, en efecto, natural que las restituciones después de la terminación puedan en este sentido tener el mismo régimen en las normas de la nulidad o de la resolución, ya que emanan de pleno derecho.

Así pues, son agrupadas en un texto propuestas que fijan, en varios aspectos, el papel del juez en la selección de las restituciones después de la terminación del contrato (art. 1162.2).

Ante todo, parece legítimo dar al juez la posibilidad de actuar de oficio sobre las restituciones, ya que las mismas están comprendidas virtualmente en la demanda de anulación o de resolución como si fueran uno de los efectos de esta sanción (V. en este sentido, Cas. civ. S. de 29 de enero de 2003: recurso 01-03185, *JCP*. 2003, II. 10116). Por lo demás, se puede cuestionar si, en las conclusiones escritas, solicitar la nulidad no significa en primer lugar, en el espíritu del litigante, demandar restitución. Sea lo que sea, el texto no llega hasta imponer al juez una obligación al respecto que habría podido, sin embargo, parecer lógica. Correspondería a las partes formalizar sus demandas sobre este punto, salvo que el juez decidiese suplir su carencia. Esto les deja igualmente la posibilidad de dirigirse a él ulteriormente para el caso en que la cuestión no haya sido zanjada. Así se explica la disposición, natural del tercer párrafo que recuerda la inversión de la prescripción que emana del juez en beneficio de la prescripción treintenual. En su defecto, el riesgo, muy teórico, existiría cuando la demanda de restitución se encuentre rápidamente prescrita mientras que la terminación hubiese sido pronunciada.

En cuanto al segundo párrafo, establece el principio de una cuenta judicial de restitución cuyos artículos se compensan a condición ciertamente de que esta compensación sea técnicamente posible, ya que sólo habría que adicionar o sustraer cosas de la misma naturaleza.

Tradicionalmente, el mecanismo de la restitución integral conoce dos límites que se justifican por consideraciones subjetivas de moralidad y equidad. Merecen ser mantenidas como válvulas que vienen a atemperar el rigor del principio.

A este respecto, la disposición del artículo 1162.3 expresa la transposición deseada del adagio *Nemo auditur...* Se sigue una ampliación del alcance del rechazo de restitución que alcanzará a toda contravención consciente del orden público y de las buenas costumbres allí donde, de ordinario, los únicos comportamientos inmorales se ven sancionados por la jurisprudencia.

En cuanto a la medida de salvaguarda instaurada a favor del incapaz (art. 1312 ant), subsiste, pero en un lugar diferente que le reserva la nueva sección del Código civil relativa a la capacidad de las partes contratantes y al poder de actuar en nombre de otro (art. 1117.5). El texto antiguo es recogido con la reserva de una simplificación muy ligera en la redacción, porque el término general de «incapaz» reemplaza en lo sucesivo a los de «menor y mayor bajo tutela». Si el mantenimiento de esta protección se justifica en equidad, su especificidad explica que sea tratada con las otras normas relativas a la incapacidad.

En un segundo párrafo, son abordadas las diferentes modalidades de la restitución.

Una primera disposición (art. 1163) enuncia el principio que establece la determinación de las dos formas posibles de la restitución.

La ejecución de una prestación contractual da derecho a una restitución en especie, sea idéntica, sea por equivalente. Cuando es imposible, se sustituye por una restitución en valor. Hay pues dos modos de restitución. De manera que la imposibilidad de restituir en especie no procede nunca, pero la jurisprudencia se pronunció en este sentido desde hace mucho tiempo, siendo considerada como un obstáculo a la restitución. Además, importa señalar que la restitución en especie puede ella misma tener lugar bajo dos formas que dependen de la naturaleza de la cosa a restituir. Tratándose de cuerpos ciertos, se hace de forma idéntica. Para las cosas genéricas, la máxima *genera non pereunt* expresa la idea de que puede hacerse por un equivalente de la misma naturaleza (ej., una tonelada de arena por otra tonelada de arena precedentemente entregada).

De esta manera aparece que la forma de la restitución depende prioritariamente de la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato, lo que los artículos siguientes permiten ilustrar. Subsidiariamente, puede aun ser afectada por los acontecimientos que surgen durante el período intermedio que ha separado el cumplimiento de la prestación a repetir de la anulación o de la resolución.

Con más detalles, los artículos 1163.1 a 1163.6 declinan la propuesta general precedentemente formulada.

Así, cuando la obligación ha sido de hacer o de no hacer (art. 1163.1), la restitución se realiza lógicamente en valor, puesto que tal es, entonces, la única forma posible de restitución. La evaluación debe hacerse sin tener en cuenta las estipulaciones del contrato. Sin embargo, para evitar que una misma prestación no se beneficie de una doble remuneración, hay que tener en cuenta los ingresos exteriores ya realizados por el que la ha cumplido (ej., en los negocios de encargados de marca, cuando el encargado ha actuado en calidad de mandatario y ya ha percibido dividendos por la reventa de los productos) o de las ventajas indirectas que ha retirado (ej., en el contrato de aprendizaje, la formación dispensada por encima del precio).

Cuando la obligación ha sido de dar una cosa genérica, la restitución se hace por equivalente. Este régimen de restitución se aplica naturalmente a la obligación monetaria (art. 1163.2). El texto destaca que la moneda es el bien fungible por esencia y que el principio del nominalismo monetario (art. 1895 ant. C. civ.), mantenido por la jurisprudencia, se aplica. Pero el artículo 1163.4 se refiere a ello explícitamente para las otras cosas genéricas acompañándolo con una opción. Nada, sin embargo, parece prohibir aquí la restitución en especie en forma de equivalente. Pero sabiendo que puede averiguarse que es totalmente inútil para aquel al que se restituye, parece natural ofrecer a este último una opción. Hay que notar que el artículo 587 ant. prevé una elección idéntica, en materia de cuasiusufructo, pero en beneficio del que devuelve la cosa, a saber, el usufructuario. La lógica de la nulidad y de la resolución conduce a invertir la norma sabiendo que, del hecho de su carácter fungible, será siempre posible para el restituyente procurarse cosas equivalentes a fin de satisfacer su obligación.

Si la obligación ha consistido en dar un cuerpo cierto (art. 1163.3), la restitución se hace en especie cuando la cosa existe todavía en poder del que la ha recibido. La imposibilidad de una semejante restitución natural no prohíbe, sin embargo, toda forma de restitución. Ésta tendrá lugar en valor si la cosa no es individualizable por el hecho de su des-

trucción, su transformación o su incorporación. En el primer caso, una restitución completa debe ser operada cuando la destrucción de la cosa ha tenido lugar fortuitamente o resulta de un acto voluntario del que la ha recibido, lo que corresponde a la jurisprudencia que no hace más esta distinción y trata las dos situaciones de forma idéntica. Una semejante solución es además conforme a la idea de que el que ha detentado la cosa durante el período intermedio era el mejor situado para asegurarla. En fin, una última disposición contempla la situación en que el ataque sufrido por el cuerpo cierto sólo habría sido parcial. Una opción es entonces establecida para tener en cuenta que una restitución parcial podría haber perdido todo interés para aquel al que se le restituye. En este caso, como esto es previsto por numerosos textos de Derecho especial, le es permitido preferir la restitución integral en valor.

A continuación de este inventario, el artículo 1163.5 preconiza la adopción de dos disposiciones complementarias que se dirigen a simplificar el proceso de regreso al *statu quo ante* evitando recurrir a la restitución en valor. Tal es el caso cuando ha tenido lugar la pérdida fortuita de la cosa si estaba asegurada o la pérdida es imputable a un tercero. Tal es el caso, además, cuando la cosa a restituir ha sido revendida. Cada vez, la restitución en valor parece técnicamente imponerse. Pero parece a la vez más eficaz y también justo hacer primero el juego de la subrogación real a imagen de lo que prevé el artículo 1380 ant. para la repetición del pago de lo indebido. También la restitución se dirigirá de pleno derecho, según las circunstancias, a la indemnización o el precio, incluso sobre el crédito de indemnización o de precio.

En fin, el artículo 1163.6 define el método de evaluación de las restituciones en valor. Enunciando que el juez debe estimar el valor de la cosa en el día en que se pronuncia, según su estado en el día del pago de la obligación, hace aplicación de la teoría de la deuda de valor. La solución es coherente con la manera en que son indemnizadas las plusvalías y las minusvalías. La solución es igualmente conforme con el procedimiento de evaluación de la ventaja que ha resultado de la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer (art. 1163.1).

El tercer párrafo determina los reglamentos complementarios que, llegado el caso, se ajustan a las restituciones principales y componen la cuenta de restitución. En esta categoría, los destinos respectivamente reservados a los accesorios, a los gastos así como a las plusvalías y las minusvalías deben ser regulados.

Tratándose de los accesorios, se prevé que el que restituye sea responsable no solamente del principal de cada obligación pagada sino también de sus accesorios en el día del pago (art. 1164). Con-

trariamente al régimen establecido por los textos procedentes del derecho de bienes (art. 549 ant. sobre los frutos) o que tratan de la repetición del pago de lo indebido (art. 1378 ant), el carácter objetivo de las restituciones después de la terminación postula tener en cuenta todos los accesorios sin atender a la buena o mala fe de las partes (c. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th, cit., núm. 802). Esta sólo juega para una eventual indemnización complementaria. También conviene hacer partir el cálculo del día de la ejecución del contrato (el «pago» de cada obligación) a fin de determinar la ventaja suplementaria que ha resultado de ello. La norma *lauxius vixit...* no ha de aplicarse, puesto que de todas maneras las deudas de rentas (frutos o intereses acumulados) se compensan a la altura de la más fuerte de las dos sumas en los contratos sinalagmáticos.

Naturalmente, los accesorios varían según la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato. Cuando una suma de dinero debe ser restituida (art. 1164.1), comprende los intereses al tipo legal, lo que constituye una solución clásica, pero también las tasas pagadas sobre el precio. Se debe lógicamente comprenderlas como las únicas que han sido efectivamente pagadas en poder del que restituye el precio. En lo esencial, la TVA se encuentra aquí contemplada cuando ha sido complemento del precio. Es preciso luego, para el que la restituye, recuperarla junto al Tesoro. Cuando la restitución se refiere a una cosa diferente de la suma de dinero (art. 1164.2), los accesorios comprenden los frutos o el goce procurado por esta cosa. Se trata de recuperar una solución adoptada recientemente por el Tribunal de Casación (Cas. cam. mixta, 9 de julio de 2004: D. 2004, p. 2175, nota de Ch. Tuailon, *JCP*. 2004, I, 173) después de las dudas (Cas. civ. 11 de marzo de 2003, *Bull. civ.* núm. 74 y Cas. civ. 3.^a, 12 de marzo de 2003, *Bull. civ.* III, núm. 63, D. 2003, p. 2522). Contrariamente a lo que ha sido decidido a fin de, se puede pensar, simplificar el cálculo de las restituciones complementarias, parece más lógico y equilibrado reembolsar el goce del bien, cualquiera que sea la naturaleza del contrato. Éste se analiza, en efecto, como un equivalente económico a los frutos que haya podido producir (R. Wintgen, *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif*, Defrenois 2004, artículo 37942, pp. 692 ss.). Además, cuando la cosa no es fructífera, el Tribunal de Casación aceptaba en otro tiempo la compensación a tanto alzado entre los intereses y este goce. En efecto, los intereses corresponden a la vez a una remuneración por el goce y la fructificación del dinero. Por lo demás, la solución actual no está de acuerdo con el principio de

retroactividad y la idea de que conviene extinguir todos los efectos, directos o indirectos, de la ejecución del contrato.

Tratándose de gastos, los textos reconocen una distinción doctrinal (V. M. Malaurie, th *cit.*, p. 205) propuesta entre los gastos ocasionados por el contrato (ej., gastos de estudio, gastos de acta, derechos de registro, de publicidad fundiaria, derechos de mutación o de consignación...) y los gastos que se refieren a la cosa de la que se puede decir que son contraídos *intuitu rei* (ej., gastos de seguro de la cosa, cargas relativas al bien...). Su tratamiento es claramente diferenciado, puesto que el régimen de los primeros permanece claramente sometido a las normas de la responsabilidad delictual (art. 1163.3), mientras que el de los segundos, objetivo, permanece en el seno de las restituciones (art. 1163.4).

Queda la cuestión de las plusvalías y minusvalías. Se propone adoptar disposiciones que sinteticen los principios admitidos en la materia, aunque la jurisprudencia no sea siempre muy clara ni fija (V. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th *cit.*, núm. 808 ss.; M. Malaurie, th *cit.*, p. 215 ss.).

Una norma común de evaluación en el día de la restitución es adoptada en los dos casos (art. 1164.6), que es coherente con el modo de cálculo precedentemente enunciado para la restitución integral en valor. En lo que concierne a las plusvalías, vuelven todas al que debe recibir la restitución, siendo restablecido el equilibrio patrimonial por medio de una indemnización que va a remunerar el aumento de valor que haya resultado del hecho del restituyente (art. 1164.4). Del lado de las minusvalías, las cosas son bastante complejas por la necesidad de conjugar dos ideas diferentes: de una parte, la necesidad de una armonía en los regímenes aplicables a la pérdida total fortuita y al deterioro o pérdida parcial que tenga el mismo origen, puesto que entre una y otra la diferencia sólo es de grado; de otra parte, el cuidado de una correlación entre los diferentes tipos de plusvalías y minusvalías, cuando al menos es posible establecer entre ellos una relación de reciprocidad. Luego, los aumentos o disminuciones de valor de la cosa tienen un origen variable (material, jurídico, económico o monetario), que proviene alguna vez del que restituye, pero permaneciendo en otros casos exteriores (V. M. Malaurie, th *cit.*, p. 219 s, y pp. 237 ss.). Teniendo en cuenta estos elementos, se propone introducir un artículo 1164.5 que dispone que el que debe restituir la cosa responde de las degradaciones y deterioros que han disminuido el valor o entrañado su pérdida, sin distinción de origen. De esta forma, las hipótesis de deterioro fortuito seguirán la suerte de la pérdida total de la cosa que impone, en este caso, una restitución de valor (art. 1163.3). Por lo

mismo, el uso normal del bien que resulte de su utilización sería indemnizada mientras que ninguna culpa será imputable al restituyente. Las dos soluciones son de todo punto conformes a las posiciones asumidas por la jurisprudencia sobre la cuestión (Cas. com, 21 de julio de 1975, D. 1976, p. 582, nota E. Agostini y P. Diener, Cas. civ. 1.^a, 2 de junio de 1987, Bull. civ. núm. 183, Defrenóis, 1988, art. 34202, núm. 13, p. 373, obs. J. L. Aubert). A la inversa, la obsolencia de la cosa siendo consecuencia del transcurso del tiempo no da lugar a restitución, ya que no se trata, propiamente hablando, de una degradación o deterioro de la cosa, las cuales sólo se entienden como un ataque material a su integridad. La correlación entre plusvalía y minusvalía es asegurada, porque, en los dos casos, las que tienen un origen económico o monetario no son restituibles. La única diferencia se refiere a la puesta a cargo por el restituyente de las pérdidas parciales y degradaciones fortuitas que no encuentran su contrario del lado de las plusvalías. Permite armonizar las normas que valen para la pérdida total y las minusvalías fortuitas.

EFFECTO DE LAS CONVENCIONES FRENTE A LOS TERCEROS (ARTS. 1165 A 1172.3)

JEAN-LUC AUBERT, PIERRE LECLERCQ

Con un espíritu de clarificación y de modernización, esta sección reúne en cinco párrafos los diferentes elementos que constituyen la sustancia tradicional de la cuestión del efecto obligatorio del contrato, tradicionalmente gobernado por el principio denominado del efecto relativo.

Su objeto es definir mejor la situación de los terceros por relación a la convención concluida por dos o varias personas y tener en cuenta las necesidades reveladas por la práctica contractual moderna. Con este fin se propone en primer lugar agrupar los diferentes aspectos de la cuestión, que el Código civil aborda de una manera un poco dispersa. Luego, sobre el fundamento del trabajo realizado por la jurisprudencia y la doctrina, el proyecto invita a disposiciones más numerosas y más explícitas sobre esta materia que se encuentra en el corazón de la vida del contrato. Además, diversas innovaciones son propuestas para colmar diversas lagunas o insuficiencias del Código.

El primer párrafo enuncia, bajo el título «Disposiciones generales», los dos principios que ordenan la materia, poniendo a la luz la diferencia del alcance de la convención respecto de las partes contratantes, de una parte, y de los terceros, de otra parte.

El artículo 1165 afirma que «las convenciones sólo vinculan a las partes contratantes...», lo que limita, con reserva de excepciones y de matices que serán precisados en las disposiciones siguientes, el efecto obligatorio del contrato a aquellos que las concluyen.

El artículo 1165.1 añade que «las convenciones son oponibles a los terceros...», estableciendo el principio de oponibilidad de los contratos *erga omnes* que había establecido poco a poco doctrina y jurisprudencia. El texto destaca el doble sentido de esta oponibilidad que juega tanto en contra de los terceros como en su beneficio, con la reserva esencial, en este último aspecto, de que no pueden exigir la ejecución del contrato, lo que permite distinguir de manera radical el efecto obligatorio de la oponibilidad.

El segundo párrafo precisa, de manera innovadora, los desplazamientos posibles del efecto obligatorio del contrato de una de las partes contratantes a un tercero, estableciendo así la eventualidad de una sustitución de partes en el contrato.

Se trata del efecto, clásico, de las transmisiones por causa de muerte (art. 1165.2).

También es la consecuencia entre vivos de una cesión de la cualidad de parte en el contrato cuando se ha propuesto establecer expresamente la posibilidad, subordinando todo al acuerdo del cocontratante (art. 1165.3).

Esta exigencia comporta, sin embargo, excepciones: de una parte, ha de aplicarse en tanto que la ley no disponga otra cosa; de otra parte, está descartada en el caso de los contratos que forman parte de una operación constitutiva de un conjunto indivisible (fusión de sociedades, aportaciones parciales de activos...). Al menos, el cocontratante que no ha dado su conformidad a la transferencia del contrato está facultado jurídicamente, salvo pacto en contrario, para retirarse del contrato transmitido.

El párrafo tercero regula las diferentes acciones en las que la ley establece el beneficio a los terceros acreedores de un contratante. Se encuentra la acción oblicua y la acción pauliana, pero también la acción directa cuya noción se ha propuesto establecer expresamente y marcar, al mismo tiempo, los límites.

Por lo que se refiere a las dos primeras, los textos propuestos recogen las diferentes soluciones elaboradas por la jurisprudencia con dos importantes reservas. De un lado, con el fin de establecer remedio a la relativa ineficacia de la acción oblicua, el artículo 1167.1, p. 1 permite a los acreedores que han actuado hacerse pagar por detracción de las sumas que, en virtud del resultado de su recurso, entran en el patrimonio del deudor negligente. De otro lado, para limitar la perturbación de la estabilidad del contrato que

engendra, la acción pauliana es circunscrita en un plazo de dos años a contar del conocimiento que los acreedores han tenido del fraude cometido por el deudor.

En cuanto a la acción directa, la noción es afirmada formalmente al mismo tiempo que el principio de su asiento puramente legal (art. 1168, 1). Sin embargo, se propone admitir una semejante acción, fuera de las previsiones expresas de la ley y en atención al nexo que une los contratos, «cuando solo permite evitar el empobrecimiento injusto del acreedor» (art. 1168.2)

El párrafo cuarto trata de garante y de la estipulación por otro.

Se trata aquí, esencialmente, de poner en forma y en orden los logros de la jurisprudencia que, sobre la base de los artículos 1120 y 1121, ha fijado el régimen de estos dos mecanismos.

Para la promesa de garantía (art. 1170), es el conjunto de los efectos de este mecanismo que es puesto a la luz, con los riesgos que corre el garante (p. 1, que recoge, precisamente, la disposición del artículo 1120 del Código civil), y la perspectiva de su liberación total si obtiene lo que ha prometido (p. 2). El texto invita a establecer la obligación para el tercero que hereda del garante a ejecutar el compromiso suscrito por su autor (p. 3).

En cuanto a la estipulación por otro, aparece establecido el conjunto de la construcción elaborada por la jurisprudencia. En particular, el artículo 1171.1 pone a la luz el corazón de este mecanismo: libre revocabilidad de la estipulación en tanto que ella no ha sido aceptada por el tercero (p. 1); irrevocabilidad de la estipulación desde que la aceptación del tercero interviene antes de la revocación (p. 2); derecho directo del tercero contra el promitente para la ejecución del compromiso suscrito por éste (p. 3). Se ha tomado partido, pero para organizar mejor ciertas situaciones en las que el reglamento era insatisfactorio. Así el artículo 1171.2 enuncia, después de haber establecido que la revocación puede emanar de los herederos del estipulante después de su fallecimiento, que éstos sólo pueden ejercer este derecho de revocación tres meses después de haber vanamente puesto en mora al beneficiario de la aceptación. Incluso el artículo 1171.3 precisa *in fine* que la aceptación puede emanar de los herederos del beneficiario después del fallecimiento de éste (salvo estipulación contraria) y que «puede intervenir incluso después del fallecimiento del estipulante o del promitente».

En fin, el párrafo quinto innova estableciendo la toma en consideración de la eventual interdependencia de varios contratos realizando un conjunto (arts. 1172 a 1172.3).

Esta interdependencia se caracteriza por la pertenencia de los contratos considerados a una misma operación de conjunto y por la necesidad de su ejecución para la realización de ésta (art. 1172).

Se propone unir a esta interdependencia un efecto ampliado de ciertas cláusulas que figuran en uno u otro de los contratos interdependientes, a pesar de la ausencia de aceptación expresa de éstas por los otros contratantes. Al menos, es preciso que estos últimos tengan conocimiento en el momento de su compromiso y que no hayan formulado reservas. La presunción de aceptación así establecida sólo puede aplicarse, sin embargo, a determinadas cláusulas limitativamente enumeradas: cláusulas relativas a la responsabilidad, cláusulas compromisorias y cláusulas de atribución de competencia (art. 1172.1).

El proyecto añade dos precisiones importantes:

En primer lugar, que fuera de los casos así previstos la extensión del efecto de una cláusula estipulada en uno de los contratos a los otros contratos del conjunto supone que dicha cláusula ha sido reproducida en estos y aceptada (art. 1172.2).

Luego, que la nulidad de uno de los contratos interdependientes autoriza a las partes de los otros contratos del conjunto a prevalerse de la caducidad de éstos (art. 1172.3).

OBLIGACIONES CONDICIONALES, A TÉRMINO, ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS (ARTS. 1173 A 1196)

JEAN-JACQUES TAISNE

1. De las obligaciones condicionales

El contencioso que suscita demasiado a menudo el recurso a la condición pone de manifiesto las imperfecciones de la codificación actual. La abundancia de ciertas definiciones, los elementos contradictorios que se deslizan alguna vez, perjudican a la claridad de nociones esenciales y, si la prolijidad caracteriza algunos desarrollos, los textos son deficientes sobre otros puntos, solicitando así la imaginación de la jurisprudencia. Por estas razones, dos preocupaciones fundamentales deben orientar el trabajo de reforma de los textos. En primer lugar, el cuidado de la simplificación; en segundo lugar, el cuidado de asegurar a las partes una perfecta previsibilidad de las consecuencias del recurso a la condición.

A priori, estos dos objetivos apelan a métodos diferentes: el primero postularía una poda seria, el segundo a la inversa una regla-

mentación completa y minuciosa. Sin embargo, es posible alcanzar un equilibrio. Sobre numerosos puntos, la referencia a la común intención de las partes permite zanjar toda dificultad y conferir al régimen de la obligación condicional la flexibilidad deseable. Pero conviene igualmente, y en razón del mismo papel reconocido a la voluntad de las partes, ayudar a estos últimos a tomar una plena conciencia de los puntos que podrían tener dificultad para ellas.

El presente proyecto propone en primer lugar suprimir los textos superfluos: así, conforme a la opinión ya defendida en 1946/1947 por la Comisión de reforma del Código civil:

- de los textos relativos a la clasificación de las condiciones causales, potestativas o mixtas (arts. 1169 a 1171), sólo permanece el texto que prohíbe la condición potestativa de parte del deudor, redactado en armonía con el artículo 944 por hipótesis no tocado;
- los textos relativos al modo de cumplimiento de las condiciones positivas o negativas (arts. 1176.1177) que expresan verdades evidentes que derivan del actual artículo 1175 deducido del artículo 1156.

Se aparta del mismo campo de la condición al artículo 1184 que desde hace mucho tiempo había devenido totalmente extraño.

A la inversa, el proyecto propone introducir en la teoría general de la obligación condicional las disposiciones que le faltan. La Comisión de reforma del Código civil había considerado en este sentido textos relativos, tras el cumplimiento del suceso, respecto de los actos de administración o de percepciones de frutos. Conviene inspirarse en ellos. Además, es útil añadir, por indicación de la jurisprudencia, textos destinados a la renuncia a la condición.

En último lugar, el proyecto sugiere completar los textos actuales, sea para precisar el régimen de una sanción (nulidad de la obligación bajo condición potestativa de parte del deudor), sea para generalizar a todas las condiciones la obligación de lealtad que sólo es establecida literalmente hasta ahora para la condición suspensiva, sea, en fin, para hacer aparecer, distinta de la condición resolutoria, una condición simplemente extintiva, lo que clarifica implícitamente la atribución controvertida de los riesgos en las transferencias bajo condición resolutoria.

Sobre un punto concreto el proyecto da la espalda al modelo diseñado por la Comisión de reforma del Código civil. El abandono por ella del principio de retroactividad de la condición suspensiva cumplida, decidido a consecuencia de un giro, no ha determinado la convicción; la retroactividad se justifica a la vez sobre un plano racional y sobre un plano práctico y descartarla obliga nece-

sariamente a prever que durante la incertidumbre el deudor deberá comportarse conforme a la buena fe y sin hacer nada que implique un ataque a los intereses de la otra parte, formulas que se pueden considerar vagas y complicadas. Hay que notar que el Código de Québec conserva la retroactividad (art. 1506) y que todas las legislaciones o propuestas europeas contemporáneas que se apartan de ella la restablecen, sin embargo, sobre la base de la voluntad expresa de las partes. El presente proyecto procede en orden inverso; fiel al Derecho actual, mantiene la retroactividad, matizando sus efectos o permitiendo a las partes descartarla si lo juzgan preferible.

2. De las obligaciones a término

La actual codificación suscita pocas dificultades, pero parece esquelética respecto a las codificaciones más recientes: Québec y sobre todo Líbano. Se propone hacer aparecer expresamente las nociones de términos cierto e incierto y de términos suspensivo y extintivo

3. De las obligaciones con objetos plurales

Aquí todavía el Código suscita pocas dificultades. Se propone esencialmente redactarlo de manera más actual y hacer aparecer la obligación facultativa.

OBLIGACIONES SOLIDARIAS E INDIVISIBLES (ARTS. 1197 A 1217)

PIERRE CATALA

La materia de las obligaciones plurales es aquella a la que el Anteproyecto aporta menos alteraciones: la mayor parte de los artículos del Código civil son conservados en la letra o se vuelven a encontrar en sustancia a través de las agrupaciones o los retoques redaccionales.

En el caso de las obligaciones solidarias, nada ha cambiado en la solidaridad activa. En cuanto a la solidaridad pasiva, una sola propuesta nueva aparece en el artículo 1211, sobre la cual la interpretación podrá fundarse para afinar el análisis de la modalidad.

Una nueva innovación esperada tiende a la desaparición de la obligación *in solidum* en materia de responsabilidad civil. No siendo su sede el título de las obligaciones convencionales, el artículo 1378

en el subtítulo de la responsabilidad civil es el que establece su desaparición.

Un solo debate importante relativo a las obligaciones solidarias se refiere a las condiciones de la solidaridad. Una opinión fuertemente argumentada sostiene que la solidaridad debe ser el principio en materia civil, salvo convención contraria, entre los codeudores vinculados por una obligación común (e incluso activamente entre acreedores).

Se hubiese alineado de esta manera la ley civil con la norma mercantil. Esta opinión no ha convencido a la mayoría del grupo de trabajo, al que ha parecido que los riesgos y los beneficios de un cambio radical serían mal medidos y difícilmente mesurables. Parece en total desarmonía con el espíritu de protección del consumidor, que el Código civil no está obligado a seguir, pero que debe tener en cuenta. Se pueden temer desagradables sorpresas para los codeudores civiles, de las cuales una sería admitida en beneficio de las leyes relativas al sobreendeudamiento.

Esta reforma, además, ha creado una distorsión en cuanto a la solidaridad entre los codeudores y los fiadores desde la perspectiva en que éstos son situados por el artículo 2294 del Proyecto de reforma de las garantías. Brevemente, la opinión mayoritaria ha estimado que el mantenimiento de la presunción actual plantearía menos problemas que su inversión.

Tratándose de las obligaciones indivisibles, ha parecido que el régimen de la obligación indivisible no reclamaba ningún cambio. Por el contrario, la obligación divisible no es una modalidad de la obligación, pero forma parte de su naturaleza cuando la indivisibilidad no es impuesta por la fuerza de las cosas, de la ley o de la convención. Se ha suprimido el parágrafo del Código civil relativo a la obligación divisible, siendo llevada la norma del vigente artículo 1220 al artículo 1224.1 en el capítulo del pago.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1228 A 1250)

JÉRÔME FRANÇOIS, RÉMY LIBCHABER

El capítulo V del título III del libro III del Código civil, referente a la extinción de las obligaciones, se revela globalmente adaptado a las necesidades actuales. Como norma general, bastará una compostura antes que una reforma.

La subrogación y la novación han sido descartadas en este capítulo. La primera en razón de su efecto puramente traslativo, la segunda en virtud de su aproximación preponderante con la noción

de operación de crédito. La una y la otra son reglamentadas en el capítulo siguiente.

El artículo 1218, que es el texto que anuncia el capítulo V, separa las instituciones que no son asimilables a las otras causas de extinción de la obligación. Se trata de la nulidad, de la resolución, de la pérdida de la cosa, del efecto de la condición resolutoria, que figuran actualmente en el artículo 1234 del Código civil. Las otras causas de extinción conservan su validez, con la reserva de los arreglos de fondo o de forma.

Sección 1: Del pago

Las disposiciones relativas al pago han exigido una atención constante. La evicción del pago con subrogación ha necesitado una reforma del plan de conjunto. Este comprende en lo sucesivo cuatro párrafos. Después de las disposiciones generales (§ I), otros tres párrafos están destinados a la imputación (§ II), a la prueba (§ III) y a la consignación con ofrecimiento de pago y mora (§ IV).

Después de haber contemplado la noción de pago, las disposiciones generales (§ I) evocan las cuestiones relativas a las personas, al objeto del pago y a su régimen.

Por lo que se refiere a la noción, el proyecto se contenta con establecer en el artículo 1219 una definición genérica y recoge a continuación en el artículo 1220 el actual artículo 1235 relativo a la repetición del pago de lo indebido.

Las innovaciones no son importantes en lo que concierne a las personas, excepto el artículo 1222. Su primer párrafo sintetiza la jurisprudencia actual insistiendo en la buena fe del deudor. El segundo se destina al pago electrónico, para el que se requiere del acreedor que garantice la seguridad del modo de pago propuesto.

En cuanto al objeto del pago, el proyecto conserva en sus artículos 1223, 1224 y 1124.1 las disposiciones de los actuales artículos 1243, 1244 y 1220 del Código civil, pero la dación en pago, desprovista hoy en día de soporte textual, es en lo sucesivo definida en el artículo 1223, p. 2.

Sobre todo, normas específicas sobre las obligaciones monetarias han sido añadidas. Así, el artículo 1225 establece el principio del nominalismo monetario. Éste se refiere en efecto a todas las obligaciones establecidas en moneda mientras que no sea en el día previsto como en las disposiciones particulares (ver especialmente el art. 1895 relativo al préstamo). Pero el principio del nominalismo no es obstáculo ni para la actualización (cuyo principio es evocado en el art. 1225.1), ni para la deuda de valor (art. 1225.2), ni,

evidentemente, para la producción de intereses y de su eventual capitalización (art. 1225.3 y 1225.4). Además, un artículo nuevo (1226) ha sido creado, el cual se refiere a la moneda de pago, recogiendo las aportaciones jurisprudenciales en la materia.

En fin, tratándose del régimen del pago (el lugar, la fecha, los plazos de gracia, la cualidad de la cosa y los gastos del pago), las disposiciones del Código civil actual han sido ampliamente recogidas.

El párrafo II es destinado a la imputación de los pagos, la cual ha sido racionalizada sin modificación sustancial. Se distingue en lo sucesivo entre la imputación de un pago parcial sobre una deuda única (art. 1228) y la imputación de un pago, total o parcial, sobre una pluralidad de deudas (arts. 1228 a 1230).

El párrafo III relativo a la prueba del pago es nuevo tanto en la forma como en el fondo, El artículo 1231 establece el principio de la prueba por todos los medios, que se impone como la solución más razonable en la práctica, sobre todo respecto a las obligaciones monetarias. Además de esta norma probatoria, han sido reunidas las presunciones de liberación (art. 1232 y 1232.1) tratadas en el Código civil actual en el título de la condonación, ella misma reformada por el proyecto (cfr. posteriormente).

Sección 2. De la condonación

Las presunciones de liberación del deudor han sido tratadas con la prueba (cfr. más adelante), siendo revisada la perspectiva de conjunto de la sección. Después de un artículo (1237) que define la condonación y pone a la luz su carácter convencional, sus efectos son reglamentados. Se trata de un simple maquillaje de las disposiciones actuales del Código civil, con incorporación al artículo 1239.1, p. 2 de la regla jurisprudencial relativa a la condonación consentida por el cofiador solidario.

Sección 3. De la compensación

Esta sección ha sido repensada en su totalidad, con una subdivisión interna entre la compensación en general (§ I) y la de las deudas conexas (§ II).

Concerniendo a la compensación en general (§ I), las diversas modalidades desarrolladas por la jurisprudencia sobre la base de las disposiciones insuficientes del Código civil han sido introducidas con su régimen jurídico propio. En lo sucesivo se distinguen las compensaciones legal, judicial y convencional.

En el caso de la compensación legal, las normas del Código civil han sido adoptadas en su conjunto. Sin embargo, la declaración que figura actualmente en el artículo 1290 del Código civil, en los términos de la cual la compensación se opera de pleno derecho, ha sido eliminada como resultado de un error de redacción denunciado desde hace mucho tiempo. De este hecho, el artículo 1243 del proyecto adopta una nueva redacción adaptada a las necesidades del comercio jurídico.

En cuanto a la compensación judicial, que sólo tiene un asiento indirecto en el nuevo Código de procedimiento civil (arts. 70, p. 2 y 564), hace su entrada en el Código civil. Con este título, los artículos 1246 y 1246.1 del proyecto definen la noción y el régimen, sobre la base de las reglas jurisprudenciales actuales.

Además, la posibilidad de compensar convencionalmente, fuera de las condiciones legales, es prevista por el artículo 1247.

A esta tipología distinguiendo entre tres compensaciones se añade una modalidad particular y autónoma de compensación, la de las deudas conexas (§ II). En este caso, la compensación, cualquiera que sea su naturaleza (legal, judicial o convencional), puede producir sus efectos al margen de las condiciones establecidas en el párrafo I. Este régimen de excepción, muy importante en la práctica, es en adelante precisado en los artículos 1248 y 1248.1, los cuales codifican las aportaciones de la jurisprudencia moderna.

Sección 4. De la confusión

Los artículos 1249 y 1249.1 recogen las disposiciones de los actuales artículos 1300 y 1301, con casi una palabra. Tratándose de los efectos de la confusión, el artículo 1249 toma el partido de afirmar el carácter definitivo de la extinción operada por la confusión, mientras que la jurisprudencia arbitra alguna vez a favor de una simple parálisis. La redacción propuesta renueva con la intención del codificador de 1804, que había arreglado la confusión entre las causas de extinción de la obligación.

DE LA CONSIGNACIÓN CON OFRECIMIENTO DE PAGO (ARTS. 1233 A 1236)

PHILIPPE THÉRY

Si es raro que un acreedor rechace el pago que le es debido, el Código debe permitir un pago forzoso a iniciativa del deudor que

pretende liberarse. Este procedimiento es organizado alrededor de las siguientes ideas:

- Puesto que el procedimiento puede llevar a la liberación del deudor, es preciso asegurar la seriedad del ofrecimiento imponiendo al deudor consignar la cosa debida, de manera que el acreedor pueda retirarla sin formalidad particular.
- La liberación del deudor tiene lugar si el acreedor, habiendo tenido conocimiento del ofrecimiento, no la ha contestado. Si no es cierto que el ofrecimiento sea conocido por el deudor, la liberación del deudor pasa por un control del juez.
- Los textos distinguen según la naturaleza de la cosa consignada. Cuando se trata de otros bienes que una suma de dinero, podrán, en ausencia de retracto en un plazo razonable, ser vendidos a iniciativa del deudor y su precio consignado en beneficio del acreedor.
- En fin, ha parecido equitativo descartar la norma según la cual el reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción. Resulta que el deudor podrá hacerse restituir la cosa consignada si el acreedor ha dejado transcurrir el plazo de prescripción.

OPERACIONES SOBRE LOS CRÉDITOS (ARTS. 1251 A 1282)

HERVÉ SYNVE

El capítulo VI del proyecto de reforma es profundamente nuevo.

En la forma agrupa, por primera vez, operaciones hasta el presente dispersas: la cesión de créditos es tratada en el Código civil como una variedad de venta (arts. 1689 ss.); la subrogación personal es vinculada al pago (arts. 1249 ss.); la novación es contemplada como un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1271 ss.); la delegación es simplemente evocada, alrededor de las disposiciones destinadas a la novación (arts. 1275 y 1276). Luego, consideradas bajo el ángulo económico, estas operaciones tienen vínculos estrechos de parentesco: el crédito es considerado como un elemento del activo, llamado a circular o a constituir la base de la creación de nuevas relaciones obligatorias. En un Código civil renovado, hay, pues, un lugar para organizar, de manera más homogénea, el comercio jurídico de los créditos.

En el fondo, el régimen de las cuatro operaciones evocadas es hoy en día marcado por la obsolencia, o peca por insuficiencia de

precisión. La circulación de los créditos constituye una parte no insignificante de la economía moderna. Depende de la actividad cotidiana de los profesionales del dinero y del crédito. Éstos tienen una necesidad imperativa de eficacia, de seguridad y de rapidez. Forzoso es reconocer que los textos del Código civil presentan hoy en día, desde esta perspectiva, preocupantes insuficiencias. En respuesta, regímenes particulares han sido establecidos en leyes especiales, luego en otros códigos. Si se desea que el Código civil no se convierta en el conservatorio de un repertorio antiguo, sino que constituya la base legal del comercio jurídico en materia de créditos, es preciso proponer una renovación profunda de las soluciones. Es lo que se ha hecho en el presente proyecto.

Tratándose de la cesión de créditos, se concibe, ya no como una variedad de venta, sino de manera más abstracta en general, como «una convención por la que el acreedor, cedente, transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario» (art. 1251). Todo acto a título particular es adecuado para este fin. Esta definición, amplia, permite acoger, sin dificultad, la cesión a título de garantía (art. 1257.1). Innovación mayor, que permitiría al Derecho francés superar el retraso que ha tenido lugar desgraciadamente en relación con varios de sus homólogos europeos.

Un segundo elemento de modernización es el establecimiento de la posibilidad de ceder créditos futuros («por nacer», dice el art. 1252; poco importa, por ejemplo, que el contrato del que procede el crédito no sea aún concluido, ni incluso en proyecto, en el momento de la cesión). Y la eficacia de la operación es fomentada por la indicación de que basta que el acto de cesión comporte los elementos que permitan, llegado el momento, la identificación del crédito cedido (art. 1252). Así son los «flujos de créditos», en los que la transmisión podrá en adelante ser organizada, con una buena seguridad jurídica, bajo el imperio del Código civil.

La tercera novedad es el abandono del célebre artículo 1690. La exigencia de una notificación por acto extrajudicial (o su sustituto que es la aceptación del deudor en un acto auténtico) constituye una formalidad pesada y, a menudo, desalentadora. El sistema propuesto es profundamente diferente. Reposa sobre una norma de forma («bajo sanción de nulidad, la cesión de créditos debe ser constatada por escrito»: art. 1253) y una distinción. Tanto en las relaciones entre las partes como respecto con los terceros, la transmisión del crédito es realizada desde la conclusión del acto (art. 1254). Las formalidades a fin de oponibilidad desaparecen. Una norma probatoria, relativa a la fecha del acto (art. 1254, p. 2),

permite conjurar el riesgo de antifecha. En cambio, tratándose de la oponibilidad de la operación del deudor cedido, una notificación escrita (pero sin intervención necesaria de un oficial público) es exigida: es preciso que el deudor sepa, sin ambigüedad, a quien debe pagar.

Se agrega a esto que el artículo 1257 regula de manera precisa la cuestión, a menudo contenciosa, de la oponibilidad de las excepciones, pudiendo pensarse que el nuevo régimen de la cesión de créditos responde a las necesidades de sus usuarios y hará volver al seno del Derecho común las operaciones que lo habían abandonado.

En las disposiciones relativas a la subrogación personal, el proyecto de reforma constituye ampliamente una obra de consolidación. Consolidación en cuanto a la función de la subrogación: ésta se ha convertido en un mecanismo de transmisión de créditos, concurrente con la cesión, lo que justifica la transferencia de la materia de la sección destinada al pago hacia el nuevo capítulo que abarca el conjunto de las operaciones sobre créditos. La definición mantiene sin embargo el nexo con la tradición, subrayando que la subrogación se produce en beneficio del que paga (art. 1258). Consolidación igualmente en cuanto al régimen: los casos de subrogación legal son conservados de manera idéntica, incluso si el orden es modificado para tener en cuenta su importancia práctica respectiva (art. 1259); la exigencia de concomitancia entre la subrogación y el pago es flexibilizada, según los caminos ya trazados por la jurisprudencia (art. 1260, p. 3); el efecto traslativo es acusado, a la vez, en su alcance (crédito y accesorios) y en cuanto a la oponibilidad a los terceros (dispensada de formalidad, comprendiendo cuanto está en cuestión la oponibilidad de la transferencia de las garantías que acompañan al crédito).

Lo nuevo concierne a la subrogación *ex parte debitoris*. En primer lugar, el artículo 1261, p. 1 de proyecto cambia la jurisprudencia clásica según la cual la subrogación sólo se produce si el pago es hecho por el propio subrogado, y no si el deudor toma prestado para pagar su deuda a un acreedor dispuesto a entregar un recibo precisando el origen de los dineros. Luego, el segundo párrafo del mismo artículo zanja la cuestión, discutida, de las condiciones en las que el deudor puede imponer la subrogación en beneficio de un nuevo prestamista, llamado a «refinanciar» la operación (en el tipo naturalmente más favorable). El respecto de la fuerza obligatoria de las convenciones suministra el criterio: incluso es necesario, para que el deudor pueda subrogar solo, que la deuda esté vencida o que el término sea en su favor.

La novación recibe una definición que, hasta el presente, faltaba. Es «una convención que tiene por objeto sustituir a una obligación que extingue por una obligación diferente que crea» (art. 1265). Así se pone a la luz el efecto sustitutivo de la operación, que se opone al efecto traslativo de la cesión de créditos y de la subrogación personal. Igualmente es destacada la necesidad de una diferencia entre las dos obligaciones sucesivas, incluso si, en caso de novación por cambio de objeto, el artículo 1266, 3.º indica que «existe novación cualquiera que sea la diferencia establecida entre la antigua y la nueva obligación» (se espera que esta precisión cortará a una jurisprudencia aleatoria sobre las circunstancias exclusivas de novación).

La novedad del régimen establecido no toca la clasificación propuesta entre las diferentes materias en que se opera la novación (se encuentra la trilogía novación por cambio de deudor, novación por cambio de acreedor, novación por cambio de objeto), ni la exigencia de una voluntad de novar desprovista de equívoco. Tiene en cuenta la libertad reconocida a las partes para organizar, por anticipado, la novación, para hacerla un instrumento eficaz de gestión de los créditos, susceptible de constituir una alternativa útil a la cesión. Dos disposiciones son en este sentido esenciales. El artículo 1270, 1, en primer lugar, según el cual «la novación por la sustitución de un nuevo acreedor puede tener lugar si el deudor ha aceptado, por anticipado, que el nuevo acreedor sea designado por el primero». El artículo 1271, a continuación, por la excepción que introduce al efecto extintivo de la novación en cuanto a las garantías: «a menos que estas últimas no hayan sido o no sean expresamente reservadas por consentimiento de todos los interesados». Por la flexibilidad así introducida, el Derecho francés permite a los profesionales utilizar, a semejanza de sus homólogos sobre los lugares concurrentes, la novación como marco jurídico de operaciones de refinanciación.

La delegación habría podido continuar sin duda desarrollándose con discreción, al amparo de las rigideces que induce inevitablemente la intervención legislativa. Después de todo, lo esencial es aquí la libertad contractual, que es principalmente llamada a ejercerse sobre la determinación del objeto de la obligación del delegado. Sin embargo, ha sido considerado útil fijar en el Código civil los contornos de la institución, a la vez para evitar las incertidumbres vinculadas a ciertas discusiones doctrinales y para combatir iniciativas jurisprudenciales poco propicias para el progreso de la delegación. Con este espíritu, el artículo 1276 precisa que «la delegación es válida incluso cuando el que la dirige no es deudor del

delegatario o cuando el delegado no es deudor del delegante»: por eso no se puede negar en lo sucesivo que el delegado tenga la facultad de obligarse «en descubierto». La cuestión de la inoponibilidad de las excepciones es regulada prudentemente, con la introducción a la vez de la noción de «compromiso expresamente estipulado» y la reserva de la convención contraria a las soluciones propuestas: las partes podrán, por cláusulas adecuadas, privar al delegado de la posibilidad de valerse de excepciones relativas a relaciones jurídicas extrañas a la que le une al delegatario, lo que corresponde a una de las utilidades de la delegación. El artículo 1281, p. 1, en virtud del cual «el compromiso del delegado hacia el delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado, que no puede ser cedido ni embargado», extrae las consecuencias del rigor particular que puede revestir la obligación del delegado. Éste no debe ser expuesto a pagar dos veces: en primer lugar, a un cesionario o a un acreedor embargante que asume los derechos del delegante; luego al delegatario, al que no puede oponer una excepción derivada de sus relaciones con el delegante. Se propone de esta manera un sistema coherente, susceptible de hacer de la delegación un mecanismo seguro.

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1283 A 1326-2)

PHILIPPE STOFFEL-MUNCK

El proyecto de reforma no establece una subversión en el capítulo de las pruebas. Los principios y distinciones que guían la materia desde 1804 han demostrado su valor y están anclados en la práctica sin plantear dificultades mayores.

Ninguna necesidad de tocar el fondo existe, imponiendo la prudencia abstenerse de toda audacia gratuita para una cuestión usual tan cotidiana. Así, ha parecido preferible renunciar por adelantado a establecer una definición general de la prueba o a tomar posición sobre la cuestión aun controvertida de la exigencia de lealtad en su búsqueda. Esta prudencia era posiblemente mejor, ya que la Ley de 13 de marzo de 2000 había hecho ya la obra de reforma, adaptando el Código a las nuevas tecnologías y aportando varias precisiones importantes, especialmente en cuanto a la noción de escrito y firma.

Sobre el fondo, el proyecto de reforma se limita a incorporar la doctrina jurisprudencial para completar el cuerpo actual de los principios legales o aportar algunas precisiones menores inéditas,

como la sustracción del escrito electrónico a la norma del doble original (art. 1296)

Sobre la forma, en cambio, una clarificación ha parecido a menudo útil, tanto a propósito del plan del capítulo como sobre el detalle de sus disposiciones.

En cuanto al fondo, en primer lugar, el proyecto mantiene los principios tradicionales:

- el mecanismo de atribución de la carga de la prueba sigue siendo el mismo (art. 1283);
- la distinción de la prueba de los hechos y de los actos jurídicos es mantenida (art. 1284);
- la definición del escrito y de la firma necesarios para la prueba literal es recogida por la Ley de 13 de marzo de 2000 (arts. 1285 y 1286);
- el principio de la libertad de prueba de los hechos se inserta en la ley (art. 1287) y la exigencia de una prueba literal de los actos jurídicos es conservada (art. 1306);
- la licitud de las convenciones sobre la prueba es afirmada, conforme a la jurisprudencia y bajo ciertos límites (art. 1289);
- la norma pretoriana que indica que «nadie puede constituir título para el mismo» pasa a la ley (art. 1299).

Sobre la forma, a continuación, el proyecto remodela el plan del capítulo destinado a las pruebas de tal modo que haga aparecer mejor las grandes divisiones intelectuales de la materia. Se compone de cuatro secciones.

La sección primera se destina a las «disposiciones generales» (arts. 1283 a 1290). Verdadero «título preliminar», se refiere a los principios que gobiernan el conjunto de la prueba de las obligaciones. Las otras secciones regulan cada modo de prueba a título particular.

La sección segunda define las condiciones de forma de la prueba por escrito, igualmente denominada prueba literal, y fija su valor (arts. 1291 a 1305). Distingue clásicamente el título auténtico del acto en documento privado y regula la suerte de las copias y actos reconocitivos. Esta sección no contiene innovación particular en relación con el Derecho positivo, excepto la sustracción del escrito electrónico a la norma del doble original (art. 1296). Fija, en cambio, varias soluciones jurisprudenciales. Así es expresamente indicado que la exigencia de una mención por parte del que se obliga constituye una simple condición de prueba del acto (art. 1297).

La sección tercera fija el campo de la exigencia de una prueba por escrito. En lo esencial recoge los artículos 1341 a 1348 del Código civil actual, añadiendo simplemente, conforme a la jurisprudencia, que el principio de prueba por escrito debe ser completo (art. 1312).

La sección cuarta detalla las normas propias de las presunciones, de la confesión y del juramento. No contiene innovación mayor respecto del Derecho positivo, integrando simplemente en el texto varias soluciones pretorianas. Así, se encuentra recogida la jurisprudencia que admite que las presunciones del hecho del hombre pueden resultar de indicios graves y precisos o concordantes (art. 1318), añadiendo este artículo que tales presunciones son susceptibles siempre de prueba en contrario. El mecanismo de la presunción legal es igualmente precisado (art. 1317).

Sobre la forma, igualmente, el proyecto de reforma intenta clarificar algunas normas sin afectar al sentido. El ejemplo más claro es el de la reformulación de la norma ancestral que aparece en el actual artículo 1341 del Código civil. Allí donde este dispone que «debe ser otorgado acta ante notarios o con firmas privadas de todas las cosas que excedan de una suma o un valor fijado por decreto», el nuevo texto dispone más simplemente que «debe ser constituida una prueba por escrito de los actos jurídicos que excedan de una suma o valor fijado por decreto» (art. 1306); la noción de prueba por escrito es definida precisamente en la sección precedente, la cual abre el nuevo artículo.

Tratándose de las pruebas, la esperanza de los redactores del proyecto es haber clarificado de esta manera el vocabulario, los conceptos y la formulación de las normas, haber ordenado más lógicamente la exposición y actualizado el fondo con la integración de la aportación pretoriana. Una mejor comprensión del Derecho positivo debería resultar, sin modificación notable de su contenido, en tanto que las necesidades de la práctica parecen satisfechas en el estado actual de la materia.

CUASICONTRATOS (ARTS. 1327 A 1339)

GÉRARD CORNU

Los cuasicontratos constituyen en el proyecto, como lo son en el Código civil, una fuente de la obligación. Sin duda, este punto es, en legislación, sujeto de controversia. Pero, en la decisión legislativa de donde el proyecto obtiene su razón de ser y su medida, su mantenimiento va de suyo. Sería necesario adherirse a una ambi-

ción maximalista que no es la suya para cambiar la teoría de las fuentes de la obligación a fin de eliminar el cuasicontrato, entre el contrato y el delito. Hoy en día todo el mundo sabe que lejos de ser obsoleto, esta clasificación se acomoda con la división mayor de los actos jurídicos y de los hechos jurídicos que el marco de las fuentes presenta a la cabeza del proyecto (arts. 1101 ss.): de un lado, los actos jurídicos convencionales, unilaterales o colectivos, de otra los hechos jurídicos dañosos o beneficiosos.

Justamente, es la propia noción de cuasicontrato tal como resulta del análisis luminoso de Jean Carbonnier que legitima –que exige– su mantenimiento. No es un trato. Es un concepto. De igual manera que la jurisdicción voluntaria no es ya todo lo que no es la jurisdicción contenciosa, sino, en paralelo, una función jurisdiccional definida, de igual forma los cuasicontratos no son una amalgama de hechos residuales informes. Frente al daño causado sin derecho, una ventaja recibida sin derecho: en este punto común se reúnen todos los cuasicontratos. De aquí la definición general dada en primer lugar (art. 1327). En el seno de esta categoría general, vienen naturalmente a ordenarse las dos aplicaciones particulares específicas de la tradición, gestión de negocios y pago de lo indebido, así como, procedente de la costumbre, el principio general de que nadie debe enriquecerse sin causa en detrimento de otro. El conjunto es coherente.

La otra razón de no trastornar la materia es el propio valor de las aportaciones de la tradición y de la interpretación. El régimen de la gestión de negocios ajenos y el del pago de lo indebido son el resultado de soluciones lógicas y de buen sentido. Las disposiciones que los enuncian son, en gran parte, simples, claras y firmes. Muchos artículos conservan su tenor original. En cuanto a la teoría general del enriquecimiento sin causa, diminutivo menos ambicioso y más razonable de la teoría abierta del enriquecimiento injusto, y técnicamente encuadrada por la subsidiariedad (art. 1338), surge directamente de la enseñanza doctrinal y de la jurisprudencia. Es la consagración de una experiencia, no de una anticipación imprudente.

Por tanto, la revisión marca la materia de su impronta. Sobre numerosos puntos ha adoptado de la interpretación reinante soluciones acordadas que constituyen verdaderos progresos. Que la gestión de negocios pueda consistir en actos materiales y no solamente actos jurídicos (art. 1328), que pueda ser establecida no solamente en el interés exclusivo de otro sino en el interés común de otro y del gerente (art. 1329) son afortunadas extensiones establecidas por un consenso. Otro consenso oportuno consiste en asi-

milar al pago por error, el pago por coacción (art. 1332) o el abandono de una garantía a la supresión del título (*ibid*). Otros retoques ponen de relieve puntos decisivos. Noción llave, la utilidad de la gestión debía ser expuesta en el primer rango de las condiciones de la obligación del dueño del negocio (art. 1328.3). La referencia al cuerpo cierto debía reemplazar a la –no pertinente– del bien mueble corporal en el artículo 1334 y la hipótesis de la mala fe había sido contemplada y regulada por el artículo 1334.1.

Sin embargo, el proyecto contiene verdaderas innovaciones³¹: la idea de tener en cuenta, en la indemnización del gerente de las pérdidas que haya sufrido, con exclusión de toda remuneración (art. 1328.1) y sobre todo el reenvío inspirado en el enriquecimiento sin causa de las acciones del gerente que no responde exactamente a las condiciones de la gestión de negocios (art. 1329.1). Este rescate subsidiario muestra bien el nexo que une, en el conjunto de los cuasicontratos, la ilustración específica de la gestión de negocios y la teoría general dotada de una vocación residual. En fin, fuera de serie, las normas de restitución son extendidas al caso en que el pago de lo que era debido pierde enseguida su causa por el efecto de una anulación o de una resolución. Este caso suerte de depuración. El pago no era indebido, sino que deviene sin causa. Entra así en la lógica de la ausencia de causa, lo que justifica la extensión analógica.

La observación se dirige fundamentalmente a la unidad de la materia. La figura tradicional de la gestión de negocios aparece adecuada en la fidelidad a sus orígenes y el derecho hilo de la etimología, un cuasimandato. Pero es la teoría de la causa que, en último análisis, une la trilogía. El pago es indebido a condición de que no proceda ni de una intención liberal, ni de una obligación natural, ni de otra causa (art. 1330, p. 2). Semejantemente, el enriquecimiento es sin causa cuando (y por qué) la pérdida del empobrecido no proceda ni de su intención liberal hacia el enriquecido, ni del cumplimiento de una obligación de la que estaría obligado hacia él en virtud de la ley, del juez, del contrato o de la persecución de un interés personal (art. 1337). De su lado, la gestión del gerente de negocios está sin título. Este fundamento radical común podría conducir a pensar que, si no duda de la legitimidad de la causa en materia contractual, éste podría encontrar un apoyo en los cuasicontratos, lo que descubriría un punto de coherencia en el corazón de la teoría general de las obligaciones. La presencia de la causa en el contrato responde a la ausencia de causa en el cuasicontrato.

³¹ Han sido admitidos por las sugerencias de M.A. BENABENT.

LIBRO TERCERO

TÍTULO III. DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRELIMINAR— DE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

(Arts. 1101 A 1101.2)

Artículo 1101. Las obligaciones nacen de actos o de hechos jurídicos.

Algunas obligaciones nacen igualmente de la autoridad exclusiva de la ley, como las obligaciones de vecindad y las cargas públicas, lo cual es tratado en las materias que los conciernen.

Notas: Es el nuevo empleo y la ampliación del artículo 1370 Código civil actual. Así la tutela (ver art. 427 Código civil)

Artículo 1101.1. Los actos jurídicos son actos de voluntad destinados a producir efectos jurídicos.

El acto jurídico convencional o convención es el acuerdo concluido entre dos o varias personas con miras a producir tales efectos.

El acto jurídico unilateral es un acto cumplido por una sola o varias personas unidas en consideración de un mismo interés con miras a producir efectos jurídicos en los casos admitidos por la ley o por el uso.

El acto jurídico colectivo es la decisión tomada colegialmente por las miembros de una colectividad.

El acto unilateral y el acto colectivo obedecen, de acuerdo con la razón, para su validez y sus efectos a las normas que gobiernan las convenciones.

Artículo 1101.2. Los hechos jurídicos son actuaciones o acontecimientos a los que la ley vincula efectos jurídicos.

El hecho que procura a otro una ventaja a la que no tiene derecho constituye un cuasicontrato. Las obligaciones que derivan de él son regidas por el subtítulo De los cuasicontratos.

El hecho que causa sin derecho daño a otro obliga a su autor a repararlo. Esta obligación es regida por el subtítulo De la responsabilidad civil.

Notas: complementarias al capítulo preliminar:

- 1) *Hace sonar la palabra fuente, lo que no es inútil.*
- 2) *Pone en perspectiva la división mayor de los actos jurídicos y de los hechos jurídicos.*

3) *De igual manera que el artículo relativo a los actos jurídicos distingue las tres clases, el artículo destinado a los hechos jurídicos distingue los hechos dañosos y los cuasicontratos y, en cada orden, la terminología moderna es puesta en correspondencia con las nociones tradicionales.*

4) *Una y otra, la responsabilidad delictual y la responsabilidad civil contractual, son, desde este momento, aproximadas bajo la cubierta de la responsabilidad, lo que anuncia un aspecto esencial del proyecto.*

5) *Inspirada por una sugerencia de Carbonnier y una oposición específicamente exacta «daño causado» sin derecho, «ventaja procurada» sin derecho, la definición del cuasicontrato es diseñada aquí en sus elementos esenciales. La definición más elaborada tiene su sitio en el artículo 1327 del proyecto.*

6) *Los cuasicontratos tienen su sitio natural después de los contratos (subtítulo II), lo que permite poner una cierta distancia entre los contratos y el conjunto agrupado de los hechos dañosos e incumplimientos contractuales, fuente de responsabilidad civil.*

SUBTÍTULO I. DEL CONTRATO Y DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN GENERAL (ARTS. 1101 A 1326.2)

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1. DEFINICIONES (ARTS. 1102 A 1103)

Artículo 1102. El contrato es una convención por la que una o varias personas se obligan hacia una u otras a cumplir una prestación.

Artículo 1102.1. El contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos frente a los otros.

Es unilateral cuando una o varias personas se obligan hacia una u otras sin que exista un compromiso recíproco de éstas.

Artículo 1102.2. El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes entiende recibir de la otra una ventaja en contrapartida de la que procura.

El contrato es a título gratuito cuando una de las partes se propone procurar a otra una ventaja sin recibir una contrapartida.

Artículo 1102.3. El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a procurar a la otra una ventaja que es considerada como el equivalente de la que recibe.

Es aleatorio cuando las partes, sin buscar la equivalencia de la contrapartida convenida, aceptan una oportunidad de ganancia o de pérdida para alguna o algunas de ellas, según un acontecimiento incierto.

(Obs: Hay que tener en cuenta el artículo 1964)

Artículo 1102.4. El contrato es consensual cuando se forma por la sola manifestación de los consentimientos cualquiera que sea el modo de expresión.

El contrato es solemne cuando su formación está subordinada, bajo sanción de nulidad, a formalidades determinadas por la ley.

Artículo 1102.5. El contrato de adhesión es aquel en que las condiciones, sustraídas a la discusión, son aceptadas por una de las partes tal como la otra las había determinado unilateralmente por anticipado.

A tal contrato puede, sin embargo, añadirse condiciones particulares sujetas a negociación.

Artículo 1102.6. El contrato-marco es un acuerdo base por el que las partes convienen negociar, anudar o mantener relaciones contractuales en las que determinan las características esenciales.

Las convenciones de aplicación precisan las modalidades de ejecución, principalmente la fecha y el volumen de las prestaciones, así como, llegado el caso, el precio de éstas.

Artículo 1103. Los contratos ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las normas generales que constituyen el objeto del presente título.

Las normas particulares para determinados contratos son establecidas, ya en los títulos del presente Código relativos a cada uno de ellos, ya en otros Códigos y leyes, principalmente en las materias que afectan al cuerpo humano, a los derechos intelectuales, a las operaciones comerciales, a las relaciones de trabajo y a la protección del consumidor.

Los contratos innominados están sometidos por analogía a las normas aplicables a los contratos comparables, en la medida en que su especificidad no pone obstáculo a ello.

SECCIÓN 2. DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1104 A 1107)

§ 1. De la negociación

Artículo 1104. La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones son libres, pero deben satisfacer las exigencias de la buena fe.

El fracaso de una negociación sólo puede ser fuente de responsabilidad cuando es imputable a la mala fe o a la falta de una de las partes.

Artículo 1104.1. Las partes pueden, por un acuerdo de principio, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos han de determinarse y a concurrir con buena fe a su determinación.

Artículo 1104.2. El régimen de los acuerdos destinados a establecer el desarrollo o la ruptura de las negociaciones está sometido a las disposiciones del presente subtítulo.

§ 2. De la oferta y la aceptación

Artículo 1105. La formación del contrato requiere el encuentro de varias voluntades firmes y precisas para obligarse.

Artículo 1105.1. La oferta es un acto unilateral que determina los elementos esenciales del contrato que su autor propone a persona determinada o indeterminada, y por el cual expresa su voluntad de estar vinculado en caso de aceptación.

Artículo 1105.2. La oferta puede ser libremente revocada mientras que no llegue a conocimiento de su destinatario o si no ha sido válidamente aceptada en un plazo razonable.

Artículo 1105.3. La oferta caduca a falta de aceptación en el plazo fijado por su autor, así como en caso de incapacidad o de fallecimiento de éste acaecido antes de la aceptación. Decae igualmente cuando su destinatario la rechaza.

Artículo 1105.4. Sin embargo, cuando la oferta dirigida a una persona determinada comporta el compromiso de mantenerla durante un plazo preciso, ni su revocación prematura ni la incapacidad del oferente ni su fallecimiento pueden impedir la formación del contrato.

Artículo 1105.5. La aceptación es un acto unilateral por el que su autor expresa la voluntad de estar vinculado en los términos de la oferta.

Una aceptación no conforme a la oferta está desprovista de efecto, salvo que constituya una oferta nueva.

§ 3. De la promesa unilateral de contrato y del pacto de preferencia

Artículo 1106. La promesa unilateral de contrato es la convención por la que una parte promete a otra, que acepta el principio, darle la exclusividad para la conclusión de un contrato cuyos

elementos esenciales son determinados, pero para la formación del cual hace falta solamente el consentimiento del beneficiario.

El retracto del promitente durante el tiempo dejado al beneficiario para expresar su consentimiento no puede impedir la formación del contrato prometido.

El contrato concluido con un tercero es inoponible al beneficiario de la promesa, con la reserva de los efectos vinculados a las normas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

Artículo 1106.1. El pacto de preferencia para un contrato futuro es la convención por la cual el que queda libre para concluirlo, se obliga, en el caso en que se decidiera a ello, a ofrecer por prioridad al beneficiario del pacto a tratar con él.

El promitente está obligado a poner en conocimiento del beneficiario toda oferta relativa al contrato sujeto a preferencia.

El contrato concluido con un tercero es inoponible al beneficiario de la preferencia, con reserva de las normas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

§ 4. De la fecha y del lugar de formación

Artículo 1107. A falta de estipulación contraria, el contrato es perfecto por la recepción de la aceptación; se considera concluido en el lugar donde la aceptación es recibida.

CAPÍTULO II. DE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES

Artículo 1108. Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

- el consentimiento de las partes contratantes;
- su capacidad para contratar;
- un objeto que forme la materia del compromiso;
- una causa que justifique el compromiso.

Se añade, para el acto cumplido por el representante de una parte, el poder de actuar en nombre de ésta.

La forma de las convenciones es expuesta en los artículos 1127 y siguientes.

Nota: El término «poder» es polisémico, pero es en el seno de la representación donde aparece en su sentido específico más puro (Carbonnier y Gaillard) con el rango de las condiciones de validez del acto cumplido por el representante. Merece por ello

ser anunciado en este título en el artículo 1108. Es una condición ocasional (en el caso de representación), pero, en esta hipótesis, es esencial.

La noción de poder aparece también sobre la cabeza de la persona capaz que actúa por sí misma. Pero es otra noción y, como condición, es distribuida, en cada institución, por las normas que la gobiernan. Ejemplo: los «poderes» de los esposos en virtud de los regímenes matrimoniales, los «poderes» del propietario, del usufructuario, del precarista, etcétera. En el título de las convenciones en general, no aparece como una condición general de validez. Se hace de él abstracción.

SECCIÓN 1. DEL CONSENTIMIENTO (ARTS. 1109 A 1115.1)

Subsección 1: De la existencia del consentimiento

Artículo 1109. Para hacer una convención válida, es necesario estar sano de espíritu.

Quien solicita la nulidad es al que corresponde probar la existencia de una perturbación mental en el momento del acto.

Artículo 1109.1. No hay consentimiento cuando no existe encuentro de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato.

Artículo 1109.2. La ausencia de consentimiento tacha la convención de nulidad relativa.

Subsección 2: De la calidad del consentimiento

§ 1. De la integridad del consentimiento

Artículo 1110. El contratante que conoce o ha debido conocer una información cuya importancia sabe que es determinante para la otra tiene la obligación de informarle.

Esta obligación de información sólo existe, sin embargo, a favor del que está imposibilitado para informarse por sí mismo o que legítimamente ha podido dar confianza a su cocontratante, en razón, principalmente, de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes.

Incumbe al que se considera acreedor de la obligación de información probar que la otra parte conocía o hubiese debido conocer la información ocultada y su pertenencia.

Serán consideradas como pertinentes las informaciones que presentan un vínculo directo y necesario con el objeto o la causa del contrato.

Artículo 1110.1. El incumplimiento de una obligación de información, sin intención de engañar, determina la responsabilidad del que estaba obligado a ella.

Artículo 1110.2. En ciertas convenciones determinadas por la ley, el consentimiento sólo es definitivo e irrevocable a la expiración de un plazo de reflexión o de arrepentimiento.

El plazo de reflexión es aquel que hasta la expiración del mismo el destinatario de la oferta no puede consentir eficazmente el contrato.

El plazo de arrepentimiento es aquel que hasta que la expiración del mismo permite al destinatario de la oferta a retractarse discrecionalmente de su consentimiento al contrato.

§ 2. De los vicios del consentimiento

Artículo 1111. No existe consentimiento válido, si el consentimiento ha sido dado por error o si ha sido sorprendido por dolo o arrancado con violencia.

(Art. 1109 Código civil).

Artículo 1111.1. El error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes o su representante no habría contratado o habría contratado en condiciones diferentes.

Su carácter determinante se aprecia en atención a las personas y a las circunstancias.

Artículo 1112. El error sólo es causa de nulidad de la convención cuando recae sobre la sustancia de la cosa que es el objeto o sobre la persona del contratante.

Artículo 1112.1. El error sobre la sustancia de la cosa se entiende que es el que afecta a las cualidades esenciales en consideración de las cuales las dos partes han contratado o, semejantemente, una de ellas con el conocimiento de la otra.

Es una causa de nulidad que recae sobre la prestación de una u otra parte.

La aceptación de un azar sobre una cualidad de la cosa excluye el error relativo a esta cualidad.

Artículo 1112.2. El error sobre la persona se entiende que es el que se refiere a las cualidades esenciales del cocontratante.

Solo es una causa de nulidad en los contratos concluidos en consideración a la persona.

Artículo 1112.3. El error sobre la sustancia o sobre la persona es una causa de nulidad, sea de hecho o de derecho, a menos que sea inexcusable.

Artículo 1112.4. Cuando, sin equivocarse sobre las cualidades esenciales de la cosa, un contratante hace solamente de ésta una apreciación económica inexacta, este error sobre el valor no es, en sí mismo, una causa de nulidad.

Artículo 1112.5. El error sobre un simple motivo, extraño a las cualidades esenciales de la cosa o de la persona, solo es una causa de nulidad si las partes no han hecho de él expresamente un elemento determinante de su consentimiento.

Artículo 1113. El dolo es el acto de un contratante para obtener el consentimiento del otro mediante maniobras o engaños.

Obs: Tomado del verbo del artículo 1111 (1109 Código civil).

Artículo 1113.1. Constituye igualmente dolo el disimulo intencional por un contratante de un hecho que, si hubiese sido conocido por su cocontratante, le habría disuadido a contratar, al menos en las condiciones convenidas.

Artículo 1113.2. El dolo se constituye semejantemente si emana del representante, gestor de negocios, encargado o garante del cocontratante, o incluso de un tercero por la instigación o con la complicidad del cocontratante.

Artículo 1113.3. El error provocado por el dolo es siempre excusable. Es una causa de nulidad incluso si se refiere al valor de la cosa que es el objeto o sobre un simple motivo del contrato.

Artículo 1114. Existe violencia cuando una parte se obliga por la presión de una coacción que le inspira el temor de exponer su persona, su fortuna o la de sus allegados a un mal considerable.

Artículo 1114.1. La amenaza de una vía jurídica sólo constituye una violencia en caso de abuso. El abuso existe cuando la vía jurídica es desviada de su fin o esgrimida para obtener una ventaja manifiestamente excesiva.

Artículo 1114.2. La violencia vicia el consentimiento de la parte que se obliga, cuando ha sido ejercida por la otra o por un tercero, y no solamente cuando ha sido ejercida sobre la parte contratante sino también cuando lo ha sido sobre su cónyuge o sobre uno de sus allegados.

El mero temor reverencial hacia el padre, la madre u otro ascendiente, sin que haya existido violencia ejercida, no basta para anular el contrato.

(Obs: Es el nuevo empleo de tres artículos actuales: 1111, 1113, 1114).

Artículo 1114.3. Existe igualmente violencia cuando una parte se obliga bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad obteniendo de ella una ventaja manifiestamente excesiva.

La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de las circunstancias teniendo en cuenta, principalmente, la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes o su desigualdad económica.

Artículo 1115. La convención contraída por error, dolo o violencia da lugar a una acción de nulidad relativa.

Independientemente de la anulación del contrato, la violencia, el dolo o el error que causa a una de las partes un daño, obliga al que por culpa del mismo ha acaecido a repararlo.

Las acciones fundadas en un vicio del consentimiento proceden de una única y misma causa que las hace fungibles.

Artículo 1115.1. El plazo de la acción de nulidad sólo corre en los casos de violencia desde el día en que ha cesado; en los casos de error o de dolo, desde el día en que han sido descubiertos.

SECCIÓN 2. DE LA CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y DEL PODER DE ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO (ARTS. 1116 A 1120.2)

§ 1. De la capacidad de goce

Nota: Hay que poner el acento sobre la capacidad de las partes contratantes marcando la división entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio (§ 2) y, como lo accesorio sigue a lo principal, incluir en la sección 2 el poder de actuar en nombre de otro (§ 3).

Artículo 1116. Para ser válido un compromiso requiere, en la persona del contratante, la capacidad de goce, aptitud para ser titular de un derecho.

Nota: Más brevemente, la decisión de incluir una definición al hilo de la frase se inspira en el precedente ejemplar de la definición de la tutela (art. 427). Lo esencial es dar una idea de la capacidad de goce como participación en la actividad jurídica.

Artículo 1116.1. Toda persona jurídica posee, en tanto que sujeto de derecho, una capacidad de goce general.

Está sólo restringida para los incapacitados e interdicciones particulares establecidas por la ley relativamente a ciertos actos.

Artículo 1116.2. Así está prohibido, sin autorización judicial, a quien ejerce una función u ocupa un empleo en un establecimiento de hospedaje de las personas dependientes o que dispensan cuidados psiquiátricos ser adquirente de un bien o cesionario de un

derecho que pertenece a una persona admitida en el establecimiento, como tampoco tomar en arrendamiento el alojamiento ocupado por esta persona antes de su admisión en el establecimiento.

Para la aplicación del presente artículo, se consideran personas interpuestas el cónyuge, los ascendientes y los descendientes de las personas a las que se aplican las interdicciones posteriormente establecidas.

(Obs: Art. 1125.1 actual).

Artículo 1116.3. Las personas jurídicas están dotadas de una capacidad de goce especial.

Ésta cubre los actos útiles para la realización de su objeto, tal como es definido por los estatutos, con el respeto de las normas aplicables a la persona jurídica considerada, así como los actos que son accesorios de los precedentes.

Nota. Por oposición a «poseído» (para las personas físicas, art. 1119 posterior) puede ser interesante hacer subrayar el término «dotadas» para las personas jurídicas.

Artículo 1116.4. La capacidad de goce de las personas futuras está regulada en los títulos De las sucesiones y de las liberalidades del presente código.

Artículo 1116.5. La incapacidad de goce o la prohibición que alcanzan a una de las partes de un contrato en curso de ejecución hacen a este contrato caduco, a menos que pueda ser llevado a buen fin por las otras partes.

§ 2. De la capacidad de ejercicio

Artículo 1117. Toda persona física que no es declarada incapaz por la ley, puede contratar por sí misma sin asistencia ni representación.

Nota: Parece necesario enunciar, para las personas físicas, lo que es la capacidad de ejercicio. Es el principio.

Una persona física puede celebrar cualquier acto propio para organizar la protección y la gestión de sus intereses para el caso en que sea incapaz para ejercer sus derechos, con el respeto de los principios enunciados en el Libro primero del presente código.

Artículo 1117.1. Son incapaces de contratar, en la medida definida por la ley:

- los menores no emancipados;
- los mayores protegidos en el sentido del artículo 490 del presente código.

(Código civil. Art. 1124 actual).

Artículo 1117.2. La persona protegida por una incapacidad de ejercicio puede, sin embargo, actuando sola, cumplir los actos necesarios para la conservación de sus derechos, los actos especificados por la ley así como los actos corrientes autorizados por el uso.

Nota: *Es la excepción a la excepción (de aquí el orden de los artículos).*

Puede también, si goza de un discernimiento suficiente, celebrar las convenciones relativas a su persona y a la de sus hijos, con el respeto de las disposiciones que figuran en el Libro primero del presente código o en las leyes particulares.

Sin embargo, las consecuencias patrimoniales de estas convenciones relevan del régimen de protección aplicable a la parte protegida.

Artículo 1117.3. El menor no puede sustraerse a los compromisos que ha asumido en el ejercicio de su profesión, ni a las obligaciones que resultan de su delito o cuasidelito.

La simple declaración de mayoría, hecha por el menor, no constituye obstáculo a la restitución.

(Obs: Cfr. arts. 1306 a 1310 actuales Código civil.)

Artículo 1117.4. El menor no puede contestar al compromiso que había suscrito durante su minoría, cuando lo ha ratificado una vez mayor, aunque este compromiso sea nulo o solamente sujeto a restitución.

Artículo 1117.5. Las restituciones debidas a un incapaz son reducidas en proporción del beneficio que él ha obtenido del acto anulado.

(Obs: Art. 1312 Código civil modificado)

Artículo 1118. La simple lesión, cuando no resulta de un suceso casual e imprevisto, da lugar a la rescisión contra toda clase de convenciones, a favor del menor no emancipado y del mayor protegido en los casos previstos por los artículos 491.2 y 510.3 del presente código.

La redención de la lesión puede ser propuesta siempre por la parte que se ha beneficiado de la convención.

(Obs: Comparar art. 1305 actual Código civil)

Artículo 1118.1. Las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad de aquellos con quienes han contratado, cuando esta incapacidad es destinada a asegurar su protección.

(Obs: Código civil art. 1125 actual modificado)

Estas mismas personas pueden oponerse a una acción de nulidad relativa o rescisión entablada contra ellas, mostrando que el acto es útil a la persona protegida y exento de lesión o que se ha convertido beneficioso para ella.

También pueden oponer a la acción de nulidad o rescisión la ratificación del acto por el cocontratante que es o que ha vuelto a ser capaz.

Artículo 1118.2. Cuando la incapacidad de ejercicio es general, la ley asegura la representación o la asistencia de la persona protegida.

Artículo 1118.3. Las personas capaces de contratar pueden conferir a un tercero poder para representarlos.

Artículo 1118.4. Las personas jurídicas contratan por medio de sus representantes.

§ 3. Del poder de actuar en nombre de otro

Artículo 1119. Las convenciones concluidas por los que han recibido de la ley, del juez o de una convención la misión de representar a una parte contratante obedecen a una condición complementaria.

Nota: *Es el llamamiento del artículo 1108 en la versión propuesta.*

El representante legal, judicial o convencional sólo está legitimado a actuar en la esfera de los actos que entran en la capacidad de goce del representante y en el límite de los poderes que le han sido conferidos.

Artículo 1119.1. El representado está obligado solamente por los actos cumplidos por el representante en el límite de sus poderes.

Pero el representante responde de las culpas que ha podido cometer en el ejercicio de estos poderes, principalmente si de ello resulta una causa de nulidad del acto cumplido en nombre del representado.

Artículo 1119.2. Cuando la misión del representante es concebida en términos generales, sólo abarca los actos de administración.

Cuando es concebida en términos expresos, el representante sólo puede cumplir los actos para los cuales está habilitado y los que son el accesorio de ellos.

Artículo 1119.3. El acto cumplido por un representante fuera de sus poderes es nulo. El representado puede, sin embargo, confirmarlo, si tiene capacidad para ello.

Las mismas normas se aplican al acto por el cual el representante es culpable de una desviación de poder en detrimento del representado, a menos que el tercero haya contratado de buena fe.

Artículo 1120. El establecimiento de una representación legal o judicial priva durante su duración al representado de los poderes transferidos al representante.

La representación convencional deja al representado el ejercicio de sus derechos, con reserva de su deber de lealtad hacia su representante.

Nota: *La adjunción de esta reserva es prudente.*

Artículo 1120.1. Se prohíbe al representante actuar en nombre y por cuenta de las dos partes del contrato, o contratar el mismo con el representado, a menos que la ley le autorice o permita al juez autorizarlo.

Sin embargo, la prohibición podría ser quitada, por acuerdo expreso del representado o, en el caso de un agrupamiento, por la decisión lícita de sus miembros.

Artículo 1120.2. El representante no puede emprender o proseguir la misión a la que es llamado si es afectado por una incapacidad o alcanzado por una prohibición.

No puede proseguirla en caso de revocación convencional o judicial de su misión.

SECCIÓN 3. DEL OBJETO (ARTS. 1121 A 1122.3)

Artículo 1121. El contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a ceder la propiedad o a conceder el uso, o se obliga a hacer o no hacer. La detentación de la cosa puede ser transferida igualmente sin que sea concedido el uso de ella, principalmente a título de depósito o de garantía (1).

Nota 1: *Este párrafo es la prolongación del artículo 1127 actual: «El simple uso o la simple posesión de una cosa puede ser, como la cosa misma, el objeto del contrato», pero es más exacto. Luego, si el uso puede ser así el objeto del contrato (su concesión), la posesión, res facti y no res iuris no puede serlo. El texto designa en realidad la detentación (y el término es más rico, ya que implica la obligación de restitución). En la versión propuesta, la detentación es un punto común a los contratos que la conceden con el uso (arrendamiento, préstamo de uso; cfr. más lejos, arts. 1146, 1155 ss., las obligaciones de dar para uso) y contratos que confieren la detentación sin derecho de uso (prenda, depósito).*

Las prestaciones convenidas así caracterizan al contrato como declarativo, constitutivo, translativo o extintivo de derechos y obligaciones.

Se considera no escrita toda cláusula inconciliable con los elementos esenciales.

Observación general: Es útil conservar las nociones y los términos tradicionales (cosa, dar, hacer, no hacer, materia del compromiso, comercio), pero poniéndolos en correspondencia con el uso actual (prestaciones, elementos esenciales, términos y expresiones que aparecen además en muchos otros textos). Toda la red es coherente.

Artículo 1121.1. Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de una convención.

Artículo 1121.2. La cosa que forma la materia del compromiso debe ser lícita.

Debe ser posible y existir en el momento del contrato.

Sin embargo, las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

Artículo 1121.3. La obligación debe tener por objeto una cosa determinada o determinable, a condición de que, en este último caso, el alcance del compromiso no sea dejado a la exclusiva voluntad de una de las partes.

Artículo 1121.4. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, puede, sin embargo, ser convenido que el precio de las prestaciones ofrecidas por el acreedor sea determinado por éste en el momento de cada suministro, sea por referencia a sus propias tarifas, con la carga de justificar el montante para él en caso de contestación.

Artículo 1121.5. Si el alcance de una obligación de hacer no es determinado en el momento del contrato, ni determinable ulteriormente según criterios exteriores a la voluntad de las partes, el precio puede, después de la ejecución, ser fijado por el acreedor con la carga, para éste, de justificar el montante en caso de contestación.

Artículo 1122. La ilicitud del objeto tacha la convención con nulidad absoluta.

La ausencia de objeto es sancionada con la nulidad relativa.

Artículo 1122.1. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo no es una causa de nulidad, salvo el caso en que la ley admite la rescisión del contrato por causa de lesión.

Artículo 1122.2. Sin embargo, la cláusula que crea en el contrato un desequilibrio significativo en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a solicitud de ésta, en los casos en que la ley la protege por una disposición particular, principalmente en su cualidad de consumidor o incluso cuando no ha sido negociada.

(Obs: El último miembro de la frase está inspirado por los Principios Lando).

Artículo 1123. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo, que sobreviene en el curso de la ejecución del contrato, releva de las disposiciones que figuran en el capítulo 3 del presente título, relativo al efecto de las convenciones.

SECCIÓN 4. DE LA CAUSA (ARTS. 1124 A 1126.1)

Artículo 1124. La convención es válida cuando el compromiso tiene una causa real y lícita que la justifica.

Artículo 1124.1. La ausencia de causa es sancionada con la nulidad relativa de la convención. La ilicitud de la causa determina la nulidad absoluta de ésta.

Artículo 1124.2. La convención no es menos válida aunque la causa de ella no sea expresada.

Incumbe al que contesta la causa implícita probar su ausencia o ilicitud.

Artículo 1125. El compromiso queda sin justificación, falto de causa real, cuando, desde el origen, la contrapartida convenida es ilusoria o irrisoria.

Nota: El término «convenida» comprende la referencia al contenido del contrato (su economía).

Se considera no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa.

Artículo 1125.1. El compromiso de restituir una cosa o una suma de dinero tiene por causa la entrega de la cosa o de los fondos al que se obliga.

Cuando el valor suministrado es de un montante inferior al del compromiso, este último debe ser reducido en la medida de su causa, a menos que esta diferencia no esté justificada en la convención.

Artículo 1125.2. El compromiso asumido en contrapartida de una ventaja convenida en beneficio de un tercero tiene por causa

esta ventaja, independientemente del interés moral o material que el que se obliga puede encontrar para el mismo.

Artículo 1125.3. Los contratos aleatorios están desprovistos de causa real cuando, desde el origen, la ausencia de azar hace ilusoria o irrisoria para uno de los contratantes la contrapartida convenida.

Artículo 1125.4. No existe donación ni testamento en caso de ausencia de intención liberal.

Las liberalidades están desprovistas de causa real en caso de ausencia del motivo sin el cual el disponente (su autor) no habría dispuesto.

Artículo 1126. El compromiso está sin justificación, falto de causa lícita, cuando es contratado, por al menos una de las partes, con un fin contrario al orden público, a las buenas costumbres, o, más generalmente, a una norma imperativa.

Artículo 1126.1. La parte que contrata con un fin ilícito sin saberlo la otra debe indemnizarla de todo perjuicio causado por la anulación del contrato.

Toda reclamación es excluida cuando las dos partes tenían conocimiento de la ilicitud.

Nota: *Ilícitud comprende inmoralidad en la disposición que precede.*

SECCIÓN 5. DE LA FORMA (ARTS. 1127 A 1128.2)

§ 1. Disposiciones generales

Art. 1127. En principio, las convenciones son perfectas por el solo consentimiento de las partes, cualquiera que sea la forma que se exprese.

Artículo 1127.1. Por excepción, los actos solemnes están sujetos a la observancia de las formalidades determinadas por la ley, y cuya inobservancia es sancionada con la anulación del acto, a menos que éste pueda ser regularizado.

Artículo 1127.2. Cuando un escrito es exigido para la validez de un acto jurídico, puede ser establecido y conservado en forma electrónica en las condiciones previstas en el capítulo séptimo del presente Título.

En el caso en que una mención manuscrita es requerida por parte del que se obliga, puede establecerla en forma electrónica si las condiciones de esta inserción son susceptibles de garantizar que sólo puede ser efectuada por él.

Artículo 1127.3. Existe excepción a las disposiciones del artículo precedente para los actos en documento privado relativos al derecho de familia y de sucesiones y para los actos en documento privado relativos a las garantías personales o reales, de naturaleza civil o comercial, salvo si son celebrados por una persona para las necesidades de su profesión.

Artículo 1127.4. El régimen de la acción de nulidad por defecto o vicio de forma, cuando no es determinado por la ley, depende de la naturaleza de los intereses que la forma trata de proteger.

Artículo 1127.5. Las formas requeridas a fines de prueba o de oponibilidad no producen efecto sobre la validez de las convenciones.

Artículo 1127.6. Las convenciones que tienen por objeto modificar una convención anterior o ponerla fin están sometidas a las mismas normas de forma que ésta, a menos que se haya dispuesto o convenido de otra manera.

§ 2. De la forma de los contratos electrónicos

Artículo 1128. El que proponga, a título profesional, por vía electrónica, el suministro de bienes o la prestación de servicios, pondrá a disposición las condiciones contractuales aplicables de una manera que permita su conservación y su reproducción. Sin perjuicio de las condiciones de validez mencionadas en la oferta, su autor queda obligado por ella en tanto que sea accesible por vía electrónica su hecho.

La oferta enuncia además:

- 1.º Las diferentes etapas a seguir para concluir el contrato por vía electrónica;
- 2.º Los medios técnicos que permitan al usuario, antes de la conclusión del contrato, identificar los errores cometidos en la captación de los datos y corregirlos;
- 3.º Las lenguas propuestas para la conclusión del contrato;
- 4.º En caso de archivo del contrato, las modalidades de este archivo por el autor de la oferta y las condiciones de acceso al contrato archivado;
- 5.º Los medios para consultar por vía electrónica las normas profesionales y comerciales a las que el autor de la oferta entiende, llegado el caso, someterse.

(Art. 1369.1 Código civil no cambiado)

Artículo 1128.1. Para que el contrato sea válidamente concluido, el destinatario de la oferta debe haber tenido la posibilidad de verificar los detalles de su encargo y su precio total, y corregir eventuales errores, antes de confirmar éste para expresar su aceptación.

El autor de la oferta debe acusar recepción sin plazo injustificado y por vía electrónica del encargo que así le ha sido dirigido.

El encargo, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recepción son considerados como recibidos cuando las partes a las que son dirigidos pueden tener acceso a ellos.

(Art. 1369.2. Código civil no cambiado)

Artículo 1128.2. Existe excepción a las obligaciones previstas en los números 1.º a 5.º del artículo 1369.1 y en los dos primeros párrafos del artículo 1369.2 para los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios que con concluidos exclusivamente por intercambio de correos electrónicos.

Sin embargo, pueden ser derogadas las disposiciones del artículo 1369.2 y de los 1.º al 5.º del artículo 1369.1 en las convenciones concluidas entre profesionales.

(Art. 1369.3. Código civil modificado)

SECCIÓN 6. DE LAS SANCIONES (ARTS. 1129 A 1133)

§ 1. De la nulidad

Artículo 1129. La convención que no cumpla las condiciones requeridas para su validez es nula.

Artículo 1129.1. La nulidad es denominada absoluta o de orden público cuando la norma violada es ordenada para la salvaguarda del interés general.

Se denomina relativa o de protección cuando la norma violada es ordenada para la salvaguarda de un interés privado. Sin embargo, cuando el interés privado procede de un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad reviste un carácter absoluto.

Nota: Los términos «absoluto» y «relativo» tienen hasta tal punto sentidos diferentes que puede ser útil esclarecerlos con un equivalente usual e introducirlos con la palabra «denominada».

Artículo 1129.2. La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona que justifique un interés, así como por el Ministerio público; puede también ser declarada de oficio por el juez.

La nulidad absoluta no puede ser cubierta por la confirmación del acto; éste debe ser rehecho.

Nota: Al artículo 1131.2: armonización con el Código de procedimiento civil: las partes «promueven», el juez «declara».

Artículo 1129.3. La nulidad relativa sólo puede ser invocada por el que la ley entiende proteger. El titular de la acción puede renunciar a ella y confirmar la convención.

Artículo 1129.4. El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad sólo es válido cuando se encuentra en él la sustancia de esta obligación, la mención del motivo de la acción de nulidad y la intención de reparar el vicio sobre el que esta acción está fundada.

A falta de acto de confirmación o ratificación, basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente después de la época en la que la obligación podía ser válidamente confirmada o ratificada.

La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria en las formas y en la época determinadas por la ley, implica la renuncia a los medios y excepciones que se le podían oponer contra este acto, sin perjuicio del derecho de los terceros.

(Art. 1138 Código civil modificado)

Si la acción de nulidad corresponde a varios titulares, la renuncia de uno no impide a los otros para actuar.

Artículo 1129.5. Aquel del que depende la confirmación o la ratificación puede ser puesto en mora por la otra parte sea para confirmar o ratificar, sea para solicitar la nulidad en un plazo de seis meses, bajo sanción de preclusión.

Artículo 1129.6. El donante no puede reparar por acto confirmatorio los vicios de una donación entre vivos, nula en la forma; es preciso que sea rehecha en forma legal.

(Art. 1139 Código civil no cambiado)

La confirmación o ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante, después de su fallecimiento, implica su renuncia a oponer ya los vicios de forma, ya cualquier otra excepción.

(Art. 1140 Código civil no cambiado)

Artículo 1130. La acción de nulidad absoluta prescribe a los diez años y la acción de nulidad relativa a los tres años, a no ser que la ley haya dispuesto otra cosa.

La excepción de nulidad no prescribe si se relaciona con una convención que no ha recibido ejecución alguna.

Artículo 1130.1. La nulidad es pronunciada por el juez, a no ser que las partes del acto la constaten de común acuerdo.

Artículo 1130.2. Cuando la causa de nulidad sólo afecta a una cláusula de la convención, determina la nulidad del acto entero si esta cláusula ha constituido un elemento determinante del compromiso de las partes o de una de ellas.

La convención es mantenida si la finalidad de la norma violada exige su mantenimiento o si la ley considera no escrita una cláusula que, desde entonces, no vincula al deudor.

Las mismas normas se aplican al caso en que la nulidad sólo afecta a una parte del acto.

Artículo 1130.3. La convención nula se considera que no ha existido nunca,

Las prestaciones ejecutadas dan lugar a restitución en especie o en valor, según las distinciones enunciadas en los artículos 1161 a 1164.7.

§ 2. De la caducidad

Artículo 1131. La convención válidamente formada deviene caduca por la desaparición de uno de sus elementos constitutivos o la extinción de un elemento extrínseco al que estaba subordinada su eficacia.

La caducidad produce efecto, según los casos, retroactivamente o solo para el futuro.

[Obs: Se aplica al acto unilateral (V art. 1101 in fine)]

Artículo 1132. La convención que no cumpla todas las condiciones para su plena eficacia respecto de los terceros les es inoponible.

Artículo 1132.1. La inoponibilidad es relativa. No anulando la convención, neutraliza los efectos respecto de las personas que tienen derecho de no sufrirla, con la carga para ellas de establecer la circunstancia que justifica esta ineficacia, como por ejemplo la comisión de un fraude o la falta de publicación de un acto.

§ 4. De la regularización

Artículo 1133. Cuando la ley lo autoriza, la regularización restituye su pleno efecto a un acto por la supresión de la imperfección que lo afecta o por el cumplimiento de la formalidad requerida.

CAPÍTULO III. DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 1134 Y 1135)

Artículo 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre los que las han hecho.

Sólo pueden ser revocadas por su consentimiento mutuo, o por las razones que la ley autoriza.

Deben ser cumplidas de buena fe.

Artículo 1134.1. Las partes pueden, en las condiciones de su convención, del uso o de la ley reservarse la facultad de retractarse o acordarla a una de ellas.

Notas: La facultad de retractación se supone que resulta aquí de una cláusula, pero su ejercicio está sujeto a condiciones que determinan, según los casos, el uso o la convención.

La facultad de retractación es, en general, unilateral. Nada excluye, sin embargo, que sea establecida recíprocamente.

Artículo 1135. Las convenciones obligan no sólo a lo que se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza.

(Obs: Art. 1135 actual Código civil).

Se debe, especialmente, suplir en el contrato las cláusulas que son usuales, aunque no sean expresadas en él.

(Obs: Es el actual artículo 1160, que parece mejor situado en la estela del artículo 1135).

Artículo 1135.1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden obligarse a negociar una modificación de su convención para el caso en que acontezca que, por efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas fuese perturbado al punto que el contrato pierda todo interés para una de ellas.

Artículo 1135.2. A falta de una cláusula semejante, la parte que pierde su interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia que ordene una nueva negociación.

Artículo 1135.3. Llegado el caso, se iría a estas negociaciones como se ha dicho en el capítulo 1.º del presente título.

Su fracaso, exento de mala fe, abriría a cada parte la facultad de resolver el contrato sin gastos ni daños.

[Obs: Estos textos eluden la imprevisión y se limitan a una referencia a las circunstancias (Cfr. art. 900-Código civil). Están fun-

dados en la pérdida del interés en el contrato; estando en el título oneroso esta fórmula parece más adaptada a la situación que la del artículo 900.2. Están en coherencia con las disposiciones preliminares del capítulo 1 relativas a la negociación).

SECCIÓN 2. DE LA INTERPRETACIÓN Y DE LA CALIFICACIÓN (ARTS. 1136 A 1143)

§ 1. De la interpretación

Artículo 1136. Se debe en las convenciones buscar cual ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que atenerse al sentido literal de los términos.

Nota: Es esencial mantener en el párrafo que figura en la cabecera la disposición del artículo 1156, pilar y norma memorable que tiene la fuerza obligatoria de un adagio. Proclama el principio de la interpretación, el principio exegético de que el espíritu se impone sobre la letra.

Esta opción fundamental es más preciosa cuando, sin desconocer las diferencias específicas, la lectura de la ley contractual ha sido siempre considerada –y hoy en día todavía– como el modelo de la ley estatal (al menos en primera lectura).

Se debe semejantemente en el acto unilateral hacer prevalecer la intención real de su autor.

Nota: Sobreentendido en el sentido literal, esto es comprendido en el semejante.

En la interpretación de una decisión colectiva (colegial), se debe hacer prevalecer el sentido más conforme al interés común de los miembros de la colectividad.

Artículo 1137. Todas las cláusulas de los contratos se interpretan las unas en relación con las otras, dando a cada una el sentido que respete la coherencia del acto entero.

Los contratos que forman un conjunto contractual se interpretan también los unos en función de los otros.

Artículo 1138. Las cláusulas claras y precisas no están sujetas a interpretación, con pena de desnaturalización del acto.

Artículo 1138.1. Por muy generales que sean los términos en los que una convención sea concebida, no comprende las cosas sobre las que parece que las partes se han propuesto contratar.

(Obs: Art. 1164 Código civil no cambiado).

Artículo 1138.2. Cuando en un contrato se ha expuesto un caso para la explicación de la obligación, no se considera haber querido por eso restringir el alcance que el compromiso recibe jurídicamente en los casos no expresados.

(Obs: Art. 1164 Código civil no cambiado).

Nota: *Es esencial mantener el paralelismo histórico entre estas dos disposiciones complementarias, relativas a dos equívocos de redacción: enunciado general o enunciado demasiado particular...*

Artículo 1139. El contrato se interpreta de acuerdo con razón y la equidad.

Artículo 1139.1. Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse antes en aquel con el que pueda producir algún efecto, que en el sentido en que no podría producir alguno.

(Obs: Art. 1157 civ no cambiado)

Artículo 1139.2. Los términos susceptibles de dos sentidos deben ser tomados en el sentido que conviene más a la materia del contrato.

(Obs: Art. 1158 no cambiado).

Artículo 1139.3. Lo que es ambiguo se interpreta por lo que es usual en el lugar donde el contrato es celebrado y por la práctica de las partes.

Artículo 1140. En la duda, el contrato se interpreta contra el que ha estipulado y a favor del que ha contraído la obligación.

Artículo 1140.1. Sin embargo, cuando la ley contractual ha sido establecida por la influencia dominante de una parte, se debe interpretar a favor de la otra.

Artículo 1141. La interpretación del contrato se funda en el análisis del conjunto de sus elementos. El desconocimiento de sus elementos esenciales constituye una desnaturalización.

Nota: *Es un clásico: jurisprudencia constante, pero con un enunciado más legislativo. No se puede recoger en la ley el desarrollo jurisprudencial que sitúa la interpretación del contrato en la apreciación soberana de los jueces de fondo, y la desnaturalización, error de derecho, con la censura del Tribunal de Casación. Un semejante desarrollo se coloca en efecto en relación con el reparto del poder jurisdiccional entre el juez de hecho y el juez de derecho. La disposición propuesta dice la misma cosa, pero dando la explicación fundamental del reparto, en suma, porque la interpretación es apreciación de hecho y porque la desnaturalización*

error de derecho. Lo que depende del fondo, del Derecho civil (puro).

El interés de esta disposición radica en hacer coordinar la norma que enuncia con la definición del objeto del contrato (idéntica referencia a los elementos esenciales del contrato, a la naturaleza, red central coherente (Cfr. art. 1124).

§ 2. De la calificación

Nota: La calificación puede intervenir en tres niveles. Cuando las partes dan por sí mismas una denominación a su acuerdo, hay lugar a tomar en consideración, como dato básico, esta calificación convencional. En el caso particular que reserva el artículo 12, párrafo 3 del Código de procedimiento civil, se impone incluso al juez: así es cuando «en virtud de un acuerdo expreso y para los derechos de los que tienen la libre disposición», vinculan al juez por la denominación que han escogido. En este último caso, la calificación original es la única a considerar.

Fuera de este caso, entra en el oficio del juez (es un deber) ya calificar el contrato litigioso cuando las partes no han previsto nada, ya en el caso contrario, restituir a la convención litigiosa su verdadera calificación «sin detenerse en la denominación que las partes le hayan propuesto» si es inexacta (art. 12 cit, p. 2).

La calificación o la recalificación emana entonces de los jueces del fondo. Bajo el control del Tribunal de Casación, esta calificación jurisdiccional puede ser censurada por error de derecho.

Si se hace abstracción de las normas de Derecho procesal, el punto de Derecho sustancial que tiene su lugar en el Código civil es precisar sobre qué criterios de fondo reposa el control jurisdiccional de la calificación (y luego igualmente éste): se funda en los elementos esenciales del contrato, más precisamente en los elementos esenciales que, en la realidad, las partes han dado como base de su acuerdo.

Artículo 1142. Cuando las partes han dado a su acuerdo una denominación, hay que seguirla.

Cuando es inexacta, el juez rectifica esta calificación fuera del caso en que se impone a él. Se funda para recalificar en los elementos que las partes, en la realidad, han dado como base a su acuerdo.

Cfr. N. C. P. C. art. 12, p. 3: «Todas las veces, el (juez) no puede cambiar la denominación o el fundamento jurídico cuando las partes, en virtud de un acuerdo expreso y para los derechos de los que tienen la libre disposición, lo han ligado por las califi-

caciones y puntos de derecho a los cuales entienden limitar el debate.

Artículo 1143. El acto nulo que no responda a las condiciones de validez correspondiente a la calificación escogida por las partes subsiste, reducido, si responde a las condiciones de validez de otro acto cuyo resultado es conforme a su voluntad.

Nota: *Es una aplicación de la máxima potius ut valeat, aquí por vía de recalificación.*

SECCIÓN 3. DE LAS DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES (ARTS. 1144 A 1151)

Artículo 1144. La obligación de hacer tiene por objeto una acción, como la realización de una obra o una prestación de servicios, así en la empresa o el arrendamiento de servicios; la de no hacer una abstención, así la no competencia, el no restablecimiento, la no divulgación o la no construcción.

Artículo 1145. La obligación de dar tiene por objeto la enajenación de la propiedad o de otro derecho, como en la venta, la donación, la cesión de créditos o la constitución de usufructo.

Artículo 1146. La obligación de dar en uso tiene por objeto la concesión del uso de una cosa con la carga de restitución, como en el arrendamiento o el préstamo de uso; no tiene lugar en las convenciones que se refieren a la detentación sin derecho de uso, como la prenda y el depósito.

Nota: *La obligación de dar en uso no se reduce ni a la obligación de dar ni a la obligación de hacer. Corresponde a un concepto autónomo: constituye una categoría distinta que se caracteriza por la naturaleza específica y limitada del derecho conferido, un derecho de uso y por la obligación de restitución. Dicho de otra manera, y en dos palabras, hace un precarista, no un propietario, no el deudor de una suma de dinero, sino un usuario obligado a restitución. La summa divisio «dar», «hacer», debería dar lugar a la trilogía «dar», «dar en uso» y «hacer» (o no hacer).*

Lingüísticamente la expresión «dar en uso» que es bastante concisa para tener su lugar en el primer párrafo del artículo 1101.1 entre «dar» y «hacer», es afortunada, ya que evoca «dar en arrendamiento» y «préstamo de uso». Luego, justamente, el arrendamiento y el préstamo de uso son las dos aplicaciones tópicas del arquetipo «dar en uso».

Artículo 1147. La obligación es monetaria cuando se refiere a una suma de dinero. Cualquier otra obligación es denominada en especie.

Las obligaciones monetarias, en cualquier divisa, son fungibles, salvo disposición o acuerdo en contrario.

Artículo 1148. La obligación de valor consiste en suministrar al acreedor, en dinero o en especie, una ventaja económica variable según las circunstancias, que le garantiza, en el tiempo, una satisfacción apropiada, mediando la actualización de su montante en el día de su ejecución.

La obligación de valor es monetaria cuando su objeto es suministrar una suma de dinero determinable en la fecha de la exigibilidad; es en especie cuando su objeto es proveer a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa, salvo, en estos dos casos, que sea convertida, por convención o decisión judicial, en una obligación monetaria revisable.

Artículo 1149. La obligación es denominada de resultado cuando el deudor está obligado, salvo caso de fuerza mayor, a procurar al acreedor la satisfacción prometida, de tal manera que, exceptuado este caso, su responsabilidad surge por el solo hecho de que no ha conseguido alcanzar el fin fijado.

La obligación es denominada de medios cuando el deudor está obligado solamente a aportar los cuidados y diligencias normalmente necesarios para alcanzar un cierto fin, de tal manera que su responsabilidad está subordinada a la prueba de que ha faltado la prudencia o diligencia.

Nota: Muy a menudo las partes no precisan expresamente a lo que se obligan (resultado o medio). Sin duda es mejor evitar el verbo «obligarse». Una expresión neutra parece preferible; por ejemplo «estar obligado» que vale en el silencio de las partes. En una vía programática la diferencia específica se refiere al régimen de la prueba. Sin duda es preferible destacarla, aventurándose a conciliar el criterio de fondo y el criterio de prueba.

Artículo 1150. La obligación de seguridad, inherente a algunos compromisos contractuales, impone velar por la integridad de la persona del acreedor y de sus bienes.

Artículo 1151. La obligación natural cubre un deber de conciencia hacia otro. Puede dar lugar a una ejecución voluntaria, sin repetición, o a una promesa ejecutoria de cumplirla.

Nota: El deber de conciencia no tiene necesidad de ser calificado legítimo: se basta efectivamente por sí mismo.

Sección 4. DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1152 A 1156.2)

§ 1. De la obligación de dar

Artículo 1152. La obligación de dar se ejecuta en principio por el solo intercambio de los consentimientos.

Sin embargo, su ejecución puede ser diferida por la voluntad de las partes, una disposición de la ley o la naturaleza de las cosas.

Se ejecuta en especie cualquiera que sea su objeto, corporal o incorporal.

Su ejecución hace al acreedor titular del derecho transmitido y pone a sus riesgos y peligros la cosa objeto de este derecho, aunque la tradición no haya sido hecha.

(Cfr. art. 1138, p. 2 y 1302, p. 1 Código civil).

Artículo 1152.1. La obligación de dar comporta la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, prestando todos los cuidados de un buen padre de familia.

(Cfr. art. 1136 Código civil).

La pérdida de la cosa libera al deudor de sus obligaciones, con la carga de probar que ha tenido lugar sin su culpa. Sin embargo, está obligado, si existen algunos derechos o acciones de indemnización con relación a esta cosa, a cederlos a su acreedor.

(Cfr. art. 1303 Código civil).

Artículo 1152.2. Cuando el deudor es puesto en mora en la entrega de la cosa, ésta queda o pasa a sus riesgos.

(Cfr. art. 1138, p. 2 Código civil).

En caso de pérdida de la cosa, el deudor en mora debe la restitución del precio, a no ser que la cosa hubiese perecido igualmente para el acreedor si le hubiera sido entregada.

(Cfr. art. 1302, p. 2, Código civil).

Artículo 1152.3. El deudor es puesto en mora ya por un requerimiento o un acto equivalente del que surge una interpelación, ya, si la convención lo prevé, por el solo vencimiento del término.

(Cfr. art. 1139, p. 2 Código civil).

Artículo 1153. Si la cosa que él se ha obligado a dar a dos personas sucesivamente es puramente mobiliaria, la de las dos que ha sido puesta en posesión real es preferida y se será la propietaria,

aunque su título sea posterior en fecha, siempre que la posesión sea de buena fe.

Artículo 1153.1. Los efectos de la obligación de dar un inmueble son regulados en el título De la venta y en el título De los privilegios e hipotecas.

§ 2. De las obligaciones de hacer o de no hacer

Artículo 1154. La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta si es posible en especie.

Su ejecución puede ser ordenada con coacción u otro medio de constreñimiento, salvo si la prestación esperada tiene un carácter eminentemente personal.

En ningún caso, puede ser obtenida por una coerción atentatoria a la libertad o a la dignidad del deudor.

Nota: La alteración del principio es bienvenida. Sin duda es mejor enunciarla objetivamente antes que por la vía de un «derecho a».

¿Es necesario añadir «cuando es posible»? Existe el pro y el contra (precaución o evidencia). Si el pro lo determina, se puede comprender el enunciado: «La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta si es posible en especie».

Sin embargo, la alteración es más admisible, ya que no erradica lo que existe de irreductible en la exclusión de la coerción sobre la persona. De aquí la propuesta del párrafo tercero que encierra muy de cerca la máxima «Nemo praecise cogi ad factum».

El término «prestación» evoca bien la acción personal del deudor que lo pone fuera del alcance de la compulsión o de la orden.

Artículo 1154.1. En caso de inejecución por parte del deudor, la obligación se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, los cuales surgen jurídicamente por el solo hecho de la contravención, si la obligación es de no hacer.

Artículo 1154.2. Sin embargo, el acreedor puede ser autorizado a hacer ejecutar por sí mismo la obligación o a destruir lo que ha sido hecho en contravención de ésta. Totalmente a costa del deudor, que puede ser condenado, llegado el caso, a avanzar las sumas necesarias para esta ejecución.

§ 3. De la obligación de dar en uso

Artículo 1155. La obligación de conceder el uso de una cosa impone entregarla y mantenerla en estado de servir durante un cier-

to tiempo al término del cual el detentador está obligado a restituirla; totalmente salvo estipulación o disposición contraria.

Estas obligaciones pueden referirse a un bien corporal o incorporal.

Se ejecutan en especie.

Artículo 1155.1. En caso de conflicto entre varias personas que pretenden el uso de la cosa, aquel cuyo título sea primero en la fecha debe ser preferido.

Artículo 1155.2. Cuando las partes no han previsto un plazo para la restitución de la cosa, debe ser restituida en un plazo razonable y, salvo urgencia, después de un preaviso dado al deudor.

Artículo 1155.3. Sin embargo, el detentador tiene fundamento para retener la cosa hasta el pago completo de las sumas que le son debidas en virtud del título de un crédito unido a la cosa.

Nota del traductor: no aparece en el Anteproyecto el texto de los artículos 1156.1 y 2, sin que se dé ningún tipo de explicación, a pesar que en la sección 4 se aluda a los artículos 1152 a 1156.2.

SECCIÓN 5. DE LA INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1157 A 1160.1)

Artículo 1157. En un contrato sinalagmático, cada parte puede rehusar la ejecución de su obligación en tanto que la otra no ejecute la suya.

Cuando la inejecución resulta de una fuerza mayor o de otra causa legítima, el contrato puede ser suspendido también si la inejecución no es irremediable.

A la excepción de inejecución, la otra parte puede replicar probando judicialmente que la suspensión del contrato no está justificada.

[Obs:

1) *La referencia a los contratos sinalagmáticos, ámbito de la excepción, parece necesaria (sobre todo por oposición al artículo 1161).*

2) *La valoración de la inejecución fortuita o legítima (servicio nacional, maternidad, huelga, casos más particulares) puede ser útil (y es la ocasión para afirmar el carácter no irremediable de la inejecución, postulado de la suspensión).*

3) *El establecimiento como factor común de la prueba en contra en vía judicial, bajo una forma genérica, parece oportuno.*

Artículo 1158. En todo contrato, la parte respecto de la cual el compromiso no ha sido ejecutado, o lo ha sido imperfectamente, tiene la opción o de exigir la ejecución del compromiso o de provocar la resolución del contrato o de reclamar indemnización de daños y perjuicios, a los cuales pueden, llegado el caso, añadirse la ejecución o la resolución.

Cuando opta por la resolución, el acreedor puede ya demandarla al juez, ya, por sí mismo, poner en mora al deudor que no satisface su compromiso en un plazo razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato.

Si la inexecución persiste, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato y las razones que la motivan. Ésta toma efecto en el momento de la recepción de la notificación por la otra parte.

[Obs:

1) *En un primer párrafo bisagra, es útil abrir el abanico de todas las posibilidades (cfr. art. 1370).*

2) *Cabe la resolución a través de una doble vía: ¿Por qué cerrar la resolución judicial abriendo la resolución unilateral? Es la ocasión de destacar que el acreedor toma este partido a su riesgo y peligro.*

3) *La resolución unilateral puede chocar. Es útil establecerla, pero con precauciones de forma (pensando en el lado psicológico de la innovación). La fórmula «declaro que el contrato será resuelto» sería demasiado categórica. Para un mismo resultado, se puede redondear la iniciativa con un giro menos «unilateral» enunciando «tendrá el contrato por resuelto».*

Artículo 1158.1. Está permitido al deudor oponerse judicialmente a la decisión del acreedor alegando que el incumplimiento que le es imputado no justifica la resolución del contrato.

El juez puede, según las circunstancias, declarar válida la resolución u ordenar la ejecución del contrato, otorgando eventualmente un plazo al deudor.

Artículo 1159. Las cláusulas resolutorias deben designar expresamente los compromisos cuya inexecución entraña la resolución del contrato.

La resolución está subordinada a una puesta en mora infructuosa, si no ha sido convenido que resultará del mero hecho de la inexecución. La puesta en mora sólo es eficaz si recuerda en términos aparentes la cláusula resolutoria.

En cualquier hipótesis, la resolución sólo produce efecto por la notificación que es hecha al deudor y en la fecha de su recepción.

Artículo 1160. La resolución puede tener lugar para una parte solamente del contrato, cuando su ejecución es divisible.

Artículo 1161.1. La resolución del contrato libera a las partes de sus obligaciones.

En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, la resolución implica rescisión; el compromiso de las partes finaliza para el futuro, a contar de la asignación de la resolución o de la notificación de la resolución unilateral.

Si el contrato ha sido ejecutado parcialmente, las prestaciones intercambiadas no dan lugar a restitución ni indemnización cuando su ejecución ha sido conforme a las obligaciones respectivas de las partes.

En los contratos de ejecución instantánea, es retroactiva; cada parte restituye a la otra lo que ha recibido, según las normas que aparecen en la sección 6 del presente capítulo.

SECCIÓN 6. DE LAS RESTITUCIONES DESPUÉS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1161 A 1164.7)

Artículo 1161. Las restituciones después de la terminación, por anulación o resolución del contrato son gobernadas por las normas siguientes.

Estas normas son aplicables, salvo disposición o convención particular, en otros casos de restitución, principalmente la caducidad, cuando produce un efecto retroactivo.

Nota: La multiplicidad de las hipótesis de restitución hace necesario que sea desde el umbral determinado el ámbito de aplicación de las normas dictadas para las restituciones después de la terminación del contrato.

§ 1. Principios

Artículo 1162. La anulación y la resolución retroactiva del contrato comportan, de pleno derecho, la restitución íntegra y si hay lugar recíproca de las ventajas recibidas en ejecución del contrato.

Cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes, ésta debe además indemnizar a la otra de todos los daños y perjuicios.

Artículo 1162.1. La obligación de restitución se beneficia de las garantías estipuladas para el pago de la obligación primitiva.

Prescribe en el mismo plazo que la nulidad o la resolución que la determina.

Artículo 1162.2. El juez, teniendo en cuenta una acción de nulidad o de resolución, puede pronunciarse de oficio sobre las restituciones incluso cuando no hubiese sido requerido a ello.

El mismo pronuncia la compensación judicial de las deudas fungibles de restitución.

La sentencia de anulación o de resolución entraña inversión de la prescripción aplicable a la obligación de restitución.

Artículo 1162.3. Se puede denegar toda restitución, al que a sabiendas contraviene el orden público, las buenas costumbres o, más generalmente, una norma imperativa.

§ 2. Modalidades de la restitución

Artículo 1163. Las modalidades de la restitución dependen de la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato.

Artículo 1163.1. Después de la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer, la restitución tiene lugar en valor.

El montante de la restitución es calculado teniendo en cuenta las ventajas directas e indirectas que las partes han podido obtener de la ejecución del contrato, según su estimación en el día de la restitución.

Artículo 1163.2. La restitución de una suma de dinero se hace por equivalente. Entonces es la suma numérica enunciada en el contrato.

Artículo 1163.3. La restitución de un cuerpo cierto se hace en especie cuando la cosa existe todavía en poder del que la ha recibido.

Se hace en valor cuando la cosa no es ya individualizable en virtud de su destrucción voluntaria o fortuita, su transformación o su incorporación.

Artículo 1163.4. La restitución de una cosa genérica además de una suma de dinero se hace por equivalente a no ser que aquél al que es debida prefiera recibir su valor.

Artículo 1163.5. Cuando la cosa a restituir ha perecido fortuitamente o por el hecho de un tercero, la restitución se produce de pleno derecho en virtud de la indemnización del seguro o de responsabilidad o sobre el crédito de indemnización por subrogación.

Cuando la cosa a restituir ha sido vendida, la restitución se produce de pleno derecho sobre el precio o el crédito del precio de la venta por subrogación.

Artículo 1163.6. En todos los casos en que la restitución no ha tenido lugar en especie o por subrogación, el juez estima el valor de la cosa en el día en que se pronuncia, según su estado en el día del pago de la obligación.

§ 3. Reglamentos complementarios

Artículo 1164. La restitución se refiere al principal de la prestación cumplida y sus accesorios en el día del pago.

Artículo 1164.1. Los accesorios de la suma de dinero a restituir comprenden los intereses al tipo legal y las tasas satisfechas al que ha recibido el precio en complemento de éste.

Artículo 1164.2. Cuando la restitución se refiere a una cosa distinta de una suma de dinero, los accesorios comprenden los frutos y el goce que ha procurado.

La restitución de los frutos naturales, industriales o civiles, si no se encuentran en especie, tiene lugar según su valor estimado en la fecha del reembolso, de acuerdo con el estado de la cosa en el día del pago de la obligación. Cuando los provechos proceden en parte de la mejora de la cosa por aquel que la hace, la restitución se lleva a cabo en proporción de los que habría producido en su estado inicial.

La restitución del goce es estimada por el juez en el día en que se pronuncia.

Artículo 1164.3. Los gastos ocasionados por el contrato pueden ser puestos a cargo de la parte a quien la anulación o la resolución es imputable.

Artículo 1164.4. Los gastos correspondientes a la cosa pueden dar lugar a restitución.

Aquel al que la cosa es restituida debe tener en cuenta respecto al que la hace todos los gastos necesarios para la conservación de la cosa

También debe tener en cuenta los gastos que han mejorado el estado de la cosa en la medida en que resulta de ello un aumento de su valor.

Artículo 1164.5. Inversamente, el que debe restituir la cosa responde de las degradaciones y deterioros que han disminuido el valor o entrañado su pérdida.

Artículo 1164.6: Las plusvalías y las minusvalías producidas en la cosa restituida son estimadas en el día de la restitución.

SECCIÓN 7. DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES RESPECTO A LOS TERCEROS (ARTS. 1165 A 1172.3).

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 1165. Las convenciones sólo vinculan a las partes contratantes; las mismas sólo producen efecto respecto de los terceros en los casos y límites a continuación explicados.

Nota: *Este enunciado global parece preferible a la oposición reductora de «prodesse» y «nocere».*

Artículo 1165.1. Los pactos secretos sólo pueden producir efecto entre las partes contratantes; no tienen efecto contra los terceros.

Artículo 1165.2. Las convenciones son oponibles a los terceros; éstos deben respetarlas y pueden prevalerse de ellas, sin tener derecho a exigir la ejecución.

§ 2. De la sustitución del contrato y de la transferencia del contrato

Artículo 1165.3. Los derechos y obligaciones de una persona difunta, cuando no se extinguen por el hecho de su fallecimiento, se transmiten a sus herederos según las normas establecidas en los títulos De las sucesiones y de las donaciones entre vivos y los testamentos.

De manera semejante, los herederos o legatarios del difunto, o algunos de ellos, pueden ocupar su lugar en los contratos en los que era parte y cuya ejecución se prosigue después de su fallecimiento, si esta sustitución es establecida por la ley, prevista por una convención o estipulada por el difunto en su testamento.

Artículo 1165.4. Un contratante no puede sin el acuerdo expreso o tácito de su cocontratante ceder entre vivos a un tercero su calidad de parte en el contrato.

Artículo 1165.5. Existe una excepción a este principio en los casos previstos por la ley.

Excepto en estos casos, la sustitución de concontratante se opera cuando el contrato forma parte integrante de una operación que forma un conjunto indivisible, como son las fusiones o escisiones de sociedades y las aportaciones parciales de activos.

Salvo convención en contrario, corresponde al cocontratante, cuando la transferencia ha tenido lugar sin su acuerdo, retirarse del contrato al término de un preaviso razonable.

§ 3. De las acciones correspondientes a los acreedores

Nota: *Los acreedores son, sin duda, terceros, pero existe más que un matiz entre los «terceros acreedores» y los «terceros extraños».*

Artículo 1166. Los acreedores pueden, en nombre de su deudor, ejercer todos los derechos y acciones de éste, con excepción de los que están vinculados exclusivamente a la persona.

Nota: *Esta formulación establece mejor la diferencia entre la acción oblicua y la acción pauliana.*

Sólo justifican su interés en actuar mediante la carga de probar que la insolvencia de su deudor les causa perjuicio.

Artículo 1167. Los acreedores pueden también, en su propio nombre, impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos, con la carga de establecer, si se trata de un acto a título oneroso, que el tercero cocontratante ha tenido conocimiento del fraude.

El acto reconocido fraudulento es inoponible a los acreedores, de tal manera que éstos no deben sufrir ninguno de sus efectos. Llegado el caso, el tercero adquirente está obligado a restituir lo que había recibido fraudulentamente.

La acción sólo puede ser ejercida durante los tres años que siguen al conocimiento que los acreedores tienen del fraude.

Artículo 1167.1. Los acreedores que ejercen la acción establecida por el artículo 1166 son pagados por detracción sobre las sumas que, por efecto de su recurso, entran en el patrimonio del deudor negligente.

La acción establecida por el artículo 1167 beneficia de acuerdo con el principio de prioridad a los acreedores que lo han intentado y a los que actúan juntos en la instancia.

Artículo 1167.2. En cuanto a sus derechos enunciados en el título De las sucesiones y en el título Del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales, los acreedores deben conformarse a las normas que son prescritas para ello.

Artículo 1168. Determinados acreedores están investidos por la ley del derecho a actuar directamente en pago de su crédito contra el deudor de su deudor, en el límite de los dos créditos.

La acción directa es establecida igualmente cuando permite sólo evitar el empobrecimiento injusto del acreedor, teniendo en cuenta el vínculo que une los contratos.

§ 4. Del garante y de la estipulación por otro

Artículo 1169. Uno no puede obligarse, en general, ni estipular en su propio nombre más que por sí mismo.

Nota: *La ventaja de conservar este artículo en la cabecera es, de una parte, mantener aquí el término «estipular» en su sentido específico (hacer prometer) que tiene, aquí, todo su valor, incluso si es hoy en día minoritario relativamente en el sentido genérico en el que es sinónimo de concluir (convenir).*

Artículo 1170. Sin embargo, se puede ser garante de un tercero, prometiendo lo debido por éste; salvo la indemnización contra el que es garante si el tercero rechaza cumplir lo prometido o ratificar el compromiso.

Si el tercero cumple lo prometido o ratifica el compromiso, el garante se libera de toda obligación, y el compromiso es válido retroactivamente en la fecha en la que ha sido suscrito.

Nota: Es preferible mantener en el primer párrafo el tenor actual del artículo 1120, porque pone en primer lugar, y en boga, el riesgo de la operación de garante y su efecto propio (el que produce al mismo y a él solo): la carga de indemnización. Es un anuncio conminatorio. La ratificación es otro acto jurídico que viene a continuación (cuando viene) y produce entonces su efecto propio.

El tercero que hereda del garante debe cumplir el compromiso de su autor.

Artículo 1171. Uno de los cocontratantes, denominado estipulante, puede hacer prometer al otro, el promitente, cumplir una prestación en beneficio de un tercero beneficiario, a condición de que éste, siendo una persona futura, sea precisamente designado, o pueda ser determinado en el momento de la ejecución de la promesa y que tenga, en esta fecha, la capacidad de recibir.

Nota: El interés de esta disposición de cabecera es abrir, en el principio, la eventualidad de una estipulación por otro. Lo es igualmente designar a los protagonistas de esta operación triangular, especialmente el estipulante, como eco del verbo estipular mantenido en el artículo 1169, lo que permite, de pasada, definirlo con precisión.

Artículo 1171.1. Mientras que el tercero no haya aceptado el beneficio de la estipulación hecha en su favor, ésta puede ser libremente revocada por el estipulante.

Cuando tiene lugar antes de la revocación, la aceptación hace la estipulación irrevocable desde que su autor o el promitente tiene conocimiento de ella.

Investido desde entonces del derecho de actuar directamente contra el promitente para la ejecución del compromiso, se considera que el beneficiario ha tenido este derecho desde su constitución.

Nota: Despojada de todos los detalles, esta disposición es reducida a lo esencial. Parece en efecto capital articular todos los resortes del mecanismo jurídico de la estipulación por otro, tal como lo han cincelado la jurisprudencia pretoriana de finales del

siglo XIX. Es el núcleo –la joya– de las sentencias de 1888: la libre revocación de la estipulación por otro hasta la aceptación. La irrevocabilidad de la estipulación que resulta de la aceptación en tiempo útil, y la retroactividad de la aceptación, todo esto alrededor de un eje: el derecho directo.

Artículo 1171.2. La revocación sólo puede emanar del estipulante, o, después de su fallecimiento, de sus herederos. Estos sólo pueden proceder a ella tras la expiración de un plazo de tres meses a contar del día en que han puesto al beneficiario en mora para aceptarla.

La revocación produce efecto desde el momento en que el tercero beneficiario o el promitente ha tenido conocimiento de ella. Cuando es hecha por testamento, produce efecto en el momento del fallecimiento. Si no se ha establecido una nueva designación de beneficiario, la revocación beneficia, según el caso, al estipulante o a sus herederos. El tercero inicialmente designado se considera que no se ha beneficiado nunca de la estipulación hecha en su favor.

Artículo 1171.3. La aceptación puede emanar del beneficiario, o, después de su fallecimiento, de sus herederos, salvo estipulación en contrario. Puede ser expresa o tácita. Incluso puede intervenir después del fallecimiento del estipulante o del promitente.

Artículo 1171.4. El propio estipulante tiene fundamento para exigir del promitente la ejecución de su compromiso frente al beneficiario.

§ 5. Del efecto de los contratos interdependientes

Artículo 1172. Los contratos concomitantes o sucesivos cuya ejecución es necesaria para la realización de una operación de conjunto a la cual pertenecen son considerados como interdependientes en la medida determinada a continuación.

Artículo 1172.1. Las cláusulas que organizan las relaciones de las partes en uno de los contratos del conjunto sólo se aplican en las otras convenciones si han sido reproducidas en él y aceptadas por los otros contratantes.

Artículo 1172.2. Sin embargo, algunas cláusulas que figuran en uno de los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las otras convenciones, con tal que estos hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de su compromiso y no hayan formulado reservas.

Así acontece en las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, en las cláusulas compromisorias y en las cláusulas de atribución de competencia.

Artículo 1172.3. Cuando uno de los contratos interdependientes es afectado por nulidad, las partes de los otros contratos del mismo conjunto pueden prevalerse de su caducidad.

CAPÍTULO IV. DE LAS MODALIDADES DE LA OBLIGACIÓN

SECCIÓN 1. DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES (ARTS. 1173 A 1184.1)

§ 1. De la condición en general

Artículo 1173. La obligación es condicional cuando se hace depender de un suceso futuro e incierto.

El suceso al que se suspende el nacimiento de la obligación es una condición suspensiva; aquel del que depende su desaparición es, según el caso, una condición resolutoria o extintiva.

Nota: El establecimiento de la condición suspensiva y de la condición resolutoria (retroactiva) se enriquece (V. Carbonnier) si se le añade una tercera clase, la condición extintiva (no retroactiva).

Artículo 1174. Toda condición de una cosa imposible o ilícita es nula y hace nula la convención que depende de ella.

Nota: Ilícita: término genérico preferible a la enumeración actual.

Sin embargo, la convención puede ser mantenida y la condición considerada no escrita cuando en realidad esta no ha sido para las partes un motivo determinante para contratar.

Nota: La excepción abre, a posteriori, una apreciación judicial (lo que corresponde a la práctica).

De la misma manera, la condición de no hacer una cosa imposible no motiva que sea nula la obligación contratada con esta condición.

Nota: Agrupación en el mismo artículo del principio (p. 1) y de las dos excepciones que sufre (pp. 2 y 3).

Artículo 1175. Es nula toda obligación contratada con una condición cuya realización depende de la sola voluntad del deudor; pero esta nulidad no puede ser perseguida cuando la obligación ha sido ejecutada voluntariamente.

Nota: Contracción en un solo artículo de lo que se refiere a la condición más adelante denominada potestativa.

Artículo 1176. Las partes tienen un deber de lealtad en el cumplimiento de la condición.

Nota: En el artículo 1177.1 propuesto, el verbo cooperar se acomoda mal a la condición causal (que existe incluso si no es denominada). El deber de lealtad parece referirse tanto al incumplimiento como al cumplimiento de la condición: de aquí el término genérico «sucesos» que los reúne.

Artículo 1177. La condición se considera cumplida si aquel que tenía interés en su incumplimiento ha impedido el cumplimiento.

Se considera incumplida si el cumplimiento ha sido provocado por la parte que tenía interés en ello.

Nota: Fuente eventual de litigio, las palabras «en detrimento de la otra parte» no parecen útiles.

Artículo 1178. La parte en cuyo interés exclusivo la condición ha sido estipulada es libre de renunciar unilateralmente a ella, mientras que la condición no sea cumplida. Hasta este momento, las partes pueden igualmente, de común acuerdo, renunciar a la condición estipulada en interés de cada una.

Toda renuncia hace la obligación pura y simple.

Nota: Reunión en un solo artículo de todo lo que se refiere a la renuncia, lo que permite la puesta como denominador común de la propuesta final (último párrafo).

En este artículo, un giro parece más lógico. Lo que merece ser puesto de relieve es la renuncia unilateral particular a un caso. La renuncia convencional que es general constituye una evidencia.

No parece oportuno (ni incluso sano) contemplar las eventuales renunciaciones posteriores a la llegada de la condición. Se sale además del ámbito de la obligación condicional y la propuesta del artículo 1178.1 es extraña.

Artículo 1179. El acreedor puede, antes de que la condición sea cumplida, ejercer todos los actos conservativos de su derecho y actuar contra los actos del deudor cumplidos en fraude de sus derechos.

Nota: Esta disposición aparece mejor, parece, después del artículo 1178 y antes del que regula la transmisión y la cesión de la obligación.

Artículo 1180. Las obligaciones condicionales son transmisibles por causa de muerte salvo si la voluntad de las partes o la naturaleza de la obligación constituye un obstáculo para ello; con esta misma restricción, los créditos condicionales son cedibles entre vivos.

Nota: La fórmula del artículo 1179 propuesto no es afortunada y es incompleta. Condicionales, las obligaciones no son menos activamente y pasivamente elementos del patrimonio. Pero si la transmisibilidad se refiere a las deudas tanto como a los créditos, la cesibilidad es propia de los créditos. La excepción es común a los dos casos.

§ 2. De la condición suspensiva

Artículo 1181. La obligación contratada con una condición suspensiva es la que depende o de un suceso futuro e incierto o de un acontecimiento actualmente llegado, pero aún desconocido para las partes.

(Reproducción del artículo 1181, p. 1 Código civil).

La obligación no puede ser ejecutada antes del suceso o el conocimiento que de él han tenido las partes.

Nota: Es el segundo párrafo del artículo 1181.

Artículo 1182. En caso de incumplimiento de la condición la obligación caduca; se considera que no ha existido nunca.

En caso de cumplimiento de la condición la obligación se considera que existe desde el día en que el compromiso ha sido contratado.

Sin embargo, la retroactividad no pone en cuestión ni los actos de administración ni los actos de goce cumplidos en el período intermedio.

Nota: El paralelismo del incumplimiento y del cumplimiento en el mismo artículo parece bastante esclarecedor, y la atenuación de la retroactividad es un común denominador (esto no es tal vez muy útil, pero no es gravoso).

Artículo 1182.1. Cuando la obligación ha sido contratada con una condición suspensiva, la cosa que constituye la materia de la convención permanece a riesgo del deudor que sólo está obligado a entregarla en el caso de cumplimiento de la condición.

(Obs: Art. 1182, p. 1 no cambiado Código civil).

Si la cosa ha perecido enteramente, la obligación se extingue.

Si la cosa se deteriora, el acreedor puede elegir entre resolver el contrato o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, sin disminución del precio.

El todo con reserva de los daños y perjuicios que podrían ser debidos al acreedor según las normas de la responsabilidad civil cuando la pérdida o el deterioro de la cosa son imputables a la culpa del deudor.

§ 3. De la condición resolutoria

Artículo 1183. La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación mientras que el suceso previsto no llegue; opera la revocación cuando el suceso llega.

Nota: ¿No es mejor comenzar por lo que distingue la condición resolutoria de la condición suspensiva? El resto del § 3 es destinado así a la resolución.

Artículo 1184. En este último caso la resolución opera retroactivamente; pone las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiese existido y obliga al acreedor a restituir lo que ha recibido, según las normas establecidas por los artículos 1161 a 1164.7.

Nota: No es necesario, parece, reservar una estipulación contraria. Hay que tener en cuenta que la condición extintiva que sigue no es más que una condición resolutoria no retroactiva a disposición de las partes.

Sin embargo, el acreedor está dispensado de restituir los frutos que ha percibido antes del suceso y los actos de administración que ha cumplido durante el mismo período son mantenidos.

§ 4. De la condición extintiva

Nota: Hay paralelismo con el término extintivo.

Artículo 1184.1. La condición extintiva es la que hace depender la extinción de la obligación de un suceso futuro e incierto. La condición extintiva sólo opera para el futuro.

SECCIÓN 2. DE LAS OBLIGACIONES A TÉRMINO (ARTS. 1185 A 1188)

§ 1. Del término en general

Artículo 1185. El término es un suceso futuro e incierto que afecta a una obligación nacida sea retrasando su ejecución sea poniéndola fin.

Puede ser expreso o tácito, así cuando resulta implícitamente del tenor del compromiso.

El término puede ser una fecha determinada o su vencimiento ser desconocido aunque sea seguro que llegará.

Artículo 1186. Cuando las partes indican solamente un plazo constituido por un número de días, de meses o de años, el cálculo se opera a contar del día del contrato salvo disposiciones legales o convencionales diferentes. Sin embargo, el día a partir del cual se comienza a contar no entra en el plazo.

Artículo 1186.1. Si las partes han convenido diferir la determinación del término o dejar a una de ellas el cuidado de proceder a ello, y que el término no sea determinado a la expiración de un plazo razonable, el juez podrá fijarlo según las circunstancias.

§ 2. Del término suspensivo

Artículo 1187. Lo que sólo es debido a término no puede ser exigido antes del vencimiento del término; pero lo que ha sido pagado por adelantado puede ser repetido.

El acreedor a término puede ejercer todos los actos conservativos de su derecho y actuar contra los actos del deudor cumplidos en fraude de sus derechos.

(Cfr. art. 1180 Código civil y 1179 anteriores)

Artículo 1187.1. El término suspensivo se presume convenido en interés del deudor, a no ser que resulte de la convención o de las circunstancias que ha sido establecido a favor del acreedor o en interés común de las dos partes.

Aquel en cuyo interés exclusivo el término ha sido estipulado puede renunciar a él unilateralmente.

Artículo 1187.2. El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando no suministra las garantías prometidas al acreedor o que disminuya por su acción las que le ha dado.

Igualmente es privado del beneficio si deviene insolvente o si es declarado en liquidación judicial.

§ 3. Del término extintivo

Artículo 1188. El término extintivo pone fin al compromiso para el futuro. Hasta el vencimiento del término, la obligación produce el mismo efecto que si fuese pura y simple.

SECCIÓN 3. DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS (ARTS. 1189 A 1196)

§ 1. De las obligaciones alternativas

Artículo 1189. La obligación es alternativa cuando se refiere, a elección, a una de las dos prestaciones que comprende, de tal manera que el cumplimiento de una basta para liberar al deudor.

Si una de las prestaciones es imposible o ilícita desde el momento del compromiso, la obligación se concentra sobre la otra.

Artículo 1190. La elección corresponde al deudor si no se ha convenido de otra manera.

Cuando una parte no ejerce, en el plazo fijado o en un plazo razonable, la elección que le corresponde, ésta pasa, después de la mora, a la otra parte.

La elección es definitiva.

Artículo 1191. El deudor no puede ni elegir ni ser constreñido a ejecutar parte de una prestación y parte de otra.

(Obs: Extensión del artículo 1191 Código civil).

Artículo 1192. El deudor que tiene la elección debe, si una de las prestaciones es imposible, incluso por su culpa, ejecutar la otra.

Si, en el mismo caso, las dos prestaciones devienen imposibles de ejecutar y que lo sea, para una de ellas, por culpa del deudor, éste debe al acreedor el valor de la prestación que ha quedado la última.

(Obs: Versión nueva del artículo 1193 Código civil).

Artículo 1193. El acreedor que tiene la elección de la prestación debe, si una deviene imposible de ejecutar, aceptar la otra, a no ser que esta imposibilidad resulte de la culpa del deudor en cuyo caso el acreedor puede exigir a su elección la prestación que queda o el valor de la prestación devenida imposible.

Si en el mismo caso las dos prestaciones son imposibles de ejecutar y el deudor es culpable respecto de una de ellas, el acreedor puede exigir el valor de una u otra prestación.

(Obs: Versión nueva del artículo 1194 Código civil).

Artículo 1194. Cuando todas las prestaciones son imposibles de ejecutar sin culpa del deudor, la obligación se extingue.

(Obs: Extensión del artículo 1195 Código civil).

Artículo 1195. Los mismos principios se aplican cuando hay más de dos prestaciones comprendidas en la obligación alternativa.

(Obs: 1196 Código civil).

§ 2. De las obligaciones facultativas

Artículo 1196. La obligación es facultativa cuando teniendo por objeto una determinada prestación, el deudor tiene, sin embargo, la facultad, para liberarse, de aportar otra.

Variante: La obligación es facultativa cuando teniendo por objeto una determinada prestación, por ejemplo un bien en especie, el deudor puede, sin embargo, preferir, para liberarse, aportar otra, como una suma de dinero.

La obligación facultativa se extingue si la ejecución de la prestación principal es imposible sin culpa del deudor.

SECCIÓN 4. DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS (ARTS. 1197 A 1212)

§ 1. De la solidaridad de acreedores

Artículo 1197. La obligación es solidaria entre varios acreedores, cuando cada uno tiene derecho a solicitar el pago total del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor, aunque el beneficio de la obligación sea partible y divisible entre los diversos acreedores.

(Obs: Art. 1197 Código civil retocado).

Artículo 1197.1. La solidaridad no se presume; es preciso que sea expresamente establecida.

Artículo 1198. Es a elección del deudor pagar a uno u otro de los acreedores solidarios, en tanto que no haya sido demandado por uno de ellos.

Sin embargo, la condonación que se haga por uno de los acreedores solidarios sólo libera al deudor en la parte de este acreedor.

Parecidamente, la confusión o la compensación que se opera entre el deudor y uno de los acreedores sólo extingue la obligación en la parte de este acreedor.

(Obs: Art. 1198 Código civil retocado).

Artículo 1199. Todo acto que interrumpa o suspenda la prescripción respecto a uno de los acreedores solidarios beneficia a los otros acreedores.

§ 2. De la solidaridad de deudores

Artículo 1200. Existe solidaridad de deudores cuando están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser

compelido por la totalidad, y que el pago hecho por un solo libere a los otros frente al acreedor.

(Obs: Art. 1200 Código civil no cambiado).

Artículo 1201. La obligación puede ser solidaria aunque uno de los deudores esté obligado diferentemente del otro al pago de la misma cosa; por ejemplo, si uno sólo está obligado condicionalmente, mientras que el compromiso del otro es puro y simple, o si uno ha asumido un término que no se acordó con el otro.

(Obs: Art. 1201 Código civil).

Artículo 1202. La solidaridad no se presume; sólo puede resultar de la ley, de una convención o de los usos del comercio.

(Obs: El grupo Viney-Durry alinea la obligación in solidum sobre la solidaridad pasiva).

Artículo 1203. El acreedor de una obligación solidaria puede dirigirse contra el deudor que quiera escoger, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división.

(Obs: Es el artículo 1203 del Código civil ligeramente retocado).

Las demandas interpuestas contra uno de los deudores no impiden al acreedor ejercerlas parecidamente contra los otros.

(Obs: El nuevo artículo 1203 amalgamaría las disposiciones de los artículos 1203 y 1204 Código civil).

Artículo 1204. Si la cosa ha perecido por culpa de uno o de varios deudores, los otros permanecen obligados por el valor de la cosa; pero no están obligados por los daños y perjuicios, salvo si estaban en mora al tiempo de la pérdida

(Art. 1205 Código civil retocado).

Artículo 1205. Las demandas hechas contra uno de los deudores solidarios interrumpen o suspenden la prescripción frente a todos.

Los mismos efectos se vinculan a la puesta en mora.

(Art. 1206 Código civil retocado).

Artículo 1206. La demanda de intereses formada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto a todos.

(Art. 1207 Código civil no cambiado).

Artículo 1207. El codeudor solidario demandado por el acreedor puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le son personales, así como las que son comunes a todos los codeudores.

No puede oponer las excepciones que son puramente personales a los otros codeudores o a uno de ellos.

(Art. 1208 Código civil no cambiado).

Artículo 1208. Cuando uno de los deudores sucede al acreedor, o cuando el acreedor sucede a uno de los deudores, la confusión sólo extingue la obligación en la parte del deudor confundido.

(Art. 1209 Código civil retocado).

Artículo 1209. El acreedor que consiente la división de la deuda de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los otros, pero con la deducción de la parte del deudor que ha descargado de la solidaridad.

(Art. 1210 Código civil no cambiado).

Artículo 1210. La obligación solidaria se divide de pleno derecho entre los deudores, que sólo están obligados entre ellos cada uno en su parte.

El deudor que ha pagado la deuda común puede repetir contra cada uno de los otros en su parte.

(Arts. 1213 y 1214, p. 2 Código civil amalgamados y retocados).

Artículo 1211. Los codeudores son mutuamente garantes de su solvencia.

La parte del insolvente se reparte por contribución entre los otros, comprendido el que ha hecho el pago o que ha sido precedentemente descargado de la solidaridad por el acreedor.

(Arts. 1214 y 1215 Código civil retocados).

Artículo 1212. Si el negocio por el cual la deuda ha sido contraída solidariamente sólo concierne a uno de los codeudores, éste es el único obligado a la deuda frente a los otros, de tal manera que no hay ningún recurso contra ellos si la ha pagado y que estos, si la han pagado, pueden recuperarla contra él.

(Art. 1216 Código civil retocado).

SECCIÓN 5. DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES (ARTS. 1213 A 1217)

En un capítulo dedicado a las modalidades de la obligación, únicamente las obligaciones indivisibles y no las obligaciones divisibles son obligaciones modales, sea entre codeudores, sea sobre todo (es la prestación específica) respecto de los herederos (de aquí además la agrupación de los efectos en un artículo).

La divisibilidad de la obligación después del fallecimiento no es una modalidad de la obligación. El principio es la división de pleno derecho entre los herederos de las deudas y los créditos del difunto.

En cuanto a la norma enunciada (en forma además bastante sorprendente) en el párrafo 2 del artículo 1220 del Código civil, es a la vez el Derecho común y el sentido común. El deudor no puede compeler al acreedor a recibir un pago parcial. La norma se refiere al pago (cfr. infra art. 1224.1).

Artículo 1213. La obligación es indivisible cuando tiene por objeto una prestación cuya ejecución no es susceptible de división, sea material, sea intelectual.

(Art. 1217 Código civil no cambiado).

Artículo 1214. La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituye el objeto sea divisible por su naturaleza, si la relación en la que es considerada en la obligación no la hace susceptible de ejecución parcial.

(Art. 1218 Código civil no cambiado).

Artículo 1215. Cada uno de los deudores de una obligación indivisible está obligado por el todo.

Lo mismo sucede para cada uno de los herederos del que está obligado a una semejante obligación.

(Art. 1222 y 1223 Código civil retocados).

Artículo 1216. El heredero del deudor emplazado por la totalidad de la obligación, puede solicitar un plazo para dar traslado a sus coherederos, a no ser que la deuda sea de tal naturaleza de sólo pueda ser pagada por él, el cual puede entonces ser condenado solo, salvo su recurso de indemnización contra sus coherederos.

(Art. 1225 Código civil no cambiado).

Artículo 1217. Cada heredero del acreedor puede exigir la totalidad de la ejecución de la obligación indivisible.

No puede hacer sólo la condonación de la totalidad de la deuda; puede recibir solo el precio en lugar de la cosa. Si uno de los herederos ha condonado sólo la deuda o recibido el precio de la cosa, su coheredero sólo puede demandar la cosa indivisible teniendo en cuenta la porción del coheredero que ha hecho la condonación o que ha recibido el precio.

(Art. 1224 Código civil no cambiado).

CAPÍTULO V. DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1218. Las obligaciones se extinguen:

- por el pago,
- por la condonación,
- por la compensación,
- por la confusión,
- por la novación y la prescripción que son objeto de disposiciones particulares.

SECCIÓN 1. DEL PAGO (ARTS. 1219 A 1136)

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 1219. El pago es la ejecución de la prestación debida.

Artículo 1220. Todo pago supone una deuda: lo que ha sido pagado sin ser debido, está sujeto a repetición.

La repetición no es admitida respecto de las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas.

Artículo 1221. Una obligación puede ser satisfecha por cualquier persona que esté interesada en ella, tal como un coobligado o un fiador, y por los que actúan en nombre del deudor.

La obligación puede ser satisfecha incluso por un tercero que no tiene un interés personal (1), salvo el derecho del acreedor de rechazar el pago, si existe un interés legítimo (2). Fuera de este caso, el tercero puede solicitar su reembolso sobre el fundamento de la subrogación convencional o en virtud de un recurso personal.

Artículo 1221.1. Para pagar válidamente, es preciso ser capaz o estar regularmente representado.

Sin embargo, el pago de una suma de dinero no puede ser repetido contra el acreedor que la ha consumido de buena fe.

Artículo 1221.2. El pago debe ser hecho al acreedor o a su representante.

El pago no conforme a la obligación es, sin embargo, válido si el acreedor lo ratifica o si se beneficia de él.

Artículo 1122. El pago hecho de buena fe a un acreedor aparente es válido.

En caso de pago electrónico, el acreedor garantiza al deudor la seguridad del modo de pago propuesto.

Artículo 1123. El acreedor no puede ser constreñido a recibir otra cosa que la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o incluso más grande.

Sin embargo, las partes pueden acordar que el pago se haga por la dación de una prestación diferente.

Artículo 1124. El deudor no puede forzar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda.

Nota: Es el artículo 1244 actual Código civil.

Incluso si es susceptible de división, la deuda debe ser ejecutada siempre entre el acreedor y el deudor como si fuese indivisible.

Nota: Es el nuevo empleo del actual artículo 1220 Código civil (1.ª frase) que refuerza la idea.

Artículo 1124.1. Salvo si es indivisible, la deuda se divide de pleno derecho entre los herederos del acreedor y del deudor. Éstos sólo pueden demandar la deuda o están obligados a pagarla por las partes a que están comprometidos o a las que están obligados como representantes del acreedor o del deudor.

Nota: La primera frase es el enunciado del principio de divisibilidad. La segunda, obtenida del artículo 1220 Código civil actual, es el desarrollo del mismo.

Artículo 1225. El deudor de una obligación monetaria está obligado por la suma numérica enunciada en el contrato, a no ser que se trate de una deuda de valor.

Artículo 1125.1. El montante de la suma debida puede variar igualmente en virtud de una cláusula de actualización.

Ésta obedece a las disposiciones del código monetario y financiero.

Artículo 1125.2. El montante de la obligación de suma de dinero puede incluso ser fijado de manera diferente que en unidades monetarias de curso, desde el momento en que la liquidación se hace en el día del pago, todo conforme a las normas especialmente previstas por la ley.

Artículo 1125.3. Si la obligación es productora de intereses, legales o convencionales, éstos pueden por si mismos producir intereses, o por una demanda judicial, o por una convención espe-

cial, con tal que, sea en la demanda, sea en la convención, se trate de intereses debidos al menos para un año entero.

(Cfr. art. 1154 Código civil no cambiado).

Artículo 1125.4. Sin embargo, las rentas vencidas como arriendos, alquileres, atrasos de rentas perpetuas o vitalicias, producen intereses desde el día de la demanda o de la convención.

La misma norma se aplica a las restituciones de frutos y a los intereses pagados por un tercero al acreedor en descargo del deudor.

(Cfr. art. 1155 Código civil no cambiado).

Artículo 1126. El pago en Francia de una obligación de suma de dinero se hace en la moneda de curso. Sin embargo, si la obligación procede de un contrato internacional o de una sentencia, es posible prever que la ejecución se hará en Francia en unidades monetarias extranjeras.

Artículo 1126.1. El pago debe ser ejecutado en el lugar designado por la convención. Si el lugar no es designado en ella, el pago, cuando se trate de un cuerpo cierto y determinado, debe ser hecho en el lugar donde estaba, al tiempo de la obligación, la cosa que constituye el objeto.

Los alimentos establecidos judicialmente deben ser pagados, salvo decisión contraria del juez, en el domicilio o en la residencia del que debe recibirlos.

Fuera de estos casos, el pago debe ser hecho en el domicilio o en la residencia del deudor.

Artículo 1126.2. El pago debe ser hecho tan pronto como sea exigible.

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación del deudor y en consideración a las necesidades del acreedor, el juez puede, en el límite de dos años, prorrogar o escalonar el pago de las sumas debidas.

Por decisión especial y motivada, el juez puede prescribir que las sumas que correspondan a las cantidades vencidas produzcan interés al tipo reducido que no puede ser inferior al tipo legal o que los pagos se imputen en primer lugar al capital.

Además, puede subordinar estas medidas al cumplimiento, por el deudor, de actos propios para facilitar o garantizar el pago de la deuda.

Las disposiciones del presente artículo no se aplican a las deudas de alimentos.

Artículo 1126.3. La decisión del juez, tomada en aplicación del artículo 1226.1, suspende los procedimientos de ejecución que hayan sido interpuestos por el acreedor. Los aumentos de intereses

o las penalidades surgidos en virtud del retraso cesan de ser debidos durante el plazo fijado por el juez.

Artículo 1126.4. Toda estipulación contraria a las disposiciones de los artículos 1226.1 y 1226.2 es considerada no escrita.

Artículo 1127. El deudor de un cuerpo cierto y determinado se libera por la entrega de la cosa en el estado en que se encuentre en el momento de la entrega, con tal que los deterioros que han acaecido en ella no procedan de su acción o de su culpa, ni de la de las personas de las que es responsable, o que antes de estos deterioros no esté en mora.

(Art. 1245 Código civil no cambiado).

Artículo 1127.1. Si la deuda es una cosa que es determinada por su especie, el deudor no estará obligado, para ser liberado, a darla de la mejor especie; pero no podrá ofrecerla de la peor.

(Art. 1246 Código civil no cambiado).

Artículo 1127.2. Los gastos del pago son a cargo del deudor.

§ 2. De la imputación de pagos

Artículo 1228. El deudor de una deuda que genera interés o produce réditos, no puede, sin el consentimiento del acreedor, imputar el pago que hace sobre el capital con preferencia a los réditos o intereses: el pago hecho sobre el capital e intereses, pero que no es integral, se imputa en primer lugar sobre los intereses.

Artículo 1228.1. El deudor de varias deudas tiene derecho a declarar, cuando paga, qué deuda se entiende pagada.

Artículo 1228.2. A falta de imputación por el deudor, las partes pueden imputar convencionalmente el pago sobre una deuda. Si la imputación se refiere a un recibo entregado por el acreedor, su recepción por el deudor puede hacer presumir su aceptación.

Artículo 1229. Si falta la imputación en las condiciones precedentes, el pago debe ser imputado según las disposiciones siguientes:

1.º en el caso en que el deudor está obligado por deudas vencidas y no vencidas, la imputación se hace prioritariamente sobre las primeras;

2.º si varias deudas han vencido, la imputación se hace prioritariamente sobre la deuda que el deudor tenía más interés en pagar;

3.º si estas deudas vencidas son de la misma naturaleza, la imputación se hace sobre la más antigua; si son contemporáneas, se hace proporcionalmente;

4.º si la imputación se hace solamente sobre las deudas no vencidas, las normas 2.ª y 3.ª deben ser seguidas.

Artículo 1230. En caso de pluralidad de deudas, la imputación sobre una cualquiera de ella sigue la norma del artículo 1228, si es necesaria.

§ 3. De la prueba del pago

Artículo 1231. El pago se prueba por todos los medios.

Artículo 1232. La entrega voluntaria por el acreedor al deudor del título original en documento privado o de la copia ejecutoria, hace presumir la condonación o el pago, salvo prueba en contrario.

La entrega a uno de los deudores solidarios del título original en documento privado o de la copia ejecutoria produce el mismo efecto en beneficio de los codeudores.

Artículo 1232.1. La entrega de la cosa dada en prenda no basta para hacer presumir la condonación.

Nota: Estas disposiciones corresponden a los actuales artículos 1282, 1283, 1284 y 1286, figurando en la sección destinada a la condonación. Así pues, estas disposiciones parecen recalcar la liberación del deudor; que hacen presumir. De aquí la vinculación al pago y a su prueba.

§ 4. De la consignación con ofrecimiento de pago y mora

Nota: El título (largo) marca el enlace de la consignación, del ofrecimiento de pago y de la mora.

Artículo 1233. Cuando en el vencimiento el acreedor rehúsa recibir su pago, el deudor puede consignar la cosa debida en poder de una persona habilitada para recibirla.

La consignación equivale al pago (1), si las condiciones de éste son reunidas (2). La liberación se opera como se indica a continuación.

Notas:

(1) *La norma de Derecho civil que gobierna el conjunto aparece en la cabecera.*

(2) *Este reenvío global evita recoger las condiciones 1.º a 5.º del artículo 1258 del Código civil actual.*

Artículo 1234. El deudor debe notificar la consignación al acreedor haciéndole un ofrecimiento de pago conforme a las modalidades convenidas.

Artículo 1234.1. Cuando la cosa consignada es una suma de dinero el deudor se libera, capital e intereses, si, a la expiración de un plazo de dos meses a contar de la notificación a la persona del acreedor, éste no ha contestado al ofrecimiento de pago.

Artículo 1234.2. Si la notificación no ha sido hecha a la persona del acreedor, el deudor puede, en virtud de apelación, demandar al juez de la ejecución que declare liberatorio su ofrecimiento de pago, con reserva del derecho, para el acreedor, de demandar la retractación.

Artículo 1235. Cuando la cosa consignada es un bien diverso de una suma de dinero, el ofrecimiento de pago pone en mora al acreedor de tener, en el plazo de dos meses a contar de la notificación, sea retirar la cosa consignada, sea contestar al ofrecimiento.

Nota: *La distinción de las modalidades de la notificación no es recogida, pero la consecuencia es menos grave (existe una consecuencia).*

Artículo 1235.1. Si el acreedor no ha adoptado en el plazo una u otra iniciativa, el deudor puede, en virtud de autorización del juez de la ejecución, apercibido o llamado el acreedor, hacer vender en subastas públicas la cosa consignada, siendo depositado el precio de ésta en la cuenta del acreedor, con deducción de los gastos de la venta.

Hasta este momento, el acreedor soporta los riesgos de la cosa consignada.

Artículo 1236. La notificación del ofrecimiento no interrumpe la prescripción.

Después de la expiración del plazo de prescripción, el deudor puede demandar la restitución de la cosa depositada.

Después de esta fecha, la demanda de retractación de la decisión que declara al deudor liberado cesa de ser admisible.

Nota: *El ofrecimiento de pago constituye formalmente un reconocimiento de la deuda. Sin embargo, el deudor es constreñido a recurrir al procedimiento de pago forzoso porque el acreedor no ha querido recibir el pago. En estas condiciones, no me parece chocante decir que la prescripción en curso no se interrumpe.*

SECCIÓN 2. LA CONDONACIÓN (ARTS. 1237 A 1239.1)

Artículo 1237. La condonación es la convención por la que el acreedor libera al deudor de su obligación con el acuerdo, expreso o tácito, de éste.

Artículo 1238. La condonación convenida con uno de los codeudores solidarios libera a los otros, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra estos últimos.

En este último caso, sólo puede actuar ya en pago de la deuda haciendo deducción de la parte del que ha hecho la condonación.

Artículo 1239. La condonación acordada al deudor principal libera a los fiadores; la acordada al fiador no libera al deudor principal.

Artículo 1239.1. La exoneración acordada de uno de los fiadores no libera a los otros.

Si los fiadores son solidarios, los otros sólo quedan obligados haciendo deducción de la parte del cofiador liberado.

Lo que el acreedor ha recibido de un fiador por exonerarle de su fianza debe ser imputado sobre la deuda y aplicarse a la exoneración del deudor principal y de los otros fiadores.

SECCIÓN 3. DE LA COMPENSACIÓN (ARTS. 1240 A 1247)

Artículo 1240. Cuando dos personas son deudoras la una frente a la otra, las dos deudas se extinguen por compensación hasta la concurrencia de la más débil, según las normas que aparecen a continuación.

§ 1. De la compensación en general

Artículo 1241. La compensación puede ser legal, judicial o convencional.

Artículo 1241.1. La compensación legal tiene lugar entre dos deudas recíprocas y fungibles, igualmente líquidas y exigibles.

Nota: Las cuatro condiciones de base son agrupadas. El término fungible es aquí apropiado; «fungibles o del mismo género», la precisión de paso tiene interés y «género» es mejor «que especie».

Son fungibles las deudas que tienen por objeto una suma de dinero o una cierta cantidad de cosas del mismo género.

Las deudas que tienen por objeto cosas genéricas y cuyo precio es regulado por un mercado organizado pueden compensarse con sumas líquidas y exigibles.

Artículo 1241.2. El término de gracia no constituye obstáculo para la compensación.

Artículo 1242. Todas las deudas son compensables cualquiera que sean las causas de una y otra con excepción de las que tienen por causa alimentos u otro crédito inembargable.

Nota: «*Compensable*» marca mejor que se trata aquí de la naturaleza de la deuda.

Artículo 1243. El medio de la compensación legal debe ser invocado por el deudor requerido.

En este caso, las deudas se encuentran extinguidas en la concurrencia de sus cuotas respectivas en el instante en que han coexistido con las calidades requeridas.

Artículo 1243.1. El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador.

El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor.

Artículo 1244. En el momento de la cesión de uno de los créditos compensables a un tercero, el deudor cedido puede oponer la compensación al cesionario a menos que no haya renunciado expresamente por un acto escrito.

(Obs: Concordancia con el artículo 1257).

Artículo 1244.1. La compensación no puede operar entre dos créditos si uno es indisponible por el hecho de que es embargado antes de que el crédito recíproco sea líquido y exigible.

Artículo 1245. Cuando existen varias deudas compensables debidas por la misma persona, se siguen, para la compensación, las normas establecidas para la imputación por el artículo 1228.1.

Artículo 1245.1. El que ha pagado una deuda compensable, no puede ya, ejerciendo el crédito del cual no ha opuesto la compensación, valerse, en perjuicio de terceros, de los privilegios o hipotecas que estaban unidos a él, a no ser que haya existido una justa causa para ignorar el crédito que debía compensar su deuda.

Artículo 1246. La compensación puede ser opuesta judicialmente por la parte cuyo crédito no es todavía líquido y exigible, a condición, en este último caso, de que el juez pueda pronunciar la pérdida del término. La compensación produce sus efectos en la fecha de la introducción de la demanda reconvenicional.

Artículo 1246.1. La compensación judicial sigue además las normas de la compensación legal.

Artículo 1247. Las partes pueden convenir la extinción de sus deudas recíprocas. Esta compensación sólo opera en la fecha de su acuerdo.

§ 2. De la compensación de las deudas conexas

Artículo 1248. Cuando dos deudas son conexas, el juez puede rechazar la demanda de compensación por el motivo de que una de ellas no reúna las condiciones de liquidez y exigibilidad.

Artículo 1248.1. La transmisión o el embargo de uno de los créditos conexos no constituye tampoco obstáculo para la compensación.

SECCIÓN 4. DE LA CONFUSIÓN (ARTS. 1249 Y 1250)

Artículo 1249. Cuando las cualidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, se produce una confusión automática que extingue definitivamente la obligación.

Artículo 1250. La confusión que se opera en la persona del deudor principal beneficia a sus fiadores.

La que se opera en la persona del fiador no determina la extinción de la obligación principal.

La que se opera en la persona de un codeudor solidario sólo beneficia a los otros en la parte de la que era deudor.

CAPÍTULO VI. DE LAS OPERACIONES SOBRE CRÉDITOS

SECCIÓN 1. DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS (ARTS. 1251 A 1257.1)

Artículo 1251. La cesión de créditos es una convención por la que el acreedor cedente transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario por venta, donación u otro título particular.

Artículo 1252. Pueden ser cedidos los créditos nacidos o por nacer. En caso de cesión de un crédito futuro, el acto debe comportar los elementos que permitan, llegado el momento, la identificación del crédito cedido.

Artículo 1253. Con sanción de nulidad, la cesión de créditos debe ser constatada por escrito, sin perjuicio de los casos en que la forma auténtica es exigida.

Artículo 1254. Entre las partes, salvo convención en contrario, el establecimiento del acto basta, por si mismo, para operar la transmisión del crédito.

Desde este momento, la transferencia del crédito es considerada cumplida respecto de los terceros y les es oponible sin formalidad. En caso de contestación, de parte de éstos, sobre la fecha de la cesión, la prueba de su exactitud incumbe al cesionario que puede llevarla a cabo por todos los medios.

(Cfr. art. 1689 Código civil).

Nota G. C: *La norma es la misma «inter partes y erga omnes»: la puesta como denominador común subraya el alineamiento, innovación notable del texto.*

Artículo 1254.1. Sin embargo, la transferencia de un crédito futuro tiene lugar en el día de su nacimiento, tanto entre las partes como frente a terceros.

Artículo 1254.2. La cesión de créditos sólo es oponible al deudor por la notificación que le es hecha, en papel o en forma electrónica, por el cedente o por el cesionario.

Artículo 1254.3. El conflicto entre cesionarios sucesivos de un mismo crédito se resuelve a favor del primero en la fecha. La prueba de la fecha se lleva a cabo por todos los medios.

Artículo 1255. Salvo cláusula contraria, la cesión de un crédito comprende los accesorios de éste, tales como la fianza, el privilegio y la hipoteca, de los cuales el cesionario puede valerse sin otra formalidad.

(Obs: El artículo 1692 del Código civil parece suficiente).

Artículo 1256. El que cede un crédito debe garantizar su existencia al tiempo de la transferencia, aunque sea hecha sin garantía.

Responde de la solvencia del deudor cuando se obliga a ello, y hasta la concurrencia solamente del precio que ha podido obtener de la cesión de su crédito.

Cuando ha prometido la garantía de la solvencia del deudor, esta promesa sólo se entiende de la solvencia actual; sin embargo, puede extenderse al tiempo futuro, pero con la condición de que el cedente lo haya especificado expresamente.

(Obs: Cfr. arts. 1693, 1694 y 1695 Código civil).

Artículo 1257. Cuando acepta la cesión por un acto escrito, el deudor cedido puede renunciar expresamente a oponer al cesionario todas o parte de las excepciones que habría podido oponer al cedente.

A falta de una semejante aceptación, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones inherentes a la deuda, comprendida la intransmisibilidad de la obligación, así como las cláusulas sobre solución de las controversias.

Puede valerse frente al cesionario de la compensación de las deudas conexas en sus relaciones con el cedente.

Puede igualmente oponer al cesionario la extinción del crédito por cualquier causa anterior a la fecha en la cual la cesión de éste le ha sido hecha oponible.

Artículo 1257.1. Un crédito puede ser cedido en propiedad sin estipulación de precio a título de garantía. Vuelve al cedente cuando han sido satisfechos los derechos del cesionario o cuando la obligación garantizada se extingue por otra causa.

SECCIÓN 2. DE LA SUBROGACIÓN PERSONAL (ARTS. 1258 A 1264.2)

Artículo 1258. La subrogación en los derechos del acreedor en beneficio de la tercera persona que paga se opera, en virtud de la ley o de la convención, por sustitución del acreedor subrogado en el crédito primitivo.

Nota G. C: La definición propuesta por el artículo 1258 del proyecto parece demasiado doctrinal y demasiado abstracta. Se concibe que quiera mostrar, como se admite hoy en día, que la subrogación oculta una cesión de créditos. Pero no pone suficientemente de relieve que la subrogación permanece, en la base, como una modalidad del pago (faceta tradicional ya eclipsada por el desplazamiento del texto que ha sido alejado del pago). Sobre todo, no aparece de inmediato, concretamente, que, legal o convencionalmente, la subrogación es siempre un mecanismo que se produce en beneficio del que paga. Este pago inicial desencadenante de una ventaja a favor del solvens que hace el anticipo de los fondos es un punto común central. Es la llave del mecanismo subrogatorio. Es bueno que aparezca desde el principio en la definición inicial. Ella está en buen lugar en el actual artículo 1243 del Código civil. Constituye todo el clima de la subrogación. Este cañamazo corre en todas las aplicaciones: el «beneficio» a quien suministra los fondos. Por lo demás, la transmisión del crédito (que es un efecto común) es adecuadamente destacada en el artículo 1262 del proyecto (habría pues una repetición al mantener el artículo 1258 del proyecto). En cambio, no es sin duda inútil, en el artículo de cabecera, mostrar que la subrogación personal, término de alta densidad jurídica, consume la sustitución de un acreedor por otro en la relación contractual (término corriente inmediatamente inteligible).

N:B: Una preferencia para hablar del «acreedor subrogado», antes que del «subrogado» por oposición al «acreedor primitivo».

Artículo 1259. La subrogación tiene lugar de pleno derecho:

- 1) en beneficio del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla;
- 2) en beneficio del heredero beneficiario que ha pagado con sus fondos las deudas de la sucesión;
- 3) en beneficio del que, siendo el mismo acreedor, paga a otro acreedor que es preferente;
- 4) en beneficio del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición para el pago de los acreedores, para los que este inmueble estaba hipotecado.

La subrogación tiene lugar igualmente en los casos previstos por las leyes especiales.

Nota: Propuestas para una presentación más lógica:

- a) la subrogación legal antes que la subrogación convencional;*
- b) el derecho común (art. 1259 Código civil) antes que las leyes especiales;*
- c) en la enumeración del artículo 1259, el 3.º actual es promovido al primer rango; es el caso ordinario más puro y, en la práctica, más importante.*

Artículo 1260. La subrogación convencional se opera a iniciativa del acreedor cuando éste, recibiendo su pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos contra el deudor.

Esta subrogación debe ser expresa.

Debe ser consentida al mismo tiempo que el pago, a no ser que, en un acto anterior, el subrogante haya manifestado la voluntad de que su cocontratante sea subrogado en el momento del pago. La concomitancia de la subrogación y del pago puede ser probada por todos los medios.

Nota: La redacción aquí propuesta sigue muy próxima al artículo 1250 1.º Código civil actual. Marca la iniciativa del acreedor desinteresado por el tercero solvens.

Artículo 1261. En las mismas condiciones, la subrogación convencional tiene lugar a iniciativa del deudor cuando éste, presutando una suma a efectos de pagar su deuda, subroga al prestamista en los derechos del acreedor con el concurso de éste. En este caso, el recibo dado por el acreedor debe indicar el origen de los fondos.

La subrogación puede ser incluso consentida por el deudor sin el concurso del acreedor, pero a condición de que la deuda esté vencida o que el término sea a favor del deudor. Con la sanción de nulidad de la subrogación, el préstamo y el recibo son constatados por un acto que tenga fecha cierta; debe ser declarado en el acto del préstamo que la suma ha sido prestada para hacer el pago, y en el recibo que el pago ha sido hecho con dineros suministrados a este efecto por el nuevo acreedor.

Nota: «Incluso» tiene su valor, desde el momento en que el párrafo que precede se relaciona bien con la subrogación a iniciativa del deudor.

Artículo 1262. La subrogación transmite a su beneficiario, en el límite de lo que ha pagado, el crédito y sus accesorios, comprendiendo las seguridades que la garantizan. El acreedor subrogado dispone de todos los derechos y acciones vinculados al crédito que pertenece al acreedor primitivo, con excepción de los derechos exclusivamente unidos a la persona de éste.

Artículo 1263. Sin embargo, la subrogación no puede perjudicar al acreedor cuando sólo ha sido pagado en parte: en este caso, puede ejercer sus derechos, por lo que le resta debido, con preferencia al que ha recibido un pago parcial, salvo convención en contrario.

Artículo 1264. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, la transmisión del crédito es oponible al deudor en el momento en que éste es informado.

Artículo 1264.1. El deudor puede oponer al acreedor subrogado todas las excepciones inherentes a la deuda, comprendiendo la intransmisibilidad de la obligación, así como las cláusulas de solución de las diferencias, y valiéndose frente a él de la compensación de las deudas conexas en sus relaciones con el acreedor primitivo.

Igualmente puede oponerle la extinción de la deuda por toda causa anterior a la subrogación o, en caso de subrogación consentida por el acreedor, en la fecha en la cual ha sido informado por éste.

Artículo 1264.2. La subrogación es oponible a los terceros desde el pago que la produce. Esta oponibilidad se extiende, sin otra formalidad, a la transferencia de seguridades que garanticen el crédito.

Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, o por el deudor con el concurso del acreedor, se requiere que el acto tenga fecha cierta. En caso de contestación, la prueba de la fecha incum-

be al acreedor subrogado, que puede llevarla a cabo por todos los medios.

SECCIÓN 3. DE LA NOVACIÓN (ARTS. 1265 A 1274)

Artículo 1265. La novación es una convención que tiene por objeto sustituir a una obligación que extingue por una obligación diferente que crea.

Nota: La novación es siempre una convención, incluso si no tiene lugar siempre entre el acreedor y el deudor de la obligación primitiva. Entre ésta y la obligación nueva, hay siempre una diferencia. Parece preferible que estos dos términos estén presentes en la definición inaugural, de la misma manera que los verbos «extinguir» y «crear».

Artículo 1266. La novación opera de tres maneras:

- 1) cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que es descargado por el acreedor;
- 2) cuando, por efecto de un nuevo compromiso, un nuevo acreedor sustituye al antiguo, frente al cual el deudor se encuentra descargado;
- 3) cuando el deudor contrae frente a su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua, la cual se extingue; en este caso, existe novación cualquiera que sea la diferencia establecida entre la antigua y la nueva obligación.

Nota: Tiene el mismo tenor que el actual artículo 1271 del Código civil, «la roca».

Artículo 1267. La novación sólo tiene lugar si la obligación antigua y la obligación nueva son una y otra válidas.

Nota: Esta disposición es una simple ampliación de la exigencia establecida por el actual artículo 1272 Código civil en cuanto a la capacidad para contratar. Hace inútil la aproximación indirecta del artículo 1275 (del proyecto). La novación no es asimilada a una convención; es ella misma una convención.

Artículo 1268. La novación no se presume; es preciso que la voluntad de operarla resulte claramente del acto.

Nota: Es el mismo texto del actual artículo 1273 Código civil, ¿hace falta entorpecerla insistiendo («sea ciertas y...»)? Después de esta norma probatoria, el enunciado del segundo párrafo, cues-

tión de fondo, no está en su lugar. ¿Es además necesaria, es oportuno aportar esta precisión? Se podría dudar de ello.

Artículo 1269. La novación por la sustitución de un nuevo deudor puede operarse sin el concurso del primer deudor.

Nota: El artículo 1277 reproduce la disposición del actual artículo 1274. Se remarca, haciendo camino, que el primer deudor no es parte en la novación, pero que ésta es siempre una convención.

Artículo 1270. La novación por la sustitución de un nuevo acreedor puede tener lugar si el deudor ha aceptado, por adelantado, que el nuevo acreedor sea designado por el primero.

En caso de contestación sobre la fecha de la novación, la prueba incumbe al nuevo acreedor, que puede suministrarla por todos los medios.

Artículo 1271. La extinción de la antigua obligación se extiende a todos sus accesorios, comprendiendo las seguridades que la garantizan, a no ser que estas últimas no hayan sido o no sean expresamente reservadas por el consentimiento de todos los interesados.

Nota: Nueva, esta disposición general es bienvenida. El principio que enuncia justifica que las disposiciones que siguen aparezcan como aplicaciones.

Artículo 1272. La novación hecha entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios libera a los otros.

Nota: Tiene dos matices, es el texto del actual artículo 1281, p. 1.

Artículo 1273. En este caso, las seguridades reales que garantizan al antiguo crédito sólo pueden ser reservadas sobre los bienes del que contrae la nueva deuda, salvo convención en contrario con tal codeudor.

Nota: El párrafo segundo reproduce casi exactamente al artículo 1280 Código civil actual.

Artículo 1274. La novación hecha entre el acreedor y el fiador no libera al deudor principal. No libera tampoco a los otros fiadores, salvo convención en contrario.

Nota: Esta disposición reproduce exactamente la «última jurisprudencia».

SECCIÓN 4. DE LA DELEGACIÓN (ARTS. 1275 A 1282)

Artículo 1275. Existe delegación cuando, por orden de una persona, el delegante, otra persona, el delegado, se obliga frente a una tercera persona, el delegatario, que la acepta como deudor.

Nota: *El fin esencial de la delegación, el compromiso del delegado frente al delegatario y la aceptación, por este último, de la delegación, deben figurar en la definición de cabecera.*

Artículo 1276. La delegación es válida incluso cuando el delegante no es deudor del delegatario o el delegado no es deudor del delegante.

Artículo 1277. La delegación tiene por objeto, según lo que las partes determinan, alguna de las operaciones siguientes.

Artículo 1278. Cuando el delegante es deudor del delegatario y éste le libera expresamente, la delegación produce un cambio de deudor.

Esta delegación confiere al delegatario un derecho directo e independiente contra el delegado, que no puede oponerle las excepciones de las que el delegante habría podido servirse.

Artículo 1279. Cuando el delegante es deudor del delegatario y éste no le libera expresamente, esta delegación simple da al delegatario un segundo deudor en calidad de deudor principal.

Cuando la delegación es realizada para dar al delegatario un segundo deudor, el pago por el delegado libera al delegante.

Artículo 1279.1. Si la obligación del delegado resulta de un compromiso expresamente estipulado independiente, éste no podrá oponer al delegatario las excepciones de las que habría podido servirse el delegante o que habría podido el mismo oponer al delegante, a no ser que se haya convenido de otra manera.

Artículo 1280. Cuando el delegado es deudor del delegante, corresponde a las partes decidir si se obliga a pagar al delegatario lo que debe al delegante o si suscribe con él un compromiso expresamente estipulado independiente.

La oponibilidad de excepciones se regula entonces como se ha dicho en el artículo precedente.

Artículo 1281. El compromiso del delegado frente al delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado que no puede ser ni cedido ni embargado.

Si una contestación se pone sobre la fecha de la delegación, la prueba incumbe al delegado que la puede aportar por todos los medios.

El pago hecho por el delegado al delegatario le libera frente al delegante.

El todo salvo convención diferente de las partes.

Artículo 1282. La simple indicación hecha, por el deudor, de una persona que debe pagar en su lugar no determina novación ni delegación.

Lo mismo acontece por la simple indicación hecha, por el acreedor, de una persona que debe recibir por él.

CAPÍTULO VII. DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

Nota G. C: La teoría general de las pruebas gobierna el conjunto del Derecho privado. Tendría su lugar natural en el Título preliminar del Código civil, solución actualmente fuera de alcance. El Título de las obligaciones merece acoger una buena parte de ella, en primer lugar en virtud de la generalidad inherente a la materia (en la cual se perfila el Derecho común del acto jurídico y del hecho jurídico) y también para no trastocar el trabajo de los prácticos, preocupación esencial. Además, muchas normas particulares de prueba son enunciadas en el Código con la materia concerniente (filiación, regímenes matrimoniales, posesión, etc.). Lo mejor, en esta situación, sería lo enemigo de lo bueno. Un espíritu pragmático domina toda la materia.

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 1283 A 1290)

Artículo 1283. El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla.

Recíprocamente, el que pretende liberarse debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Nota G. C: Es prudente no tocar este texto. La armonía entre el Código civil y el Código de procedimiento civil (art. 9) no daña.

Artículo 1284. La prueba de los actos y de los hechos de donde nacen las obligaciones puede ser hecha, según las distinciones que siguen, por escrito, por testigos, por presunciones, por confesión y por juramento.

Nota G. C: El texto anunciado abre el abanico de los modos de prueba e introduce la idea de que las normas probatorias no son las mismas para los actos y los hechos jurídicos, y que pueden además diferir de un modo a otro.

La referencia a los actos y hechos de donde nacen las obligaciones es un eco del artículo de cabecera del Título de las obligaciones (art. 1101).

La referencia a la prueba por escrito introduce al artículo que sigue, en el cual, mediando una simple inversión, puede aparecer la fórmula equivalente «prueba literal» (ocasión para conservar asentada la sinonimia).

Artículo 1285. La prueba por escrito o prueba literal resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras o de otros signos o símbolos dotados de una significación inteligible, cualquiera que sean su soporte y sus modalidades de transmisión.

Nota G. C: La definición de la prueba por escrito viene inmediatamente después de la enumeración de los modos de prueba. Esta definición es necesaria a causa del establecimiento del escrito en forma electrónica, el cual exige precisiones. La definición de los otros modos aparece en las disposiciones que les conciernen y son inseparables de ellas.

El desdoblamiento propuesto por los autores del proyecto es interesante, pero la ventaja de recoger con un matiz próximo (la inversión) el tenor del actual artículo 1316 es, de una parte, como se ha visto, afirmar la sinonimia entre prueba por escrito y prueba literal, de otra parte, establecer el vínculo con el artículo que precede.

Artículo 1285.1. El escrito en forma electrónica es admitido como prueba en el mismo título (y posee la misma fuerza probatoria) que el escrito en soporte de papel, con la reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de la que emana y que sea establecido y conservado en condiciones naturales para garantizar la integridad.

(Art. 1316.1 actual).

Artículo 1286. La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica al que la pone. Manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que emanan de este acto. Cuando es puesta por un oficial público, confiere autenticidad a este acto.

Cuando es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantiza su vínculo con el acto al que se vincula. La fiabilidad de este procedimiento se presume, hasta la prueba en contrario, cuando la firma electrónica es creada, la identidad del signatario asegurada y la integridad del acto garantizada, en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1316.4 actual).

Nota G. C: *El bloque de estos cuatro artículos tiene aquí su lugar: 1) para no separarlo de la definición básica que completa además; 2) si se admite que las normas que se refieren al escrito en forma electrónica no conciernen exclusivamente a la prueba de los actos jurídicos, sino que tienen un alcance general y así, si llega el caso, para la prueba de los hechos jurídicos.*

Artículo 1287. La prueba de los hechos es libre; puede ser aportada por todos los medios.

Fuera de los casos en que la ley lo determina, el valor de las pruebas es apreciado en conciencia por el juez.

En la duda, el juez se atenderá a la máxima verosimilitud.

Nota G. C: *El principio de la libertad de la prueba concierne tradicionalmente a los gastos jurídicos. Erigirlo en principio común a los actos y los hechos jurídicos no es compatible con la existencia (y el mantenimiento necesario) de las restricciones particulares a la prueba de los actos jurídicos.*

No parece necesario definir la prueba, noción elemental que cae por el sentido (común), cuando por el contrario todo enunciado teórico cae en la controversia (¿verdad del hecho o de la alegación?, uno de tantos debates posibles).

Una propuesta relativa a la lealtad de la prueba plantea también muchos problemas (reflexión para profundizar).

En cambio, la referencia a la íntima convicción (aquí denominada «conciencia» con llamada a la discusión), reservando las excepciones legales, podría ser oportuna, de igual manera que una disposición sobre la duda y la más fuerte verosimilitud (la norma del melius jus) vuela sobre la prueba en todos sus ámbitos (comp. la prueba de la propiedad).

Artículo 1288. La prueba de los actos jurídicos está sujeta a las normas particulares que se refieren a la forma de la prueba por escrito, a la exigencia de una prueba literal y a la admisibilidad de la prueba testimonial.

Nota G. C: *Estableciendo, en su principio, las restricciones que afectan a la prueba de los actos jurídicos (por oposición a la de los hechos jurídicos), esta disposición precisa los objetos y, por eso, anuncia los títulos de las secciones 1 y 2.*

Artículo 1288.1. Las presunciones, la confesión y el juramento obedecen a las normas generales.

Nota G. C: *Se trata de las normas de prueba comunes a los actos y los hechos jurídicos. Se podría buscar decirlo de otra*

manera. El interés es anunciar la sección 3 (o las tres últimas secciones) si se abre la sección.

Artículo 1289. Las convenciones relativas a la prueba son lícitas.

Sin embargo, no pueden ni descartar ni debilitar las presunciones establecidas por la ley y no pueden además modificar la fe que la ley vincula a la confesión o al juramento.

No pueden tampoco establecer en beneficio de una de las partes una presunción irrefutable vinculada a sus propias escrituras.

Nota G. C: Abriendo el campo a las convenciones relativas a la prueba, parece necesario marcar los límites. Es lo que propone el nuevo artículo 1316.3.

NB 1. Se habrá constatado que la disposición relativa a las tallas (art. 1333) no figura en esta versión del proyecto. No es ya usual.

Como sugieren los autores del proyecto, las disposiciones relativas a la confirmación merecen sin duda ser desplazadas (arts. 1338, 1339, 1340 actuales). De aquí, en conjunto, una ganancia de tres casillas de artículos.

Artículo 1290. La administración judicial de la prueba y las impugnaciones que se relacionen con ella son regidas por el Código de procedimiento civil.

SECCIÓN 2. DE LAS FORMAS DE LA PRUEBA POR ESCRITO DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ARTS. 1291 A 1305)

Nota G. C: El título actual «De la prueba literal» es demasiado general: algunas disposiciones relativas a la prueba literal figuran en la sección 2. Es demasiado vago: las exigencias de la ley aquí enunciadas se refieren precisamente y exclusivamente a la formas de la prueba por escrito (y no a la exigencia de una prueba literal. V. la sección 2.

La sección podría igualmente tener por título: «De las formas de la prueba literal de los actos jurídicos» (ver).

Artículo 1291. La prueba por escrito de un acto jurídico puede ser preconstituida en forma auténtica o en documento privado.

Artículo 1291.1. El acto sea auténtico, sea en documento privado, da fe entre las partes, incluso de lo que sólo es expresado en él en términos enunciativos, con tal que la enunciación tenga una relación directa con la disposición. Las enunciaciones extrañas a la disposición sólo pueden servir como un principio de prueba.

(Art. 1316.2 actual).

Nota del traductor: no aparece en el texto del Anteproyecto el artículo 1292, sin que se de razón alguna.

Artículo 1293. Cuando la ley no ha fijado otros principios, y a falta de convención válida entre las partes, el juez soluciona los conflictos de prueba literal determinando por todos los medios el título más verosímil, cualquiera que sea el soporte.

(Art. 1316.2 actual).

§ 1. Del título auténtico

Nota G. C: *Cuestión de terminología. Se puede decir indiferentemente «título» o «acto» auténtico. Pero «título» es un término con prestigio que es más conveniente que autenticidad. El uso tradicional no se equivoca. Se puede, pues, conservarlo. La pena es que el «título original» sobre el cual radica la cuestión a propósito de las copias puede ser un acto en documento privado (nada es perfecto). La práctica no está desorientada por estas equivalencias que le son familiares.*

Artículo 1294. El acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos que tienen el derecho a instrumentar en el lugar donde el acto ha sido redactado y con las solemnidades requeridas.

Puede ser redactado en soporte electrónico si se ha establecido y conservado en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1317 actual).

Artículo 1294.1. El acto que no es auténtico por la incompetencia o la incapacidad del oficial, o por un defecto de forma, vale como escritura privada, si ha sido firmado por las partes.

(Art. 1318 actual).

Artículo 1294.2. El acto auténtico da fe plena de la convención que existe entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes.

Sin embargo, en caso de querellas por falsedad principal, la ejecución del acto calificado falso será suspendida por la acusación; y, en caso de inscripción de la falsedad hecha incidentalmente, los tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acto.

(Art. 1319 actual).

§ 2. Del acto en documento privado

Artículo 1295. El acto en documento privado, reconocido por aquel al que se le opone, o legalmente considerado como reconocido, produce, entre los que lo han suscrito y sus herederos y causahabientes, la misma fe que el acto auténtico.

(Art. 1322 actual).

Artículo 1295.1. Al que se opone un acto en documento privado está obligado a reconocer o desconocer formalmente su escritura o su firma.

Sus herederos o causahabientes pueden contentarse con declarar que no conocen la escritura o la firma de su autor.

(Art. 1323 actual).

Artículo 1295.2. En el caso en que la parte desconoce su escritura o su firma, y en el caso en que sus herederos o causahabientes declaran no conocerlos, la verificación es ordenada judicialmente.

(Art. 1324 actual).

Artículo 1296. Los actos en documento privado que contienen convenciones sinalagmáticas sólo son válidos si han sido hechos de acuerdo con los originales que existen de las partes que tienen un interés distinto.

Basta un original para todas las personas que tienen el mismo interés.

Cada original debe contener la mención del número de los originales que han sido hechos. Sin embargo, la falta de mención de que los originales han sido hechos dobles, triples, etcétera, no puede ser opuesta por el que ha ejecutado la convención que consta en el acto.

Estas disposiciones no se aplican a los actos cumplidos en forma electrónica.

(Art. 1325 actual).

Artículo 1297. La prueba de un acto jurídico por el que una sola parte se obliga hacia otra a pagarle una suma de dinero o a entregarle un bien fungible debe resultar de un título que implique la firma del que ha suscrito este compromiso así como la mención, escrita por el mismo, de la suma o de la cantidad con todas las letras y cifras. En caso de diferencia, el acto en documento privado vale por la suma escrita con todas las letras.

Artículo 1298. Los actos en documento privado sólo tienen fecha contra los terceros desde el día en que han sido registrados, desde el día de la muerte de éste o de uno de los que los han suscrito, o desde el día en que su sustancia es constatada en los actos redactados por oficiales públicos, tales como actas de precintos o de inventario.

(Art. 1328 actual).

Artículo 1299. Los escritos que emanan del que pretende ser acreedor no constituyen prueba de la obligación que enuncian, salvo las derogaciones que resultan de la ley, del uso o de la convención.

En estos dos últimos casos, estos escritos tienen el valor de presunciones e indicios.

Artículo 1300. Los escritos hacen prueba contra su autor; pero el que quiere obtener ventaja de ello no puede dividirlos.

Artículo 1300.1. Los registros y papeles domésticos no son un título para el que los ha escrito. Dan fe contra él: 1.º en todos los casos en que enuncian expresamente un pago recibido; 2.º cuando contienen la mención expresa de que la nota ha sido hecha para suplir la falta del título a favor de aquel en beneficio del cual enuncian una obligación.

(Art. 1331 modificado)

Artículo 1300.2. La escritura puesta por el acreedor a continuación, al margen o al reverso de un título que ha quedado siempre en su posesión, da fe, aunque no firmada ni fechada por él, cuando se dirige a establecer la liberación del deudor.

Acontece lo mismo en la escritura puesta por el acreedor al reverso, o al margen, o a continuación del duplicado de un título o de un recibo, siempre que este duplicado esté en poder del deudor.

(Art. 1322 actual).

§ 3. De las copias de títulos y actos reconocitivos

Artículo 1301. Las copias, cuando el título original subsiste, no dan fe de lo que contiene el título, cuya representación puede ser exigida siempre.

(Art. 1334 actual empleado de nuevo)

Artículo 1302. Cuando el título original no existe ya, las copias dan fe según las distinciones siguientes:

1.º Las copias ejecutorias o primeras expediciones dan la misma fe que el original: producen lo mismo las copias que han sido obtenidas por la autoridad del magistrado, partes presentes o debidamente llamadas, o las que han sido obtenidas en presencia de las partes y de su consentimiento recíproco.

2.º Las copias que sin la autoridad del magistrado, o sin el consentimiento de las partes, y después de la expedición de las copias ejecutorias o primeras expediciones, han sido obtenidas sobre la minuta del acto por el notario que la ha recibido, o por uno de sus sucesores, o por oficiales públicos que, en esta cualidad, son depositarios de las minutas, pueden, en caso de pérdida, dar fe cuando son antiguas.

Se consideran antiguas cuando tienen más de treinta años.

Si tienen menos de treinta años, no pueden servir como principio de prueba por escrito.

3.º Cuando las copias obtenidas sobre la minuta de un acto no lo han sido por el notario que la ha recibido, o por uno de sus sucesores, o por oficiales públicos que, en esta cualidad, son depositarios de las minutas, no podrán servir, cualquiera que sea su antigüedad, como principio de prueba por escrito.

4.º Las copias de copias podrán, según las circunstancias, ser consideradas como simples informes.

(Art. 1335 actual empleado de nuevo).

Artículo 1303. La transcripción de un acto en los registros públicos sólo puede servir como principio de prueba por escrito; y es preciso incluso para esto:

1.º Que sea firme que todas las minutas del notario, del año en el cual el acto parece haber sido hecho, estén pérdidas, o que se pruebe que la pérdida de la minuta de este acto ha sido hecha por un accidente particular;

2.º Que existe un repertorio en regla del notario, que constata que el acto ha sido hecho en la misma fecha. Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias la prueba por testigos sea admitida, es necesario que los que han sido testigos del acto, si existen todavía, sean oídos.

Artículo 1304. En caso de pérdida del título original, la copia fiel y duradera de un acto en documento privado puede bastar para probar su existencia.

Artículo 1305. Los actos reconocitivos no dispensan de la representación del acto primordial, a no ser que su tenedor no sea especialmente informado de ello.

Lo que contienen por encima del acto primordial, o lo que aparece en ellos como diferente, no produce ningún efecto.

Sin embargo, si existen varios reconocimientos conformes, apoyados en la posesión, y de los que uno tiene treinta años de fecha, el acreedor puede ser dispensado de representar el acto primordial.

(Art. 1337 actual empleado de nuevo)

SECCIÓN 3. DE LA EXIGENCIA DE UNA PRUEBA POR ESCRITO Y DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ARTS. 1306 A 1313)

Nota G. C: *El título actual no es satisfactorio. El título propuesto cierra el contenido de las disposiciones de la sección que establece en primer lugar la exigencia de una prueba literal y regula a continuación la prueba testimonial.*

Artículo 1306. Debe ser constituida una prueba por escrito de los actos jurídicos que excedan de una suma de dinero o un valor fijado por decreto.

Ninguna prueba de testigos es admisible de las partes del acto contra y más allá de su contenido, ni sobre lo que se alega que ha sido dicho antes, en el momento o después del acto, aunque se trate de una suma o un valor menor.

Todo ello sin perjuicio de lo que se prescribe en las leyes relativas al comercio.

Artículo 1307. La norma anterior se aplica en el caso en que la acción contiene, además de la demanda del capital una demanda de intereses que, unidos al capital, exceden de la cifra prevista en el artículo precedente.

(Art. 1342 actual).

Artículo 1308. Cuando se ha hecho una demanda que excede la cifra prevista en el artículo 1341, no puede ya ser admitida la prueba testimonial, incluso restringiendo su demanda primitiva.

(Art. 1343 actual).

Artículo 1309. La prueba testimonial sobre la demanda de una suma incluso inferior a la que es prevista en el artículo 1341 no puede ser admitida cuando esta suma es declarada ser lo restante o formar parte de un crédito más fuerte que no es probado por escrito.

(Art. 1344 actual).

Artículo 1310. Si, en la misma instancia, una parte hace varias demandas de las que no existe título por escrito, y que, todas juntas, exceden de la suma prevista en el artículo 1341, la prueba de testigos no puede ser admitida, incluso cuando la parte alega que estos créditos proceden de diferentes causas, y que están formados en diferentes tiempos, salvo si estos derechos provienen de sucesión, donación o de otra manera de personas diferentes.

(Art. 1345 actual).

Artículo 1311. Todas las demandas, del título que sean, que no estén enteramente justificadas por escrito, serán formadas por una misma diligencia, de acuerdo con la cual las otras demandas de las que no haya pruebas por escrito no serán admisibles.

(Art. 1346 actual).

Artículo 1312. Las normas anteriores admiten excepción cuando existe un principio de prueba por escrito:

Se considera así, si hace verosímil el hecho alegado, todo escrito emanado de aquel contra el que la demanda es formada, o de aquel que él representa.

Pueden ser consideradas por el juez como equivalente a un principio de prueba por escrito las declaraciones hechas por una parte en el momento de su comparecencia personal, su rechazo a responder o su ausencia a la comparecencia.

(Art. 1347 modificado).

Cuando todos los otros modos de prueba son admisibles, el principio de prueba por escrito debe ser corroborado al menos por uno de entre ellos para que la prueba del acto sea completa.

Nota G. C: *El principio de prueba por escrito no constituye la única prueba del acto alegado. Debe ser completado por un elemento de prueba exterior al escrito que lo constituye.*

Artículo 1313. Las normas anteriores admiten igualmente excepción cuando una de las partes no ha tenido posibilidad material o moral de procurarse una prueba literal del acto jurídico, o ha perdido el título que le servía de prueba literal a consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

También admiten excepción cuando una parte o el depositario no ha conservado el título original y presentado una copia que sea la reproducción fiel y duradera del mismo. Se considera duradera toda reproducción indeleble del original que entrañe una modificación irreversible del soporte.

SECCIÓN 4. NORMAS PARTICULARES SOBRE LAS PRESUNCIONES, LA CONFESIÓN Y EL JURAMENTO (ARTS. 1314 A 1326.2)

§ 1. De las presunciones

Artículo 1314. Las presunciones son consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para un hecho des-

conocido, teniendo éste por cierto sobre el fundamento del hecho que lo hace verosímil.

(Art. 1349 modificado).

Artículo 1315. La presunción legal es la que está unida por una ley especial a ciertos actos o a ciertos hechos, tales como:

- 1.º los actos que la ley declara nulos, como presumidos hechos en fraude de sus disposiciones, según su sola calidad;
- 2.º los casos en los que la ley declara la propiedad o la liberación que resulta de ciertas circunstancias determinadas;
- 3.º la autoridad que la ley atribuye a la cosa juzgada;
- 4.º la fuerza que la ley une a la confesión de la parte o a su juramento.

(Art. 1350 actual).

Artículo 1316. La autoridad de la cosa juzgada tiene lugar respecto de lo que ha constituido el objeto de la sentencia. Es preciso que la cosa demandada sea la misma; que la demanda esté fundada en la misma causa; que la demanda sea entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad.

(Art. 1351 actual).

Artículo 1317. La presunción legal dispensa a aquel en cuyo beneficio ha sido establecida la prueba del hecho que toma en consideración, cuando el hecho que hace a éste verosímil es cierto.

Ninguna prueba es admitida contra la presunción de la ley, cuando, sobre el fundamento de esta presunción, anula ciertos actos o deniega la acción judicial, a no ser que haya reservado la prueba contraria y salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesión judiciales.

(Art. 1352 modificado).

Artículo 1318. Las presunciones que no son establecidas por la ley son abandonadas a las luces y a la prudencia del magistrado, que sólo debe admitir las presunciones graves y precisas o concordantes, y únicamente en los casos en que la ley admite las pruebas testimoniales, a no ser que el acto sea atacado por causa de fraude o de dolo.

Tales presunciones admiten siempre la prueba contraria.

(Art. 1353 modificado).

§ 2. De la confesión

Artículo 1319. La confesión que es opuesta a una parte es extrajudicial o judicial.

(Art. 1354 actual).

Artículo 1320. La alegación de una confesión extrajudicial puramente verbal es inútil todas las veces que se trate de una demanda en la que la prueba testimonial no es admisible.

(Art. 1355 actual).

Artículo 1321. La confesión judicial es la declaración que hace judicialmente la parte o su apoderado con poder especial.

Da plena fe contra el que la ha hecho;

No puede ser dividida contra él;

No puede ser revocada, a no ser que se pruebe que ha sido la consecuencia de un error de hecho. No puede ser revocada con el pretexto de un error de derecho.

(Art. 1356 actual).

§ 3. Del juramento

Artículo 1322. El juramento judicial es de dos clases:

1.º El que es deferido de oficio por el juez a una u otra de las partes;

2.º El que una parte defiere a otra para hacer depender la sentencia de la causa: es denominado decisorio.

(Art. 1357 actual).

Artículo 1323. El juramento puede ser deferido de oficio por el juez a una de las partes, sea para hacer depender de él la decisión de la causa, sea solamente para determinar el montante de la condena.

El valor probatorio de tal juramento se apreciará soberamente por el juez.

(Art. 1366 actual).

Artículo 1324. El juez puede deferir de oficio el juramento, sea sobre la demanda, sea sobre la excepción que es opuesta a la misma, con las condiciones siguientes; es preciso:

1.º Que la demanda o la excepción no esté plenamente justificada;

2.º Que no sea totalmente desprovista de pruebas.

Fuera de estos dos casos, el juez debe admitir o rechazar puramente y simplemente la demanda.

(Art. 1367 actual).

Artículo 1324.1. El juramento deferido de oficio por el juez a una de las partes no puede ser para ella referido a la otra.

(Art. 1368 actual).

Artículo 1324.2. El juramento sobre el valor de la cosa demandada puede ser deferido por el juez al demandante cuando además es imposible constatar de otra manera este valor.

El juez debe incluso, en este caso, determinar la suma hasta cuya concurrencia el demandante será creído sobre el juramento.

(Art. 1369 actual).

Artículo 1325. El juramento decisorio puede ser deferido sobre cualquier clase de contestación que sea.

(Art. 1358 actual).

Artículo 1325.1. Sólo puede ser deferido sobre un hecho personal a la parte a la que se defiere.

(Art. 1359 actual).

Artículo 1325.2. Puede ser deferido en todo momento, y aún cuando no existe algún principio de prueba de la demanda o de la excepción sobre la que es provocado.

(Art. 1360 actual).

Artículo 1325.3. Aquel al que el juramento es deferido, que lo rechaza o no consiente el referirlo a su adversario, o el adversario al que ha sido referido y que lo rechaza, debe sucumbir en su demanda o en su excepción.

(Art. 1361 actual).

Artículo 1325.4. El juramento no puede ser referido cuando el hecho que constituye el objeto del mismo no es el de las dos partes, sino que es puramente personal de aquel al que el juramento había sido deferido.

(Art. 1362 actual).

Artículo 1326. Cuando el juramento deferido o referido ha sido hecho, el adversario no está facultado para probar la falsedad de él.

(Art. 1363 actual).

Artículo 1326.1. La parte que ha deferido o referido el juramento no puede ya retractarse cuando el adversario ha declarado que está dispuesto a hacer este juramento.

(Art. 1364 actual).

Artículo 1326.2. El juramento sólo constituye prueba en beneficio de aquel que lo ha deferido o contra él, y en beneficio de sus herederos y causahabientes o contra ellos.

No obstante, el juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor libera a éste por la parte de este acreedor;

El juramento deferido al deudor principal libera igualmente a los fiadores;

El deferido a uno de los deudores solidarios beneficia a los codeudores;

Y deferido al fiador beneficia al deudor principal.

En estos dos últimos casos, el juramento del codeudor solidario o del fiador beneficia a los otros codeudores o al deudor principal cuando ha sido deferido sobre la deuda, y no sobre el hecho de la solidaridad o de la fianza.

(Art. 1365 actual).

SUBTÍTULO II. DE LOS CUASICONTRATOS (ARTS. 1327 A 1339)

Artículo 1327. Los cuasicontratos son hechos puramente voluntarios, como la gestión sin título del negocio de otro, el pago de lo indebido o el enriquecimiento sin causa del que resulta un compromiso del que uno se beneficia sin tener derecho a ello, y alguna vez un compromiso de su autor hacia otro.

Notas:

1) El artículo 1370 recoge el cañamazo actual del artículo 1371. La referencia al autor de los hechos hace superflua la precisión «del hombre». El compromiso del que se beneficia de estos hechos hacia su autor viene en primer lugar, pues es común a todos los cuasicontratos (e inherente a la noción), mientras que el compromiso del autor de los hechos es ocasional (y en la práctica propio de la gestión de negocios). La gestión sin título significa sin mandato ni título legal o judicial de intervención en los negocios de otro.

2) Así enunciado el artículo 1370 desarrolla la definición trazada en el artículo 1101.2, párrafo 2 en el título de las fuentes de las obligaciones.

3) Las dos clases particulares de cuasicontratos y la teoría general del enriquecimiento sin causa tienen como punto común una ventaja recibida por una persona que no tiene derecho a ello (criterio de agrupación sugerido por Carbonnier).

4) La insistencia «gestión sin título del negocio de otro» es marcada para poner de manifiesto un punto común a todos los cuasicontratos: sin título, indebido, sin causa. No existe sin duda cuestión sobre la ubicación de la gestión de negocios en la sección que le es dedicada (pero se habría podido concebir titular el capítulo: «De la gestión sin título del negocio de otro» ¿Por qué no?).

CAPÍTULO I. DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (O DE LA GESTIÓN SIN TÍTULO DEL NEGOCIO DE OTRO)

Artículo 1328. El que, espontáneamente, se encarga a título benévolo del negocio de otro, sin saberlo o sin oposición del dueño de este negocio, se somete, en el cumplimiento de los actos jurídicos o materiales de su gestión, a todas las obligaciones de un mandato expreso que habría recibido de él.

Nota: El carácter gratuito del mandato resulta suficientemente del hecho de que la remuneración del gerente no figura en el número de las obligaciones del dueño del negocio. La utilidad de la gestión es una condición de estas obligaciones que es señalada convenientemente, lo que basta. La adjunción de los actos materiales es en lo sucesivo clásica.

Artículo 1328.1. Debe continuar la gestión del negocio y de sus accesorios hasta que el dueño del negocio o su heredero esté en condiciones de poder hacerlo por sí mismo o que pueda liberarse sin riesgo de pérdida.

Nota: Es el nuevo empleo de dos disposiciones: Código civil art. 1372 y 1373.

Artículo 1328.2. Las circunstancias que lo han llevado a encargarse de un negocio pueden autorizar al juez a moderar la indemnización de los daños y perjuicios que resulten de una gestión defectuosa.

Nota: Con algunas palabras es casi la disposición del artículo 1374, p. 2 actual. Esta flexibilidad merece ser conservada, pues-

to que orienta al juez frente a las circunstancias variables que han presidido la intervención (su necesidad, el espíritu de su autor, etcétera).

Artículo 1328.3. Aquel cuyo negocio ha sido útilmente administrado debe cumplir los compromisos que el gerente ha contraído en su nombre, indemnizarle de todos los compromisos personales que ha asumido, reembolsarle de todos los gastos útiles o necesarios que ha hecho y, con exclusión de toda remuneración, tener en cuenta las pérdidas que ha sufrido.

Nota: «Útilmente»: es la palabra clave que tiene su lugar en la cabecera de las obligaciones del dueño que están subordinadas a la utilidad de la gestión; la referencia a las pérdidas sufridas y sobrevenidas.

Artículo 1329. Las normas de la gestión de negocios se aplican semejantemente cuando la gestión es emprendida no en el interés exclusivo de otro sino en el interés común de otro y del gerente.

En este último caso, la carga de los compromisos, de los gastos y de las pérdidas se reparte en proporción de los intereses de cada uno.

Artículo 1329.1. Si la acción del gerente no responde a las condiciones de la gestión de negocios, pero resulta, sin embargo, beneficiosa para el dueño de este negocio, éste debe indemnizar al gerente según las normas del enriquecimiento sin causa.

Nota: Es la repetición, con algunos matices de formulación, de una sugerencia interesante.

CAPÍTULO II. DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Artículo 1330. El que recibe, por error o con conocimiento, lo que no le es debido, está obligado a restituir lo que ha recibido indebidamente.

Nota: Es el artículo 1376 actual, texto básico muy claro que corresponde típicamente al cuasicontrato.

Sin embargo, si prueba que el pago procede de una intención liberal, de una obligación natural o de otra causa, no hay lugar a restitución.

Nota: Es una adjunción de una evidencia, pero sobre todo oportuno (efecto de coherencia con diversas disposiciones).

Artículo 1331. Hay lugar a restitución cuando la deuda que había justificado el pago es luego anulada o resuelta, o pierde de otra manera su causa.

Nota: *Punto de interrogación: esta disposición sale del ámbito del cuasicontrato. Es una extensión a casos que pertenecen a la teoría de las nulidades (sanciones). Esta extensión es además hoy en día contestada (Civ. 1.ª 24 de septiembre de 2002, D. 2003.369).*

Artículo 1332. Cuando una persona, por error o bajo coacción ha pagado la deuda de otro, puede hacerse reembolsar sea por el verdadero deudor, sea por el acreedor, salvo si éste, a consecuencia del pago, ha suprimido su título o abandonado una garantía.

Notas:

Adjunción hoy en día generalmente admitida.

La atribución de esta opción es interesante

La referencia al abandono de una garantía es igualmente interesante.

Artículo 1333. Si existe mala fe de parte del que ha recibido, está obligado a restituir tanto el capital como los intereses o los frutos, desde el día del pago.

Nota: *Es el artículo 1378 actual.*

Artículo 1334. Si la cosa indebidamente recibida es un cuerpo cierto, el que la ha recibido debe restituirla en especie, si existe, o su valor en el día de la restitución, si ha perecido o deteriorado por su culpa; igualmente es garante de su pérdida por caso fortuito, si la ha recibido de mala fe.

Nota: *Es el artículo 1379 actual, pero con referencia a un cuerpo cierto (en el tenor actual, el bien mueble corporal podría ser una cosa genérica, lo que no es pertinente en esta disposición).*

Artículo 1334.1. Si el que ha recibido de buena fe ha vendido la cosa, debe restituir el precio de la venta; en el caso contrario, debe el valor de ella en el día de la restitución.

Nota: *Es el artículo 1380 actual mediando la adjunción de la hipótesis contraria de la mala fe.*

Artículo 1335. Aquel al que la cosa es restituida debe tener en cuenta, incluyendo al poseedor de mala fe, todos los gastos necesarios y útiles que han sido hechos para la conservación de la cosa.

Nota: *Es la disposición actual del artículo 1381.*

CAPÍTULO III. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Art. 1336. El que se enriquece sin causa en detrimento de otro debe al que se encuentra empobrecido una indemnización igual a la menor de las dos sumas a las que se elevan el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Nota: Esta fórmula tradicional, en la jurisprudencia, parece preferible a «en la medida del enriquecimiento correlativo».

Art. 1337. El enriquecimiento es sin causa cuando la pérdida sufrida por el empobrecido no procede ni de su intención liberal a favor del enriquecido, ni del cumplimiento de las obligaciones a las que está obligado frente a él, en virtud de la ley, de la sentencia o del contrato, ni de la persecución de un interés puramente personal.

Nota: Esta formulación que desarrolla el título del capítulo, es más simple y más clara que la solución inversa («la ventaja no es injustificada») y permite agrupar todos los casos de ausencia de causa.

Artículo 1338. El empobrecido no tiene acción cuando los otros recursos de que disponía topan con obstáculos jurídicos como la prescripción, o cuando su empobrecimiento resulta de una culpa grave de su parte.

Notas:

La subsidiariedad de la acción de in rem verso es indicada en su consecuencia principal.

La reserva de la culpa grave es cercana a la jurisprudencia.

Artículo 1339. El enriquecimiento y el empobrecimiento se aprecian en el día de la demanda. Sin embargo, en caso de mala fe del enriquecido, el enriquecimiento se apreciará al tiempo en que se ha beneficiado de él.

Nota: Este artículo final es útil.

SUBTÍTULO III. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (ARTS. 1340 A 1386)

Exposición de motivos

GENEVIÈVE VINEY

El objeto del presente informe consiste en dar cuenta de lo esencial de los debates que se han desarrollado en el seno del grupo

de trabajo encargado de la redacción del Título IV «De la responsabilidad». Se dirige a explicitar el sentido de las opciones que han sido hechas sobre los puntos más importantes. Se completa con las notas y observaciones que acompañan al propio texto.

I. Una de las dificultades a las que se enfrentó el grupo consistía en determinar el nivel de generalidad al que convenía situarse para seleccionar las disposiciones a insertar en el Código civil.

1.º En particular, es preciso tomar partido sobre el punto de saber si convenía incluir, al lado de las disposiciones generales que recogen lo que se ha convenido en llamar «el derecho común», algunos regímenes especiales de responsabilidad.

Las opiniones estaban muy divididas al respecto. Algunos han emitido la opinión de que estos regímenes no deberían tener su lugar en el Código civil y que la resolución, tomada en 1998, de insertar en éste el texto transpuesto de la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos era rechazable, mientras que otros han hecho valer que es deseable que el Código civil refleje las tendencias dominantes en el Derecho contemporáneo y que las disposiciones más corrientemente aplicadas por los tribunales figuran en el mismo.

Finalmente, se ha decidido dejar fuera del Código civil la mayor parte de los regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización que son reglamentados por leyes particulares³², pero no sacar los artículos 1386.1 a 1386.18³³ que el grupo ha dejado intactos, puesto que el legislador francés no puede en lo sucesivo modificar estos textos sin el asentimiento de las autoridades europeas. En cambio, la mayoría se pronuncia a favor de la inclusión de las disposiciones que reglamentan el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación terrestre, estableciendo además en ellas modificaciones de forma y fondo importantes en relación con la Ley de 5 de julio de 1985.

2.º En segundo lugar, es, a propósito de la reglamentación de la indemnización del daño corporal, que ha parecido difícil conciliar el imperativo de una redacción clara y concisa con la voluntad de establecer las precisiones técnicas necesarias para definir los derechos y las obligaciones de las partes. Principalmente, la lista de los perjuicios indemnizables (art. 1379) y sobre todo la de las

³² Especialmente las que reglamentan la responsabilidad de las compañías aéreas por los daños causados al suelo por los aparatos, la de las explotaciones teleféricas por los daños sufridos por los daños sufridos por los terceros, la del explotador de un reactor nuclear, etcétera. Sucede lo mismo para los textos que rigen la indemnización de los accidentes de trabajo, los daños que resultan de infracciones o de atentados terroristas, de transfusiones contaminantes por el virus HIV, del amianto, etcétera.

³³ Esta propuesta no ha obtenido la unanimidad.

prestaciones que dan derecho al recurso de los terceros pagadores (art. 1379.5) pueden parecer una factura poco elegante. La primera parece, sin embargo, indispensable. En cuanto a la segunda, reproduce al actual artículo 29 de la Ley de 25 de julio de 1985 y al artículo L. 131.2 del Código de seguros a los cuales se habría podido pensar en reenviar pura y simplemente, pero, por razones de comodidad, la mayoría de los miembros del grupo juzgó preferible integrarla en el Código que, por este hecho, contiene el conjunto de las normas aplicables a esta cuestión de indemnización del daño corporal, tan importante en la práctica.

II. La opción de una construcción adaptada a la materia ha planteado inmediatamente la cuestión del lugar que ha de asignarse respectivamente a las cuestiones relativas a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual. ¿Era preciso mantener la reglamentación de la responsabilidad contractual en el título III en el lugar que le habían asignado los redactores del Código civil, limitando el objeto del título IV a la responsabilidad extracontractual? ¿Era, por el contrario, preferible agrupar el conjunto en el título único titulado «De la responsabilidad»? Los miembros del grupo, divididos sobre este punto, han dejado este problema en suspenso de manera que las soluciones no han sido acordadas sobre el fondo. Solamente después de haber redactado el conjunto y constatado que las normas comunes a las dos ramas de la responsabilidad la entienden muy ampliamente, han adoptado, por mayoría, el segundo partido³⁴. Un capítulo titulado «Disposiciones preliminares» ha sido situado en el exergo del título IV a fin de regular las relaciones entre las dos ramas de la responsabilidad.

Siguen dos capítulos dedicados respectivamente a las condiciones (capítulo dos) y a los efectos (capítulo tres) de la responsabilidad, seguidos del último capítulo titulado «De los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización».

A propósito de las condiciones de la responsabilidad (capítulo dos), se llegó a un acuerdo bastante fácilmente para reconocer que el perjuicio reparable, el nexo de causalidad y las causas de exoneración se definen de la misma manera en materia contractual y extracontractual, lo que conduce a agruparlas en una sección 1 titulada «Disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual». En cambio, el hecho generador de la responsabilidad constituye el objeto de disposiciones distintas para la responsabilidad extracontractual, de una parte, la sección 2 que trata suce-

³⁴ Algunos siguen, sin embargo, reticentes, ya que estiman que esta presentación no hace resaltar bastante claramente el particularismo de la responsabilidad contractual.

sivamente del «hecho personal», del «hecho de las cosas», del «hecho de otro», de las «perturbaciones de vecindad» y de las «actividades peligrosas», y para la responsabilidad contractual, de otra parte, la sección 3 no establece esta distinción.

El capítulo tres destinado a los efectos de la responsabilidad comporta una sección 1 titulada «Principios» que trata de «la reparación en especie» (§ 1), de las normas generales referentes a la evaluación y las modalidades de indemnización en forma de «daños y perjuicios» (§ 2) y de la incidencia de la pluralidad de responsables (§ 3). En cuanto a la sección 2, aporta precisiones que se refieren a las normas aplicables a la reparación de algunas categorías de daños, a saber, «el ataque a la integridad física (§ 1), «el ataque a los bienes» (§ 2) y el retraso en el pago de una suma de dinero (§ 3). La sección 3 define el estatuto de las convenciones que tratan sobre la reparación, sea que la excluyen o la limitan (§ 1), sea que fijan a tanto alzado el montante (§ 2). Una última sección, muy breve, es destinada a la prescripción de la acción de responsabilidad.

El capítulo IV, destinado a los regímenes especiales, está dividido en dos secciones, una dedicada a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación y otra, a la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos.

III. Sobre el fondo, los miembros del grupo no han buscado innovar por sistema. Al contrario, han acogido la mayor parte de las soluciones que ha establecido la jurisprudencia para completar las disposiciones muy elípticas que figuraban en el Código civil. No obstante, no han querido tampoco limitarse a proponer una «codificación del derecho estable», estimando que debían tomar partido sobre las cuestiones delicadas a propósito de las cuales la jurisprudencia está dividida o contestada por la doctrina. No han dudado tampoco en eliminar las disposiciones que les han parecido caducas³⁵ o incluso únicamente inoportunas³⁶, ni introducir nuevas cuando le ha parecido natural adecuar el Derecho a las exigencias de la vida contemporánea³⁷.

Nosotros nos limitaremos a señalar en este informe las posiciones que parecen más notables.

³⁵ Como la responsabilidad del artesano por el hecho de sus aprendices prevista actualmente por el artículo 1384, párrafo 6 o la responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados por la falta de mantenimiento o el vicio de construcción que resulta del artículo 1386.

³⁶ Como la que ha introducido la Ley de 7 de noviembre de 1922 en el párrafo 2 del artículo 1384.

³⁷ Por ejemplo, las que figuran en los artículos 1358, 1360, 1362, 1371, 1373 y 1379.7... del texto propuesto.

1.º La posición del grupo referente al concepto de responsabilidad contractual.

Se sabe que una corriente doctrinal reciente niega la conexión de los daños y perjuicios contractuales con el concepto de responsabilidad³⁸. Los autores que defienden este punto de vista estiman que estos daños y perjuicios constituyen una simple modalidad de ejecución de las obligaciones contractuales, lo que les lleva a descartar la exigencia de un daño para justificar su surgimiento y a proponer que se someta al régimen extracontractual todas las condenas para reparar las consecuencias dañosas de la inejecución.

Esta visión de las cosas que es contradicha por una jurisprudencia muy mayoritaria, no ha comportado la adhesión de la mayoría de la doctrina. No ha sido mantenida por los miembros del grupo. Estos estiman, en efecto, que es necesario mantener, en beneficio del acreedor insatisfecho, al lado del derecho a exigir la ejecución o demandar la resolución del contrato, la posibilidad de obtener la reparación de los daños que le ha causado la inejecución. Esta tercera vía les parece totalmente autónoma en relación con las otras dos, tanto en lo relativo a las condiciones impuestas al demandante para obligarse a ello como en cuanto a los resultados que puede esperar de ello. Siendo la única que garantiza al acreedor contra las consecuencias perjudiciales del incumplimiento contractual, es indispensable para su protección. Además, su objetivo indemnizatorio y el hecho de que resulta de una inejecución –es decir, de un hecho ilícito, en sentido amplio– permite anudarla al concepto de responsabilidad, sin rechazar, por tanto, las particularidades de su régimen que se explican por el cuidado de preservar las previsiones de las partes y evitar la desnaturalización del contrato.

2.º No obstante, esta opción a favor de la admisión de una verdadera responsabilidad contractual plantea un importante problema de Derecho positivo, el de las relaciones entre los dos regímenes de responsabilidad, contractual y extracontractual.

Tradicionalmente, el Derecho francés prohíbe lo que se llama la «acumulación» de los regímenes de responsabilidad, es decir, en realidad la posibilidad, para la víctima de un daño contractual, de elegir con preferencia la aplicación del régimen delictual. Para justificar esta prohibición, se invoca generalmente el hecho de que las normas que proceden de esta rama de la responsabilidad implican

³⁸ Para una exposición particularmente completa de esta doctrina, ver Philippe REMY, *La responsabilité contractuelle: «histoire d'un faux concept»*, *Re. Trim. Dr. Civ.*, 1997, p. 323.

Esta postura fue desarrollada en primer lugar por Philippe LE TOURNEAU. Ha sido recogida luego por Denis TALLON.

el riesgo de frustrar las previsiones de los contratantes y de poner en jaque las cláusulas del contrato.

Los miembros del grupo estaban divididos sobre la oportunidad de establecer en el Código esta «norma de no acumulación» que es ignorada por la mayor parte de los derechos extranjeros. Sin embargo, ha sido decidido, por la mayoría, insertarla en el artículo 1341, estableciendo, sin embargo, una excepción muy importante en beneficio de las víctimas de daños corporales. Ha parecido, en efecto, deseable permitir a estos adoptar el régimen que le es más favorable, a condición, sin embargo, de que estén en condiciones de aportar la prueba de las condiciones exigidas para justificar el tipo de responsabilidad que invocan.

El artículo 1342 prevé, en cuanto a él, la hipótesis en la que la inexecución de una obligación contractual está en el origen de un daño sufrido por un tercero. Actualmente, la jurisprudencia tiende a reconocer muy ampliamente en este caso la responsabilidad del deudor, pero, en cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, permanece particularmente vacilante. La mayor parte de las sentencias la califican de «delictual» o «extracontractual», no dudando en afirmar que el mero incumplimiento del contrato basta para establecer una culpa delictual o un hecho de la cosa desde el momento en que ha causado un daño a un tercero. Sin embargo, cuando la propiedad de una cosa ha sido transmitida por una cadena de contratos, el adquirente está entonces dotado de una «acción directa necesariamente contractual» contra todos los eslabones anteriores de la cadena de distribución. Además, en algunos casos, el Tribunal de Casación ha juzgado que la obligación contractual de seguridad beneficia, no solamente al acreedor, sino igualmente a los terceros, sin precisar por tanto si la acción del tercero víctima está sometido entonces al régimen contractual o al régimen extracontractual. Estas soluciones provocan además la incertidumbre de los jueces que no es igual a la de la doctrina, mostrándose los autores muy perplejos para proponer soluciones coherentes.

Por esto, ha parecido indispensable superar estas incertidumbres.

Para hacerlo, los miembros del grupo han partido de dos constataciones.

En primer lugar, la tendencia a admitir ampliamente la responsabilidad del deudor frente a los terceros a los cuales ha causado directamente un daño por su incumplimiento contractual corresponde a una aspiración que parece justa y que además está garantizada, sobre el plano teórico, por la admisión del principio de oponibilidad del

contrato. Es por lo que ha sido decidido establecer esta responsabilidad por una disposición explícita (en el artículo 1342, párrafo 1.º).

En cambio, es claro que la sumisión de esta responsabilidad al régimen extracontractual pone en riesgo a la vez la frustración de las previsiones de las partes descartando la aplicación de las cláusulas del contrato que no son compatibles con este régimen (principalmente las que descartan o aligeran las obligaciones o las responsabilidades o que designan la jurisdicción competente o la ley aplicable) y conferir así a los terceros que invocan el contrato para fundamentar esta responsabilidad una posición más ventajosa que aquella de la que puede valerse el propio acreedor. Pero esto parece particularmente anormal.

Así la aplicación del régimen extracontractual plantea dificultades. Luego esta aplicación, que se justifica generalmente invocando el famoso principio del «efecto relativo del contrato», no es en realidad de ningún modo impuesta por el artículo 1165 del Código civil. De los muy numerosos e importantes trabajos dedicados a este principio, resulta, en efecto, que su alcance se limita a dos consecuencias esenciales. En el momento de la conclusión del contrato, prohíbe a las partes vincular a los terceros y, en el momento de la ejecución, les reserva el derecho de exigir ésta. En cambio, no impone de ningún modo la elección del régimen de responsabilidad que ha de aplicarse en caso de inejecución.

Para definir éste, son por consiguiente consideraciones prácticas las que deben determinarlo. En este sentido, éstas implican imponer la aplicación del régimen contractual desde el momento en que el fundamento de la acción reside únicamente en un incumplimiento del contrato. En efecto, es la única manera de someter a los terceros a todos los límites y condiciones que el contrato impone al acreedor para obtener reparación de su propio daño.

En cambio, si el tercero puede establecer a cargo del deudor, además del incumplimiento contractual, un hecho generador de responsabilidad extracontractual, no existe entonces ninguna razón para privarle de la acción destinada a hacer reconocer esta responsabilidad³⁹.

Se trata de las soluciones que propone establecer el artículo 1342, párrafos 1 y 2 del proyecto presentado.

³⁹ Ciertamente, esto deja al tercero una ventaja en relación con el acreedor, pero esta ventaja parece normal, puesto que el tercero no ha consentido las eventuales limitaciones del derecho a la reparación que el acreedor ha aceptado. Así, ha sufrido un daño contra el que no tenía ningún medio de precaverse.

3.º Otra característica importante de los textos presentados reside en el favor que manifiestan con respecto a las víctimas de daños corporales o de ataques a la persona.

Esta tendencia aparece en el artículo 1341 que, en su párrafo 2, autoriza a estas víctimas escoger el régimen que les resulta más favorable, sin chocar con la norma de la no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual.

Se la encuentra igualmente en el artículo 1351, que prevé que, si éstas han sido culpables en relación con su propio daño, estas culpas serán tenidas en cuenta contra ellas para amputar su derecho a la reparación si son «graves».

Incluso inspira al artículo 1373, que niega al juez el poder de reducir la indemnización en razón de una denegación de cuidados, incluso cuando éstos hubiesen sido susceptibles de limitar las consecuencias del daño, y al artículo 1382.1, que prohíbe estipular por convención toda restricción de la indemnización del daño corporal.

En fin, la reglamentación de la indemnización de este tipo de daños por los artículos 1379 a 1379.8 aparece en su conjunto favorable a las víctimas.

4.º Otro ámbito en el que un cierto número de innovaciones han sido propuestas es el de la responsabilidad extracontractual por el hecho de otro.

Se sabe que desde la sentencia Bliet pronunciada por el Tribunal de Casación en Asamblea plenaria el 29 de marzo de 1991, la jurisprudencia ha modificado profundamente las aplicaciones de este tipo de responsabilidad, sin haber llegado, sin embargo, hasta el momento presente a estabilizar la materia.

Para tratar de hacerlo, los miembros del grupo han estimado que convenía en primer lugar indicar los dos fundamentos posibles de la responsabilidad por el hecho de otro, que son, de una parte, regular el modo de vida de las personas sometidas a una vigilancia particular en razón de su estado, y, de otra parte, encuadrar y organizar la actividad de otro en el interés personal del que ejerce el control (art. 1355).

En todos los casos, ha parecido necesario exigir la prueba de un hecho susceptible de engendrar la responsabilidad del autor directo del daño (art. 1355, p. 2). Esta condición no es conforme a la jurisprudencia actual relativa a la responsabilidad de los padres que es afirmada desde el momento que se establece un simple «hecho causal» del menor.

a) Las personas a las que es necesario regular el modo de vida son, de un lado, los menores y, de otro lado, los mayores cuyo esta-

do necesita una vigilancia particular en atención a un impedimento o de precedentes judiciales.

Entre las personas gravadas con una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de los menores, los padres han sido situados en primera línea. Ha parecido necesario vincular esta responsabilidad al ejercicio de la patria potestad, pero es la única condición que ha sido mantenida, ya que la cohabitación del hijo con sus padres está siendo, en cambio, descartada por las dificultades que suscita su definición y las anomalías a las que había conducido la aplicación de esta exigencia cuando era interpretada de manera rigurosa ⁴⁰.

En caso de muerte de los padres, el tutor asumiría la misma responsabilidad. Esta designación, con preferencia al consejo de familia, se inspira en consideraciones prácticas. El tutor es fácilmente identificable por la víctima y puede asumir el seguro destinado a garantizar este riesgo.

Se prevé que la responsabilidad incumbe igualmente a «la persona física o jurídica encargada, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular el modo de vida del menor». Esta disposición designa, además de a las asociaciones de acción educativa, establecimientos u organismos de reeducación encargados por el juez de la asistencia educativa o por el juez de los menores o un tribunal de menores de tomar a su cargo al menor en peligro o delincuente, los institutos médico-educativos o establecimientos escolares a los que los padres han confiado el menor en pensión por contrato.

El texto precisa que estos diferentes casos de responsabilidad no excluyen el uno al otro, pero podrían acumularse (art. 1356 *in fine*).

Una responsabilidad análoga pesaría sobre «las personas físicas o jurídicas encargadas, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular el modo de vida» de los mayores «cuyo estado necesita una vigilancia particular». Se trata, no solamente de los mayores bajo tutela, sino también de los jóvenes adultos que han sido objeto de una medida de colocación a consecuencia de una infracción o por las enfermedades mentales hospitalizados según las modalidades previstas por el título 1.º del Libro II de la 3.ª parte del Código de la salud pública (arts. 3211.1 ss.).

Estas responsabilidades serían impuestas de pleno derecho y sólo podrían ser eliminadas por la prueba de una causa extraña que presente los caracteres de la fuerza mayor.

⁴⁰ En efecto, favorecería entonces al padre que había dejado al hijo en detrimento del que efectivamente se ocupaba de él.

Además, ha parecido útil prever que cualquier otra persona —es decir, la que no se hace merecedora de la responsabilidad prevista en los artículos 1356 y 1357, pero que asume, a título profesional, una misión de vigilancia de otro— responde por el hecho del autor directo a no ser que pruebe que no ha sido culpable.

b) Entre las aplicaciones de una responsabilidad fundada sobre el encuadramiento y la organización de la actividad de otro por una persona que se beneficia de esta actividad, un caso clásico es el del comitente, cuya responsabilidad sería admitida en las mismas condiciones que hoy en día.

En cambio, el proyecto prevé modificar la situación personal del encargado. Su responsabilidad no sería descartada pura y simplemente, como lo ha admitido la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación en su sentencia *Costedoat* de 25 de febrero de 2000. Sería subsidiaria en relación a la del comitente, lo que parece más protector del interés de las víctimas, asegurando una protección suficiente al encargado. Además, porque las relaciones comitente-encargado han sido redefinidas de manera relativamente estricta, otro caso de responsabilidad por otro ha sido previsto a cargo de los profesionales que encuadran o controlan la actividad de otros profesionales en situación de dependencia económica, aunque éstos sean miembros de profesiones liberales, como, por ejemplo, el médico que trabaja en beneficio de la clínica, o de los comerciantes, como la filial que depende de una sociedad matriz, el concesionario o el franquiciado que ejerce su actividad en parte en beneficio del concedente o del franquiciador. La responsabilidad del profesional dominante sería entonces comprometida cuando el hecho dañoso cometido por el que está en situación de dependencia estaría en relación directa con el ejercicio del control. Este caso de responsabilidad sería totalmente nuevo, pero los miembros del grupo han pensado que sería extremadamente útil para ajustar el Derecho de la responsabilidad a las transformaciones que han afectado las estructuras económicas, tanto en el sector de la producción como en el de la distribución. Permitiría en efecto hacer pesar una parte de las responsabilidades surgidas a consecuencia de los daños causados con ocasión de las actividades económicas sobre los verdaderos decisores, lo que sería a la vez más justo frente a los profesionales en situación de dependencia y más protector de las víctimas.

5.º Entre las innovaciones propuestas, conviene señalar todavía la introducción de un nuevo caso de responsabilidad de pleno derecho, la que incumbiría al que explota una actividad anormal-

mente peligrosa por los daños consecutivos a esta actividad (art. 1362).

Esta disposición ha sido discutida particularmente en el seno del grupo. Sus partidarios han hecho valer que aproximaría el Derecho francés al de la mayor parte de los países vecinos y que estaría en armonía con la jurisprudencia administrativa que se pronuncia en este sentido. Sin embargo, algunos miembros del grupo han objetado que otras disposiciones, en especial las que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas, la harían un poco inútil. A lo que se ha argüido que este texto se referiría esencialmente a las catástrofes industriales mientras que la responsabilidad por el hecho de las cosas está mejor adaptado a los daños entre particulares.

Finalmente, se ha decidido mantener esta norma para el caso de daños masivos que resultan de actividades que presentan riesgos graves.

6.º En lo que se refiere a la función asignada a la responsabilidad, los textos propuestos acuerdan en primer lugar la reparación, conforme al Derecho actual.

Sin embargo, una disposición (el art. 1372) abre prudentemente la vía a la concesión de indemnización de daños e intereses punitivos. Somete el pronunciamiento de esta sanción a la prueba de una «culpa deliberada, especialmente de una culpa lucrativa», es decir, de una culpa cuyas consecuencias beneficiosas para su autor no serían neutralizadas por una simple reparación de los daños causados. Exige igualmente una motivación especial e impone al juez distinguir los daños punitivos de los daños compensatorios. En fin, prohíbe ponerlos a cargo del seguro, lo que es indispensable para dar a esta condena el alcance punitivo que constituye su razón de ser.

En cuanto a la prevención, no está presente como una de las funciones específicas de la responsabilidad. No obstante, un lugar discreto le ha sido reservado, bajo la cubierta de la reparación en especie. En efecto, el artículo 1369.1 dispone que «cuando el daño es susceptible de agravarse, de renovarse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, a solicitud de la víctima, cualquier medida propia para evitar estas consecuencias, comprendiendo el caso de necesidad la cesación de la actividad dañosa».

La misma idea inspira igualmente al artículo 1344 a cuyo tenor «los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación así como para reducir las consecuencias constituyen un perjuicio reparable desde el momento que han sido razonablemente comprometidos».

7.º Entre los textos propuestos para guiar a los jueces en la evaluación de los daños y perjuicios, la mayor parte de ellos confirman las posiciones de la jurisprudencia actual.

Sin embargo, se señalará una disposición que tiene además relación con el artículo 1344 que acaba de ser citado. Se trata del artículo 1373 que autoriza al juez a reducir la indemnización cuando la víctima, por una negligencia caracterizada, ha dejado un daño agravarse sin reaccionar o no hacer nada para reducirlo.

El reconocimiento de esta posibilidad de moderación responde al propósito de responsabilizar a las víctimas. Se admite hoy en día por la mayor parte de los Derechos de los países vecinos de Francia así como por la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías⁴¹ y los Principios del Derecho europeo del contrato que preconizan su adopción⁴².

Se destacará que, en el texto propuesto, sólo se trata de una posibilidad dejada a la apreciación del juez y que el ejercicio de esta facultad está subordinado a la constatación de que la reducción del daño podía ser obtenida por «medidas razonables y proporcionadas». Además, se precisa, ya se ha destacado, que ninguna reducción puede ser admitida cuando estas medidas podrían por naturaleza determinar un ataque a la integridad física de la víctima. Dicho de otra manera, el rechazo de cuidados no puede jamás motivar una disminución de la indemnización de los perjuicios que resultan de un daño corporal.

8.º Las disposiciones que conciernen a «las convenciones que se refieren a la reparación» proponen varios cambios en relación con el Derecho actual.

Consagran en primer lugar la validez de las cláusulas que excluyen o limitan la reparación, incluso si afectan a una responsabilidad de naturaleza extracontractual (art. 1382), salvo cuando esta responsabilidad está fundada en una culpa (art. 1382.4, p. 2).

Esta validación en materia extracontractual afecta principalmente a las convenciones que se refieren a las responsabilidades entre vecinos o entre personas que emprenden una actividad común sin estar vinculadas por un contrato de sociedad o de asociación.

Un primer límite a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad o de reparación afecta a la indemnización del daño corporal que no puede ser amputada convencionalmente (art. 1382.1). Luego esta solución, que es reclamada desde hace mucho tiempo por una doctrina cuasiunánime, no ha sido afirmada hasta el presente claramente por la jurisprudencia.

⁴¹ Artículo 77 CVIM.

⁴² Artículo 9-505.

Otra disposición propone considerar nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad estipuladas por un profesional en detrimento de un consumidor cuando no son compensadas por alguna «contrapartida real, seria y claramente estipulada». Está totalmente en la línea de las soluciones que se desprenden de las recomendaciones de la Comisión de cláusulas abusivas.

El texto establece igualmente algunas soluciones actuales y ya admitidas por la jurisprudencia, especialmente la ineficacia de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad en presencia de dolo o de culpa grave y la nulidad de la que tienen por efecto liberar al deudor contractual de toda responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales. Subordina en fin la oponibilidad de la cláusula, en materia contractual, a la posibilidad para la víctima de adquirir conocimiento antes de la formación del contrato y, en materia extracontractual, de una «aceptación no equívoca».

Pero las innovaciones más importantes se refieren a las cláusulas que son designadas hoy en día corrientemente con la expresión «cláusulas penales» y que se ha propuesto llamar «convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales». El grupo estima, en efecto, que no es necesario mantener los artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233, que no son apenas aplicados. Desea, por el contrario, conservar el poder de revisión judicial introducido en 1975, pero piensa que éste es necesario en el sentido de la moderación de las cláusulas «manifiestamente excesivas». En cambio, para las cláusulas «irrisorias», la reglamentación prevista en los artículos 1382 a 1382.4 parece suficiente.

La posibilidad de reducir judicialmente la reparación prevista en el contrato cuando existe ejecución parcial, que permite el actual artículo 1231, merece igualmente ser conservada.

9.º Proponiendo introducir en el Código civil las disposiciones que definen el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación, los miembros del grupo han deseado aportar a las mismas ciertas modificaciones.

La más importante se refiere a la suerte del conductor víctima de un daño a su persona. El momento parece, en efecto, que viene a asimilar al conductor a las otras víctimas, sólo reteniendo contra él, para privarle de indemnización, su «culpa inexcusable», a condición de que haya sido la «causa exclusiva del accidente».

Ciertamente, en 1985, esta asimilación ha podido ser considerada como prematura, no habiendo sido medidas aún las consecuencias de la reducción de las causas de exoneración, pero una nueva etapa parece imponerse hoy en día. En efecto, los conducto-

res están expuestos a los riesgos de la circulación exactamente como los peatones, los ciclistas y los pasajeros. Una asunción de su indemnización por el seguro obligatorio, cuya razón de ser es precisamente la garantía de estos riesgos, parece pues lógica y necesaria. Además, la jurisprudencia ha llegado ya, en un determinado número de casos, a este resultado.

Por lo mismo, la exclusión de los accidentes de tren y de tranvía, admitida en 1985, apenas parece ya justificable. Se constata además que la jurisprudencia rechaza en lo sucesivo casi sistemáticamente admitir la exoneración de la SNCF en caso de accidente corporal, las causas extrañas invocadas para excluir la responsabilidad que surge sobre el fundamento de un incumplimiento de su obligación de seguridad de resultado no siendo prácticamente nunca consideradas que presentan los caracteres de la fuerza mayor, incluso si se trata de culpas de la víctima, *a fortiori* de casos fortuitos o de hechos de un tercero. La aplicación del mismo régimen de responsabilidad a todas las víctimas de accidentes de la circulación en los cuales están implicados vehículos terrestres de motor parece imponerse así por razones de simplicidad y equidad.

La interpretación muy estricta que el Tribunal de Casación adopta actualmente de la culpa inexcusable de la víctima hace inútil el mantenimiento de la disposición relativa especialmente a los menores y las personas ancianas o disminuidas. Para todas las víctimas, parece suficiente exigir la prueba de su culpa inexcusable a fin de rechazar o limitar su indemnización.

Las explicaciones contenidas en este informe sólo se refieren a las cuestiones que parecen más importantes. Deben ser completadas por las que acompañan al propio texto.

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES PRELIMINARES

Este capítulo es especialmente importante, pues toma partido sobre las cuestiones fundamentales y más controvertidas.

Se exige un hecho ilícito o anormal para fundar la responsabilidad, pero precisa que este hecho no exige el discernimiento.

Establece la noción de responsabilidad contractual así como la norma de la no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual que descarta, sin embargo, en caso de daño corporal.

Permite a un tercero al contrato demandar la reparación del daño causado por la inejecución de una obligación contractual, pero somete entonces al tercero a las normas de la responsabilidad

contratual, a no ser que esté en condiciones de demostrar la existencia de un hecho susceptible de entrañar la responsabilidad extracontractual del demandado. En esta última hipótesis, el tercero dispone de una opción entre los dos regímenes.

Artículo 1340⁴³. Todo hecho ilícito o anormal que haya causado un daño a otro obliga al que le sea imputable a repararlo.

De igual manera⁴⁴, toda inejecución de una obligación contractual que haya causado un daño al acreedor obliga al deudor a responder de él.

Artículo 1341⁴⁵. En caso de inejecución de una obligación contractual, ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones específicas de la responsabilidad contractual para optar a favor de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, cuando esta inejecución provoca un daño corporal, el cocontratante puede, para obtener la reparación de este daño, optar a favor de las normas que le son más favorables.

Artículo 1342⁴⁶. Cuando la inejecución de una obligación contractual es la causa directa de un daño sufrido por un tercero, éste puede demandar reparación al deudor en base a los artículos 1362 a 1366. Entonces está sometido a todos los límites y condi-

⁴³ Este texto, que se presenta como un anuncio de los textos ulteriores, utiliza la noción de «hecho ilícito o anormal» para introducir las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual.

⁴⁴ Esta fórmula se dirige a marcar la identidad de las dos responsabilidades, en contra de la utilización de dos palabras diferentes (responder, reparar) por razones de estilo.

⁴⁵ El grupo ha escogido integrar esta disposición después del texto general que anuncia los diferentes casos de responsabilidad antes que modificar la definición de la culpa dada por el artículo 1353. Esta solución permite evitar decir que la persona privada de discernimiento puede cometer una culpa. Además, da a la responsabilidad del enajenado (y eventualmente de los menores) un alcance general que vale para todos los hechos generadores de responsabilidad extracontractual e incluso para la responsabilidad contractual.

Se remarcará que el artículo 1351.1 excluye la exoneración por culpa de la víctima cuando la misma está privada de discernimiento. Los miembros del grupo estiman, en efecto, que la exoneración por culpa de la víctima es una pena privada que sólo debe, en consecuencia, aplicarse a las personas conscientes de las consecuencias de sus actos.

⁴⁶ Este texto es el resultado de largas reflexiones...

Consecuencia de la comunicación de los trabajos del grupo 10 sobre los efectos del contrato frente a terceros, la solución más equilibrada ha parecido la de conceder por principio a los terceros una acción de reparación permitiéndoles valerse de la inejecución del contrato cuando les ha causado un perjuicio (lo que actualmente es admitido por el Tribunal de Casación bajo el ángulo de la asimilación de las culpas), pero sometiendo entonces al tercero a todas las limitaciones nacidas del contrato (cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, cláusulas de competencia, límite de la previsibilidad del daño...). Esta solución respondería al argumento más a menudo invocado contra la asimilación de las culpas (que, actualmente, permite al tercero a la vez fundarse sobre el contrato y eludir todos los inconvenientes). Conduciría igualmente a hacer desaparecer todas las controversias y distinciones vinculadas a las cadenas y a los grupos de contratos, así como absorber la situación de las víctimas indirectas. Sin embargo, el grupo mantiene la posibilidad para el tercero que desea escapar a las limitaciones de un contrato del que no ha sido parte para fundarse sobre la responsabilidad extracontractual, pero debe probar entonces todas las condiciones necesarias para la puesta en juego de esta responsabilidad.

ciones que se imponen al acreedor para obtener reparación de su propio daño.

Puede igualmente obtener reparación sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual, pero con la carga para él de aportar la prueba de uno de los hechos generadores contemplados en los artículos 1352 a 1362.

CAPÍTULO 2. DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES COMUNES A LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. El perjuicio reparable

La definición del perjuicio reparable queda bastante general, pero la alusión a la lesión de un interés colectivo parece útil, principalmente para permitir la reparación del perjuicio ecológico.

Parece igualmente deseable establecer disposiciones especiales a los gastos efectuados para minimizar las consecuencias del hecho dañoso y la pérdida de una oportunidad.

Artículo 1343⁴⁷. Es reparable todo perjuicio⁴⁸ cierto que consista en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo⁴⁹.

Artículo 1344. Los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un perjuicio reparable, desde el momento que han sido razonablemente comprometidos.

⁴⁷ Una discusión se ha entablado sobre la oportunidad de dar en el Código una definición del daño (o del perjuicio) reparable, que hace falta actualmente. A pesar de la dificultad de esta definición, el grupo decide no dejar pasar la ocasión.

El grupo decide, después de discusiones, establecer dos textos en dos puntos discutidos: los gastos efectuados para prevenir la realización de un daño y la pérdida de una oportunidad. En cambio, no parece útil dedicar un artículo especial a las pérdidas de explotación.

⁴⁸ En la medida de lo posible, el grupo ha intentado dar sentidos distintos a los términos «daños» y «perjuicio», designando el daño y el menoscabo a la persona o a los bienes de la víctima y el perjuicio, la lesión de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que resulta de él.

⁴⁹ El término «colectivo» ha sido introducido a fin de permitir a los tribunales admitir especialmente la indemnización del perjuicio ecológico. Sin embargo, el grupo no ha tomado partido sobre el punto de saber quien puede solicitar la reparación (individuos lesionados, asociaciones que agrupan a estos...). Se estima que esta cuestión deriva principalmente del procedimiento.

Artículo 1345. El perjuicio futuro es reparable cuando es la prolongación cierta y directa de un estado de cosa actual⁵⁰.

Cuando la certidumbre del perjuicio depende de un suceso futuro e incierto, el juez puede condenar inmediatamente al responsable subordinando la ejecución de su decisión a la realización de este suceso⁵¹.

Artículo 1346. La pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio reparable distinto de la ventaja que habría procurado esta oportunidad si se hubiese realizado.

§ 2. La relación de causalidad

Parece ilusorio tratar de definir la relación de causalidad con una fórmula general. En cambio, la afirmación de la responsabilidad solidaria de los miembros de un grupo de donde emana el daño, cuando el autor no es identificado, parece útil, siendo susceptible esta solidaridad de aplicarse en circunstancias diversas.

Artículo 1347. La responsabilidad supone establecida una relación de causalidad entre el hecho imputado al demandado y el daño.

Artículo 1348. Cuando un daño es causado por un miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados responden solidariamente sin perjuicio de que cada uno de ellos demuestre que no puede ser el autor del mismo⁵².

§ 3. Las causas de exoneración

El texto establece la noción de causa extraña contentándose con enumerar los hechos de donde proviene. En cambio, define la fuerza mayor tomando una de las formulaciones acogidas por el Tribunal de Casación.

Las modificaciones en relación con las soluciones actuales se refieren a la culpa de la víctima cuyo efecto exoneratorio es excluido cuando el autor está privado de discernimiento y atenuado cuando sufre un daño corporal. En cambio, se precisa que la culpa intencional de la víctima la priva de toda reparación.

⁵⁰ Esta fórmula procede de algunas sentencias del Tribunal de Casación.

⁵¹ Esta solución, admitida por la jurisprudencia en beneficio de las víctimas seropositivas amenazadas por el SIDA, parece generalizable.

⁵² Este texto, que evoca la jurisprudencia bien conocida sobre los accidentes de casa, podría aportar una solución en otras situaciones, en particular en caso de daños causados por un producto distribuido por algunas empresas, todas identificadas, cuando no puede establecerse cual de ellas ha vendido el producto que está en el origen de los perjuicios sufridos por las víctimas.

Artículo 1349. La responsabilidad no es contraída cuando el daño se debe a una causa extraña que presenta los caracteres de la fuerza mayor.

La causa extraña puede proceder de un caso fortuito, del hecho de la víctima o del hecho de un tercero del que el demandado no ha de responder.

La fuerza mayor consiste en un suceso irresistible que el agente no podía prever o del que no podía evitar los efectos mediante medidas apropiadas.

Artículo 1350. La víctima es privada de toda reparación cuando ha buscado voluntariamente el daño.

Artículo 1351. La exoneración parcial sólo puede resultar de una culpa de la víctima habiendo concurrido a la producción del daño⁵³. En caso de ataque a la integridad física, solo la culpa grave puede entrañar la exoneración parcial⁵⁴.

Artículo 1351.1. Las exoneraciones previstas en los dos artículos precedentes no son aplicables a las personas privadas de discernimiento.

SECCIÓN 2. DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. El hecho personal

Una definición de alcance general de la culpa es propuesta así como una precisión relativa a la culpa de la persona jurídica que puede referirse a su organización o a su funcionamiento.

Artículo 1352. Toda culpa obliga a su autor a reparar el daño que ha causado.

Constituye una culpa la violación de una norma de conducta impuesta por una ley o un reglamento o el incumplimiento del deber general de prudencia o diligencia.

No existe culpa cuando el autor se encuentra en una de las situaciones previstas en los artículos 122.4 a 122.7 del Código penal⁵⁵.

⁵³ Han tenido lugar discusiones para determinar si conviene escribir «de su propio daño», lo que tendría por efecto condenar la oponibilidad de la culpa de la víctima inicial a las víctimas indirectas (solución admitida por el Tribunal de Casación que se ha pronunciado sobre este punto en Asamblea plenaria de 1981). La redacción escogida presenta la ventaja de dejar abierta la posibilidad de una evolución.

⁵⁴ Esta solución no es admitida actualmente en Derecho positivo. Es una manifestación favorable respecto de las víctimas de daños corporales.

⁵⁵ Definiendo los hechos justificativos.

Artículo 1353. La culpa de la persona jurídica se entiende no solamente la que es cometida por un representante, sino también la que resulta de un defecto de organización o de funcionamiento ⁵⁶.

§ 2. El hecho de las cosas ⁵⁷

Este párrafo se dirige a establecer las soluciones jurisprudenciales admitidas actualmente.

Artículo 1354. Se responde de pleno derecho ⁵⁸ de los daños causados por el hecho de las cosas que uno tiene bajo su guardia.

Artículo 1354.1. El hecho de la cosa es establecido desde el momento en que ésta, en movimiento, ha entrado en contacto con la sede del daño.

En los otros casos, corresponde a la víctima probar el hecho de la cosa, estableciendo ya el vicio de ésta, ya la anormalidad de su posición o de su estado.

Artículo 1354.2. El guardián es el que tiene el dominio de la cosa en el momento del hecho dañoso.

El propietario se presume guardián.

Artículo 1354.3. Ni el vicio de la cosa, ni el trastorno físico del guardián constituyen una causa de exoneración.

Artículo 1354.4. Los artículos 1354 a 1354.3 son aplicables a los daños causados por los animales.

§ 2. El hecho de otro

La lista de casos de responsabilidad por otro es modificada profundamente en relación con el Derecho actual. Los regímenes especiales de responsabilidad del artesano por el hecho de sus

⁵⁶ La noción de «defecto de organización o de funcionamiento», corrientemente admitida por las jurisdicciones administrativas, parece útilmente transportable al derecho privado.

⁵⁷ Una discusión ha tenido lugar en el seno del grupo sobre la utilidad y la oportunidad del mantenimiento del régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas tal como ha sido construida por la jurisprudencia sobre el fundamento del artículo 1384, párrafo 1.º del Código civil.

Esta construcción ha perdido una parte de su interés desde la promulgación de la Ley de 5 de julio de 1985 sobre la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación.

Además, ningún otro país conoce un régimen semejante y parece, en comparación con los Derechos extranjeros, de una gran severidad. Algunos se preguntan si no sería deseable reemplazarlo por un principio de responsabilidad de pleno derecho por el hecho de las actividades peligrosas, como el que admite la jurisprudencia administrativa. Esta solución aproximaría el Derecho francés al de la mayor parte de los Derechos europeos.

Finalmente, la mayoría se pronuncia por el mantenimiento y la consagración legislativa de la doctrina jurisprudencial.

⁵⁸ Esta precisión es establecida para indicar claramente que no existe exoneración posible por ausencia de culpa.

aprendices y del institutor por el hecho de sus alumnos son suprimidos.

Los casos considerados se conectan a dos modelos diferentes. Ciertamente están fundados sobre el control del modo de vida de los menores y los mayores cuyo estado o situación necesita una vigilancia particular. Otros contemplan las personas que controlan la actividad de otro y se benefician de ésta. En el segundo modelo son contempladas no solamente la responsabilidad del comitente por el hecho de su encargado, sino también la de las personas físicas o jurídicas que encuadran la actividad de los profesionales no encargados y están interesadas en esta actividad.

Estas responsabilidades son estrictas. No están subordinadas a la prueba de la culpa del responsable, sino a la de un hecho que habría sido susceptible de comprometer la responsabilidad personal del autor directo si no había actuado bajo el control de otro.

La responsabilidad personal del encargado puede ser comprometida a condición de que la víctima no pueda obtener reparación ni del comitente ni de su asegurador. En cambio, la de los profesionales no encargados del que responde otro permanece sometida al Derecho común.

Artículo 1355⁵⁹. Se es responsable de pleno derecho de los daños causados por aquellos de los que se regula el modo de vida o del que organiza, encuadra o controla la actividad en su propio interés⁶⁰.

Esta responsabilidad tiene lugar en los casos y en las condiciones previstas en los artículos 1356 a 1360. Supone la prueba de un hecho susceptible de comprometer la responsabilidad del autor directo del daño.

Artículo 1356. Son responsables de los daños causados por un menor:

- sus padres en tanto que ejerzan la patria potestad;
- el tutor en caso de fallecimiento de éstos;
- la persona física o jurídica encargada por decisión judicial o administrativa o por convención de regular el modo de vida del menor. Esta responsabilidad puede acumularse con la de los padres o del tutor⁶¹.

⁵⁹ Este artículo es un texto que anuncia diferentes casos de responsabilidad por el hecho de otro.

⁶⁰ Una duda se ha manifestado respecto a la elección entre «beneficio», «ventaja» e «interés». Este último término ha sido preferido porque es más neutral que los otros y susceptible de englobar el caso de la ayuda benévola.

⁶¹ Esta posibilidad de acumulación es excluida actualmente por el Tribunal de Casación. Ha sido objeto de discusiones en el seno del grupo de trabajo.

Artículo 1357. Es responsable de los daños causados por un mayor cuyo estado o situación⁶² necesita una vigilancia particular la persona física o jurídica encargada, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular su modo de vida.

Artículo 1358. Las otras personas que asumen, a título profesional, una misión de vigilancia de otro, responden del hecho del autor directo del daño, a no ser que demuestren que no han cometido culpa⁶³.

Artículo 1359. El comitente es responsable de los daños causados por su encargado. Es comitente el que tiene el poder de dar ordenes o instrucciones en relación con el cumplimiento de las funciones de encargado⁶⁴.

El comitente no es responsable si prueba que el encargado ha actuado fuera de las funciones para las que fue empleado, sin autorización y a fines ajenos a sus atribuciones⁶⁵. No lo es en lo sucesivo si establece que la víctima no podía legítimamente creer que el encargado actuaba por cuenta del comitente⁶⁶.

Artículo 1359.1. El encargado que, sin cometer una culpa intencional, ha actuado en el marco de sus funciones, con fines conformes a sus atribuciones y sin desobedecer las ordenes de su comitente, puede ver su responsabilidad personal comprometida por la víctima a condición para ésta de probar que no ha podido obtener del comitente ni de su asegurador reparación de su daño⁶⁷.

Artículo 1360⁶⁸. En ausencia de una relación de preposición, el que encuadra u organiza la actividad profesional de otra persona

⁶² El estado designa una deficiencia física o mental, mientras que la situación contempla, por ejemplo, el caso del encarcelamiento o del control ejercido por una autoridad judicial o una persona delegada por ésta.

⁶³ Este texto contempla, por ejemplo, la asistencia maternal, el centro de ocio o la escuela en la que un menor ha sido confiado temporalmente por sus padres.

⁶⁴ Esta definición es más estricta que la que es admitida hoy en día por la jurisprudencia. Esto se explica por la existencia de otros casos de «control de la actividad de otro» (ver artículo 1360).

⁶⁵ Esta fórmula es la que ha utilizado la Asamblea plenaria en su sentencia de 19 de mayo de 1988.

⁶⁶ Este texto recoge una jurisprudencia consolidada. Procede de la idea de que si la víctima es de mala fe, el comitente debe ser exonerado incluso si no ha acumulado las tres condiciones que, en la primera fase, son constitutivas del abuso de funciones que exoneran al comitente.

⁶⁷ Esta disposición propone modificar la solución adoptada por la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación en su sentencia *Costedoat* de 25 de febrero de 2000. En lugar de eliminar la responsabilidad personal del encargado, la hace subsidiaria en relación con la del comitente.

⁶⁸ Las hipótesis contempladas por los dos párrafos de este artículo no son exactamente las mismas:

El párrafo 1.º designa a los «asalariados libres», es decir, a los que no reciben «ordenes ni instrucciones» (por ejemplo, el médico asalariado).

El párrafo 2.º contempla esencialmente las relaciones franquiciadores-franquiciados, sociedades matrices-filiales (de aquí la precisión «aunque actúen por su propia cuenta»).

y obtiene una ventaja económica es responsable de los daños causados por ésta en el ejercicio de esta actividad. Así es especialmente en los establecimientos de cuidados por los daños causados por los médicos que emplean. Corresponde al demandante establecer que el hecho dañoso resulta de la actividad considerada.

Igualmente, es responsable el que controla la actividad económica o patrimonial de un profesional en situación de dependencia, aunque actúe por su propia cuenta, cuando la víctima establece que el hecho dañoso está en relación con el ejercicio del control. Así es especialmente en las sociedades matrices por los daños causados por sus filiales o concedentes por los daños causados por sus concesionarios.

§ 4. Las perturbaciones de vecindad

El régimen construido por la jurisprudencia es mantenido. En cambio, su ámbito es modificado, pues ha parecido que la responsabilidad del empresario por los daños causados a los vecinos del dueño de la obra manifiesta otra lógica.

Artículo 1361. El propietario, el detentador o el explotador de un fundo, que provoca una perturbación que excede los inconvenientes normales de la vecindad, es responsable de pleno derecho de las consecuencias de esta perturbación.

§ 5. Las actividades peligrosas ⁶⁹

Esta disposición es innovadora. Está destinada a dotar al Derecho francés de un régimen de responsabilidad adaptado principalmente a las catástrofes industriales de gran amplitud.

Artículo 1362. Sin perjuicio de disposiciones especiales ⁷⁰, el explotador de una actividad anormalmente peligrosa, incluso lícita, está obligado a reparar el daño consecutivo a esta actividad.

⁶⁹ Se ha visto (supra nota 15) que una discusión ha tenido lugar en el seno del grupo sobre la oportunidad de mantener la responsabilidad por el hecho de las cosas o de adoptar un modelo del tipo «responsabilidad por el hecho de las actividades peligrosas» conocido por muchos Derechos extranjeros. Para algunos, el hecho de haber optado a favor del mantenimiento de la responsabilidad por el hecho de las cosas sólo dejará utilidad a la admisión de una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de actividades peligrosas si este régimen es caracterizado por una limitación más estricta de las causas de exoneración (que prevé el párrafo 2). Para otros, las disposiciones de los artículos 1354 a 1354.4, de una parte, y 1362, de otra parte, no se aplicarían a las mismas situaciones: ver, a este respecto, el informe introductorio, 5.º.

⁷⁰ Se trata de los textos que instituyen una responsabilidad de pleno derecho a cargo de ciertos explotadores, principalmente las compañías aéreas por los daños causados al suelo por los aparatos, las explotaciones de teleféricos por los daños causados a los terceros, las explotaciones de reactores nucleares por los accidentes acaecidos en el lugar, etcétera.

Se considera anormalmente peligrosa la actividad que crea un riesgo de daños graves pudiendo afectar a un gran número de personas simultáneamente⁷¹.

El explotador sólo puede exonerarse estableciendo la existencia de una culpa de la víctima en las condiciones previstas en los artículos 1349 a 1351.1.

SECCIÓN 3. DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El hecho generador de la responsabilidad contractual es la inexecución que se aprecia en función del alcance del compromiso. Un reenvío al artículo 1149 que define las obligaciones de medios y de resultado ha parecido necesario. Sin embargo, otra redacción de este texto es propuesta a fin de evitar toda redundancia⁷².

El papel de la mora es, además, precisado.

Tras la discusión, el rechazo de la reparación del daño contractual imprevisible ha sido establecido.

Artículo 1363. El acreedor de una obligación surgida de un contrato válidamente formado puede, en caso de inexecución⁷³, demandar al deudor la reparación de su perjuicio sobre el fundamento de las disposiciones de la presente sección.

Artículo 1364. En el caso en que el deudor se obliga a procurar un resultado en el sentido del artículo 1149, la inexecución es establecida por el solo hecho de que el resultado no es alcanzado, a no ser que el deudor justifique una causa extraña en el sentido del artículo 1349.

En todos los otros casos, debe reparación si no ha efectuado todas las diligencias necesarias.

Artículo 1365. La reparación del perjuicio que resulta del retraso supone la mora previa del deudor. La mora es requerida

⁷¹ La hipótesis contemplada es la de los daños masivos, por ejemplo los que resultan de un accidente industrial como el que destruyó la fábrica AZF en Toulouse.

⁷² Esta redacción es la siguiente:

«La obligación es de resultado cuando el deudor se obliga a alcanzar el fin definido por el contrato.

La obligación es de medios cuando el deudor se obliga solamente a suministrar los cuidados y diligencias normalmente necesarias para la realización de este fin. Esta obligación es más o menos amplia relativamente a ciertos contratos cuyos efectos a este respecto son explicados en los títulos que los conciernen (esta última frase es tomada del artículo 1137 actual del Código civil).

⁷³ La inexecución es entendida aquí en un sentido general que engloba la ejecución defectuosa o tardía.

para la reparación de cualquier otro perjuicio cuando es necesaria para caracterizar la inejecución⁷⁴.

Artículo 1366. Salvo dolo o culpa grave de su parte, el deudor sólo está obligado a reparar las consecuencias de la inejecución razonablemente previsibles en el momento de la formación del contrato.

CAPÍTULO III: DE LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN 1. PRINCIPIOS

Artículo 1367. El crédito de reparación nace en el día de la realización del daño o, en caso de daño futuro, en el día en que su certidumbre es adquirida.

Esta disposición está destinada a clarificar el Derecho positivo que sobre este punto es ambiguo.

Artículo 1368. La reparación puede, a elección del juez, adoptar la forma de una reparación en especie o de una condena por daños y perjuicios, pudiendo estos dos tipos de medidas acumularse a fin de asegurar la reparación íntegra del perjuicio.

La noción de «reparación en especie» es establecida, comprendiendo la materia contractual.

§ 1. La reparación en especie

Este párrafo reglamenta las medidas de reparación en especie stricto sensu. Las que son previstas por los actuales artículos 1143 y 1144 relativos a la ejecución y no proceden del título «De la responsabilidad».

Artículo 1369. Cuando el juez ordena una medida de reparación en especie, ésta debe ser específicamente apta para suprimir, reducir o compensar el daño.

Artículo 1369.1. Cuando el daño es susceptible de agravarse, de renovarse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, a solicitud de la víctima, cualquier medida propia para evitar estas consecuencias, comprendiendo en caso de necesidad la cesación de la actividad dañina.

⁷⁴ La reglamentación de la mora es reenviada al grupo que trabaja sobre la ejecución del contrato.

El juez puede igualmente autorizar a la víctima a tomar ella misma estas medidas siendo los gastos del responsable. Este puede ser condenado a pagar por adelantado las sumas necesarias.

§ 2. La indemnización de daños y perjuicios

Los principios innovadores previstos se refieren a los daños y perjuicios punitivos que son autorizados con ciertas condiciones (art. 1371), la posibilidad de reducir la indemnización cuando la víctima no ha probado una diligencia suficiente para reducir el daño o evitar la agravación (art. 1373) así como la obligación para el juez de evaluar distintamente cada uno de los aspectos del perjuicio alegados (art. 1374) y la posibilidad que le es reconocida, en circunstancias particulares, de afectar los daños y perjuicios a una medida de reparación específica (art. 1377).

Artículo 1370. Con la reserva de disposición o de convención contrarias, la asignación de daños y perjuicios debe tener por objeto situar a la víctima en la medida en que sea posible en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar. No debe resultar para ella ni pérdida ni beneficio⁷⁵.

Artículo 1371. El autor de una culpa manifiestamente deliberada, y principalmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de a la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios, a la indemnización de los daños punitivos, de los cuales el juez tiene la facultad de hacer beneficiar en una parte al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tal indemnización de daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su montante se distingue del de los otros daños y perjuicios acordados a la víctima. Los daños punitivos no son asegurables.

Artículo 1372. El juez evalúa el perjuicio en el día en que emite su decisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias que han podido afectarle en su consistencia como en su valor, así como su evolución razonablemente previsible.

Artículo 1373. Cuando la víctima tenía la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar la agravación, se tendrá en cuenta su abstención mediante una reducción de su indemnización, salvo

⁷⁵ La reserva de las disposiciones o convenciones contrarias permite hacer este texto compatible con los de la cláusula de indemnización a tanto alzado (art. 1383) así como con las disposiciones legales o reglamentarias que limitan la reparación de determinados daños. Además, debería asegurar la compatibilidad con el artículo siguiente referente a los daños punitivos.

cuando las medidas sean susceptibles de determinar un ataque a su integridad física.

Artículo 1374. El juez debe evaluar de manera distinta cada uno de los aspectos del perjuicio alegados que tome en cuenta. En caso de rechazo de una demanda relativa a un aspecto del perjuicio, el juez debe motivar especialmente su decisión.

Artículo 1375. Si la víctima establece que un aspecto del perjuicio no ha constituido objeto todavía de una demanda de su parte o que su daño se ha agravado, puede obtener en todo momento una reparación complementaria, llegado el caso, por la introducción de una acción nueva.

Artículo 1376. La indemnización puede ser concedida a elección del juez en forma de un capital o de una renta, con reserva de las disposiciones del artículo 1379.3.

Artículo 1377. Salvo circunstancias particulares que justifiquen la afectación por el juez de los daños y perjuicios a una medida de reparación específica ⁷⁶, la víctima tiene libertad para disponer como lo considere oportuno de las sumas que le son concedidas.

§ 3. Incidencia de la pluralidad de responsables

Las soluciones adoptadas están muy próximas a las que admite hoy en día la jurisprudencia.

Artículo 1378. Todos los responsables de un mismo daño están obligados solidariamente ⁷⁷ a la reparación.

Si todos los coautores han visto establecida su responsabilidad por culpa probada, su contribución se hace en proporción a la gravedad de sus culpas respectivas.

Si alguno de los coautores no se encuentra en este caso, contribuyen todos por partes iguales.

De otro modo, la contribución es, en función de la gravedad de las culpas respectivas, a cargo de los únicos coautores, cuya culpa es probada, lo haya sido por la víctima o lo sea solamente con ocasión de un recurso ⁷⁸.

⁷⁶ El texto no define estas «circunstancias particulares». Uno de los casos en que la afectación de los daños y perjuicios es más a menudo preconizada es el de los atentados al medio ambiente.

⁷⁷ Ha parecido inútil mantener la distinción entre obligación *in solidum* y solidaridad.

⁷⁸ Sobre este último punto, la solución propuesta es diferente a la que establece la jurisprudencia actual.

Artículo 1378.1⁷⁹. Es inadmisibile el recurso de contribución contra un pariente de la víctima cuando no está asegurado y que el recurso tenga por efecto privar directamente o indirectamente a ésta, en razón de la comunidad de vida que mantiene con el demandado en el recurso, de la reparación a la que tiene derecho.

Igualmente es inadmisibile el recurso de un deudor de indemnización ejercitada contra la sucesión de la víctima directa o contra el asegurador de ésta.

SECCIÓN 2. NORMAS PARTICULARES SOBRE LA REPARACIÓN DE CIERTAS CATEGORÍAS DE DAÑOS

§ 1. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un daño a la integridad física

Las disposiciones que siguen tienen por objeto dar un verdadero marco jurídico a la indemnización del daño corporal que hoy en día es casi abandonada al poder soberano de los jueces del fondo. Se dirigen a restaurar en este ámbito a la vez la seguridad jurídica, la igualdad entre los justiciables y la eficacia de la reparación.

Artículo 1379. En caso de daño a su integridad física, la víctima tiene derecho a la reparación de sus perjuicios económicos y profesionales correspondiendo principalmente a los gastos expuestos y a los gastos futuros, a las pérdidas de rentas y a las ganancias pérdidas, así como a la reparación de sus perjuicios no económicos y personales tales como el perjuicio funcional⁸⁰, los sufrimientos padecidos, el perjuicio estético, el perjuicio específico de belleza, el perjuicio sexual y el perjuicio de establecimiento.

Las víctimas indirectas tienen derecho a la reparación de sus perjuicios económicos consistentes en gastos diversos y pérdidas de ingresos así como de sus perjuicios personales de afección y de acompañamiento.

El juez debe distinguir en su decisión cada uno de los perjuicios económicos o personales que indemniza⁸¹.

⁷⁹ Este texto extiende las soluciones que han sido admitidas por la jurisprudencia en materia de accidentes de circulación.

⁸⁰ Se podría designar este perjuicio con otras expresiones como «perjuicio psicológico» o «déficit funcional».

⁸¹ Esta enumeración de los aspectos del perjuicio es útil, no solamente para obligar a los jueces del fondo a motivar suficientemente sus decisiones sobre la reparación, sino también para permitir la imputación del recurso de los terceros pagadores partida por partida, tal como lo prevé el artículo 1379.6.

Artículo 1379.1. La amplitud del perjuicio funcional es determinada según el baremo de invalidez establecido por decreto.

Artículo 1379.2. El daño corporal debe ser apreciado sin que se deban tener en cuenta eventuales predisposiciones de la víctima desde el momento que éstas no hayan tenido ya consecuencias perjudiciales en el momento en que se produce el hecho dañoso⁸².

Artículo 1379.3. La indemnización debida por título de ganancia profesional frustrada, de pérdida de sustento material o de asistencia de una tercera persona se hace, salvo decisión contraria especialmente motivada, en forma de renta indiciaria. El juez tiene libertad para elegir el índice⁸³.

El juez puede en adelante prever que la renta será revisada en caso de disminución o de agravación del daño, a condición de precisar explícitamente la periodicidad y las condiciones de la revisión.

Artículo 1379.4. Los terceros pagadores que han pagado a la víctima de un perjuicio que resulta de un ataque a su integridad física las prestaciones enumeradas limitativamente a continuación disponen de un recurso subrogatorio contra la persona obligada a la reparación o a su asegurador por imputación sobre los derechos de la víctima.

Artículo 1379.5⁸⁴. Dan derecho a recurso las prestaciones siguientes, cuando tienen un vínculo directo con el hecho dañoso:

1. Las prestaciones pagadas por los organismos, establecimientos y servicios que administran un régimen obligatorio de seguridad social y por los que están mencionados en los artículos 1106.9, 1234.8 y 1234.20 del Código agrario.

2. Las prestaciones enumeradas en el II del artículo 1.º de la ordenanza núm. 59-76 de 7 de enero de 1959 relativa a las acciones de reparación civil del Estado y de otras personas públicas.

3. Las sumas pagadas para reembolsar los gastos de tratamiento médico y de reeducación.

⁸² Esta cuestión de la influencia de las predisposiciones de la víctima ha dado lugar a una jurisprudencia muy compleja. La fórmula propuesta expresa la posición que aparece adoptada hoy en día por la mayor parte de las sentencias.

⁸³ Esta disposición debería entrañar la derogación del artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1974 relativa a la revalorización de las rentas indemnizatorias en materia de accidentes de circulación.

⁸⁴ Los artículos 1379.5 y 1379.6 reproducen al artículo 29 de la Ley de 5 de julio de 1985 y al artículo 131.2 del Código de seguros. Podrían ser reemplazados por un simple reenvío a estos textos (ver, a este respecto, el informe introductorio, I, 2.º), pero el grupo ha preferido reproducir éstos por razones de comodidad práctica y a fin de establecer la solución dada por la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación el 1 de diciembre de 2003 con respecto a las prestaciones indemnizatorias pagadas por los aseguradores de personas.

4. Los salarios y los accesorios del salario mantenidos por el empleador durante el período de inactividad consecutivo al suceso que ha ocasionado el daño;

5. Las indemnizaciones diarias por enfermedad y las prestaciones de invalidez pagadas por los grupos mutualistas regidos por el código de la mutualidad, las instituciones de previsión regidas por el código de la seguridad social o el código agrario y las sociedades de seguros regidas por el código de seguros.

Artículo 1379.6. Cuando se ha previsto en el contrato, el recurso subrogatorio del asegurador que ha pagado a la víctima un adelanto sobre la indemnización por el hecho del accidente puede ser ejercitado contra la persona obligada a la reparación en el límite del saldo disponible después del pago de los terceros contemplados en el artículo precedente. Debe ser ejercido, si hay lugar, en los plazos concedidos por la ley a los terceros pagadores para producir sus créditos.

En los contratos de seguro que garantizan la indemnización de los perjuicios que resultan de un ataque a la persona, el asegurador puede ser subrogado en los derechos del contratante o de los causahabientes contra el tercero responsable para el reembolso de las prestaciones indemnizatorias previstas en el contrato. Las prestaciones se consideran que tienen un carácter indemnizatorio, cuando, incluso calculadas en función de elementos predeterminados, se miden por el perjuicio sufrido y dependen de ello en sus modalidades de cálculo y atribución.

Artículo 1379.7⁸⁵. Los recursos subrogatorios de los terceros pagadores se ejercen operación por operación en el límite de la parte de indemnización puesta a cargo del responsable reparando los perjuicios que han contribuido a indemnizar por sus prestaciones. Estos recursos se ejercen en las mismas condiciones si el juez sólo ha reparado la pérdida de una oportunidad.

Artículo 1379.8. Fuera de las prestaciones mencionadas en el artículo 1379.5, ningún pago efectuado en beneficio de la víctima en virtud de una obligación legal, convencional o estatutaria, da derecho a una acción contra la persona obligada a la reparación o a su asegurador⁸⁶.

Toda disposición contraria a las prescripciones de los artículos 1379 a 1379.8 se considera no escrita a no ser que sea más favorable para la víctima.

⁸⁵ La adopción de esta disposición entrañaría la derogación del artículo 31 de la Ley de 5 de julio de 1985 y la modificación de los artículos 736.1, párrafo 3 y 454.1, párrafo 3 del Código de la Seguridad Social.

⁸⁶ Esta disposición recoge el artículo 33 de la Ley de 5 de julio de 1985.

§ 2. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un daño a los bienes

Estas normas reproducen las soluciones admitidas por la jurisprudencia y generalmente aprobadas por la doctrina.

Artículo 1380. En caso de destrucción o deterioro de un bien, la víctima tiene derecho, sin deducción en el título de la antigüedad, a una indemnización permitiéndole el reemplazamiento o la entrega en condiciones adecuadas del bien. No se tiene en cuenta la plusvalía eventualmente inherente a la reparación.

Sin embargo, si el coste de la reparación es más elevado que el del reemplazamiento, la víctima sólo puede exigir este último.

Artículo 1380.1. Cuando el bien no puede ser ni reparado ni reemplazado, la víctima tiene derecho al valor de éste en su estado anterior al daño, estimado en el día de la decisión. El responsable puede exigir que el bien le sea entregado en su estado actual. Sucede lo mismo cuando éste, destinado a la venta, no está ya en situación de ser vendido.

Artículo 1380.2. Si, no obstante las reparaciones, el bien ha perdido una parte de su valor, la víctima tiene derecho a una indemnización por depreciación.

Además, tiene derecho a la indemnización de los daños consecutivos a la privación del goce y, llegado el caso, de las pérdidas de explotación.

§ 3. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan del retraso en el pago de una suma de dinero

Estas normas son las que enuncia el actual artículo 1153. En cambio, las que figuran en el artículo 1153.1 no tienen su lugar en el Código civil, sino en el Código de procedimiento civil.

Artículo 1381⁸⁷. La indemnización del perjuicio resultante del retraso en el pago de una suma de dinero consiste en una condena a los intereses al tipo legal.

Estos daños y perjuicios se deben sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida. Sólo son debidos en el día de la mora⁸⁸, excepto en el caso en que la ley los hace correr de pleno derecho.

⁸⁷ Este texto recoge casi íntegramente el artículo 1153 actual. Simplemente, en el último párrafo «independiente del retraso» ha sido reemplazado por «suplementario» y la reserva, bastante misteriosa, de «las normas particulares en el comercio y en la fianza» ha sido suprimida.

⁸⁸ La definición de la mora (intimación para pagar...) no se recoge. Deberá ser elaborada por el grupo encargado de la ejecución.

El acreedor al que su deudor con retraso ha causado un perjuicio suplementario, puede obtener indemnización de daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito.

SECCIÓN 3. LAS CONVENCIONES RELATIVAS A LA REPARACIÓN

§ 1. Convenciones que excluyen o limitan la reparación

Se propone autorizar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en materia extracontractual desde el momento en que la responsabilidad no está fundada en la culpa. En cambio, las diferentes limitaciones que la jurisprudencia ha introducido o que la doctrina ha propuesto para limitar la validez o la eficacia de estas cláusulas en materia contractual son establecidas.

Disposiciones especiales han sido previstas a fin de imponer la aceptación de la cláusula por la persona que debe sufrir las consecuencias.

Artículo 1382. Las convenciones que tienen por objeto excluir o limitar la reparación son en principio válidas, tanto en materia contractual como extracontractual⁸⁹.

Artículo 1382.1. Nadie puede excluir o limitar la reparación de un daño corporal del que es responsable⁹⁰.

Artículo 1382.2. Un contratante no puede excluir o limitar la reparación del daño causado a su cocontratante por una culpa dolosa o grave o por el incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales⁹¹.

En ausencia de contrapartida real, seria y claramente estipulada, un profesional no puede excluir o limitar su obligación de reparar el daño contractual causado a un no profesional o consumidor⁹².

Artículo 1382.3. En materia contractual, la parte a la que es opuesta una cláusula que excluya o limite la reparación debe haber podido tener conocimiento de ella antes de la formación del contrato.

⁸⁹ El reconocimiento de la validez de las convenciones que restringen una responsabilidad de naturaleza delictual es una innovación importante en relación con el Derecho actual. Se refiere principalmente a las relaciones entre vecinos o entre personas que ejercen una actividad en común sin haber concluido un contrato de sociedad o de asociación. Esta validez es admitida por numerosos Derechos extranjeros.

⁹⁰ Esta solución no ha sido afirmada hasta el momento explícitamente por la jurisprudencia, aunque sea preconizada casi unánimemente por la doctrina.

⁹¹ Estas soluciones son afirmadas hoy en día por la jurisprudencia.

⁹² Esta solución puede parecer nueva. En realidad, está totalmente en la línea de las posiciones adoptadas por la Comisión de cláusulas abusivas.

Artículo 1382.4. En materia extracontractual, uno no puede excluir o limitar la reparación del daño que se ha causado por su culpa⁹³.

En los otros casos, la convención sólo produce efecto si el que la invoca prueba que la víctima la había aceptado de manera no equívoca.

§ 2. Convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales

Ha parecido inútil conservar la distinción entre cláusula penal y cláusula de indemnización a tanto alzado así como las disposiciones de los actuales artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233, que no son casi nunca aplicadas y cuyo significado es controvertido. En cambio, los dos sistemas de revisión judicial reglamentados actualmente por los artículos 1152 y 1231 son mantenidos, con la excepción de la facultad de revisión al alza de una penalidad manifiestamente irrisoria que no parece apenas utilizada.

Artículo 1383. Cuando las partes han fijado por adelantado la reparación debida, el juez puede, incluso de oficio, moderar la sanción convenida si es manifiestamente excesiva.

El juez dispone del mismo poder respecto de las cláusulas cuyo objeto consiste en constreñir al deudor contractual a la ejecución.

Cuando el compromiso ha sido ejecutado en parte, la sanción convenida puede, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del párrafo precedente.

Toda estipulación en contra se considera no escrita.

SECCIÓN 4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La disposición que figura hoy en día en el artículo 2270.1 es recogida con la excepción de la palabra «extracontractual». Se propone someter a la misma prescripción la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad extracontractual.

Artículo 1384. Las acciones de responsabilidad civil prescriben a los diez años a contar de la manifestación del daño o de su agravamiento, sin consideración, en caso de daño corporal, a la fecha de la consolidación⁹⁴.

⁹³ Esta disposición limita seriamente el alcance del principio establecido por el artículo 1382.

⁹⁴ Esta precisión no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Casación que ha introducido, contrariamente al texto, esta referencia a la fecha de consolidación.

CAPÍTULO IV. DE LOS PRINCIPALES REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD O DE INDEMNIZACIÓN

SECCIÓN 1. LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Las disposiciones que siguen son muy próximas a los artículos 1 a 6 de la Ley de 5 de julio de 1985. Sin embargo, se separan de ella en tres puntos:

El conductor es asimilado a las otras víctimas;

Los accidentes de ferrocarril y de tranvía son asimilados a los otros accidentes en los que un vehículo terrestre con motor está implicado;

La disposición referente especialmente a los menores, las personas mayores y las personas impedidas es suprimida, de tal manera que todas las víctimas pueden ver que se les opone su culpa inexcusable si ha sido la causa exclusiva del accidente.

Artículo 1385. Las víctimas de un accidente de circulación en el que está implicado un vehículo terrestre con motor así como sus remolques o semirremolques son indemnizadas de los daños imputables a este accidente por el conductor o el guardián del vehículo implicado, incluso cuando son transportadas en virtud de un contrato.

No constituye un accidente de circulación el que resulta de la utilización de un vehículo inmóvil y en una función extraña al desplazamiento.

En caso de accidente complejo, cada vehículo que ha intervenido por el título que sea en el acaecimiento del accidente está implicado en él.

Incluso cuando un único vehículo está implicado en un accidente, cualquier víctima puede demandar reparación a uno de los deudores de la indemnización, incluido el guardián del conductor o el conductor del guardián⁹⁵.

Artículo 1385.1. No se puede oponer a las víctimas el caso fortuito o el hecho de un tercero incluso cuando presenten los caracteres de la fuerza mayor.

Artículo 1385.2. Las víctimas son indemnizadas de los perjuicios que resultan de los ataques a su persona, sin que pueda serles opuesta su propia culpa con la excepción de su culpa inexcusable si ha sido la causa exclusiva del accidente.

Sin embargo, en el caso contemplado en el párrafo precedente, las víctimas no son indemnizadas por el autor del accidente de los

⁹⁵ Estos tres últimos párrafos explicitan soluciones que la jurisprudencia ha establecido desde 1985.

perjuicios que resultan de los ataques a su persona cuando han buscado voluntariamente el daño que han sufrido.

Artículo 1385.3. La culpa cometida por la víctima tiene por efecto limitar o excluir la indemnización de los perjuicios que resultan de un ataque a sus bienes; la exclusión de la indemnización debe estar especialmente motivada con referencia a la gravedad de la culpa.

Los suministros y aparatos entregados en virtud de prescripción médica dan lugar a indemnización según las normas aplicables a la reparación de los ataques a la persona.

Cuando el conductor de un vehículo terrestre con motor no es el propietario, la culpa de este conductor puede ser opuesta al propietario para la indemnización de los daños causados a su vehículo. El propietario dispone de un recurso contra el conductor.

Artículo 1385.4. Los perjuicios de la víctima indirecta son reparados teniendo en cuenta las limitaciones o exclusiones oponibles a la víctima directa.

La culpa de la víctima indirecta le es oponible en las condiciones previstas en los artículos 1385.2 y 1385.3⁹⁶.

Artículo 1385.5. Los deudores de indemnización están obligados solidariamente frente a la víctima.

Cuando terceros son responsables de un accidente de circulación sobre el fundamento del Derecho común, están obligados igualmente de manera solidaria.

El conductor o el guardián de un vehículo terrestre con motor implicado en un accidente de circulación dispone de un recurso subrogatorio contra otros conductores o guardianes de vehículos implicados o contra terceros responsables del accidente en virtud del Derecho común. De igual manera, el responsable de un accidente de circulación sobre el fundamento del Derecho común puede ejercer un recurso subrogatorio contra los conductores o guardianes de vehículos implicados en el accidente.

La contribución a la deuda indemnizatoria se regula según las disposiciones de los artículos 1378 y 1378.1.

SECCIÓN 2. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS

(Los artículos 1386.1 a 1386.18 actuales del Código civil devienen 1386 a 1386.17, los términos «del presente título», que figuran en varios de estos artículos, deben ser reemplazados por «de la presente sección»).

⁹⁶ Este texto confirma y extiende la jurisprudencia que admite la oponibilidad de la culpa de la víctima indirecta conductora.

LIBRO TERCERO

TÍTULO XX. DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA POSESIÓN (ARTS. 2234 A 2281)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PHILIPPE MALAURIE

Más que cualquier otra institución, la prescripción mide las relaciones del hombre con el tiempo y con el Derecho: domina todas las normas y todos los derechos. No solamente el Derecho de obligaciones, que constituye su ámbito de elección, sino también todas las otras ramas del Derecho, el conjunto del Derecho privado, del Derecho público, del Derecho penal y del proceso. Las disposiciones del Código civil relativas a la prescripción se aplican a todos los otros Códigos y a todas las leyes, salvo las excepciones precisadas en la presente propuesta. La prescripción tiene para todos los prácticos, todos los usuarios del Derecho y todos los actores de la actividad humana una importancia considerable.

1. Los defectos del Derecho francés de la prescripción civil. El régimen actual de la prescripción en materia civil presenta, según la opinión unánime, tres defectos esenciales, de igual gravedad⁹⁷.

En primer lugar, sus duraciones excesivas que tienen como consecuencia una paralización de la actividad humana: duración = debilidad. Nadie puede comprender que la prescripción de Derecho común tenga aun hoy en día una duración de treinta años (Código civil., art. 2262). Muchos otros plazos son también demasiado largos. La aceleración de la historia, ideología contemporánea a menudo exacta, apela por una abreviación de los plazos.

El segundo defecto, también generalmente destacado, es la multiplicidad de los plazos, yendo de tres meses (difamaciones e injurias por vía de prensa) a treinta años e incluso a la imprescriptibilidad, pasando por todas las clases de plazos intermedios (seis

⁹⁷ A. BENABENT, *Les chaos du droit de la prescription extinctive*, Ed. L. Boyer, Presse Universitaires, Toulouse, 1996, pp. 123 ss.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive*, R. D. C., 2004, pp. 801 ss.; V. LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP ed. N, 2004.1225; *Les désordres de la prescription*, ouv. Collectif de P. Courbe, P. U.F., Rouen, 2000.

meses, uno, dos, tres, cuatro, cinco, diez, veinte años): un verdadero caos, se dice, e incluso un cajón de sastre, fuente de ignorancia del Derecho, de desordenes y de interminables discusiones.

El tercer defecto, a menudo menos denunciado, reside en las imprecisiones y las propias incoherencias de su régimen: punto de partida, interrupción, suspensión, papeles respectivos de la ley, de la jurisprudencia y del contrato, oficio del juez, libertad contractual, incertidumbres que aparecen incluso en los conceptos. Al lado de la prescripción propiamente dicha, existen en efecto nebulosas prescripciones que están más o menos próximas: plazos prefijados, plazos de caducidad, plazos de garantía, sin hablar de los plazos de procedimiento. Estas incertidumbres constituyen una causa de procesos frecuentes.

La prescripción, que debería ser un elemento de pacificación de las relaciones humanas y de su dinamismo, ha devenido así en razón de su duración excesiva, de su multiplicidad y de sus incertidumbres, en una causa de estancamiento de la actividad y una fuente abundante de litigios.

En sus defectos contemporáneos, no se hace mención a un particularismo del Derecho francés de la prescripción, a la vez adquisitiva y extintiva, pues se puede considerar que este rasgo importante de la noción francesa de la prescripción presenta más ventajas que inconvenientes. En razón de su historia y de su estructura, el Derecho francés tiene una concepción unitaria que aparece en su definición y en su régimen.

2. Cuestiones previas: el método. Toda reforma plantea cuestiones preliminares de método y de política.

De método: no se hará aquí cuestión de las discusiones teóricas sobre la prescripción, por célebres que sean, cuando no están vinculadas a consecuencias prácticas; por ejemplo, para la prescripción extintiva, saber si extingue el derecho o solamente la acción judicial, cuestión que interesa solamente a los conflictos de leyes en el espacio; o bien, el lenguaje: ¿es preciso hablar de prescripción extintiva o liberatoria o negativa o bien de usucapión o de prescripción adquisitiva? En la propuesta actual, la lengua y la terminología del Código han sido conservadas como ahora, pues son satisfactorias. O bien todavía el lugar de la prescripción en el Código: es preciso desplazarla; por ejemplo, ponerla después del Título III del Libro III (*Du contrat et des obligations conventionnelles en general*) creando un Título III bis con los artículos 1364 y siguientes. Este desplazamiento ha sido juzgado pesado, inútil y contrario a la unidad de las prescripciones –adquisitivas y extintivas– que conviene conservar. Ha sido mantenido el lugar actual de

la prescripción, situada al final del Código, en el Título XX del Libro III, cuyo título es igualmente conservado (actuales arts. 2219 a 2281). Precisamente en las disposiciones preliminares del Capítulo V del Título III del Libro III del Código, enumerando las causas de extinción de las obligaciones, se anuncia el reenvío de la prescripción a un título particular del Libro III (art. 1234; disposición recogida por el grupo de trabajo, art. 1218).

3. Cuestiones previas: la política legislativa. Más difíciles son las cuestiones de política legislativa.

En primer lugar han sido deliberadamente descartados de la propuesta de reforma todos los plazos de prescripción enunciados por los tratados internacionales y el Derecho europeo, que, en razón de su superioridad sobre el Derecho interno, no pueden ser modificados por la ley francesa, lo que no deja de presentar inconvenientes; no en razón de su duración, jamás excesiva, sino de su diversidad (uno, dos o tres años) que no responde a una política racional y simplificadora, sino uno tras otro, casi sobre medida, con todos los inconvenientes que resultan de la multiplicidad de los plazos.

También ha sido juzgado útil excluir de la propuesta de reforma el Derecho penal, el proceso civil, las vías de ejecución, el Derecho de prensa, el Derecho cambiario, los procedimientos colectivos, la familia, las sucesiones y los regímenes matrimoniales, que tienen cada uno una prescripción cuyo particularismo es marcado, salvo que algún plazo no debiera sobrepasar la duración máxima de diez o treinta años según los casos, con la excepción de los casos de imprescriptibilidad que deberían ser mantenidos.

También han sido excluidos los plazos iguales o inferiores a seis meses durante los cuales un derecho debe ser ejercido o una acción introducida, con sanción de caducidad; por ejemplo, en el régimen de la copropiedad inmobiliaria, la oposición por un copropietario a una decisión de la asamblea general, que debe con sanción de caducidad ser introducida en un plazo de dos meses (L. 10 de julio de 1968, art. 42, p. 2). No se puede hablar propiamente de una prescripción.

4. Duración de la prescripción. El primer problema legislativo que plantea la prescripción es la determinación de su duración, admitido que conviene acortar al menos el de Derecho común y disminuir, en la medida que sea posible, el número de las prescripciones.

5. ¿Una reforma limitada? Ha parecido indispensable no limitarse a disminuir la duración de la prescripción de Derecho común que hoy en día todo el mundo considera excesiva. Sin embargo, esta posición mínima presentaría ventajas: en primer lugar, hacer fácil la reforma, como toda solución simple. Además, un consenso general

aceptaría fácilmente la modificación del actual artículo 2262 del Código civil, reduciendo el plazo a diez años; a pesar de la ventaja de la simplicidad y del consenso, esta solución no es, sin embargo, más que una pequeña reforma; la reforma del Derecho de la prescripción reclama una visión de conjunto mucho más drástica.

6. Tres años. La propuesta actual plantea una prescripción de Derecho común de una duración de tres años que está fuertemente inspirada en las nuevas normas que reforman al BGB (L. 26 de noviembre de 2001, entrada en vigor el 1.º de enero de 2002⁹⁸) y propuestas enunciadas por los *Principios de Derecho europeo de los contratos* (versión francesa traducida por G. Rouhette, Sté de legislation comparée, 2002; cfr. también: *Principes d'Unidroit*, citados por Bénédicte Fauvargue-Cosson, *op. cit.* p. 811), previendo un plazo único de tres años para la prescripción extintiva, que la disociaría de la prescripción adquisitiva, donde un plazo de tres años sería evidentemente inconcebible y para la cual sería preciso prever un plazo de diez años. Sin duda, este sistema es sorprendente a primera vista: pasar de 30 años a 3 años, ¿no sería ir de un extremo a otro?

Pero presenta numerosas ventajas: en primer lugar, traduciría el nuevo espíritu del Derecho civil de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo (y del cual la reforma del Código civil se impone cada vez que es útil): no solamente una tendencia a una cierta unificación, sino sobre todo cada vez más unida a la rapidez de las operaciones contractuales, comprendiéndose que los medios de negocios alemanes (no, parece, todos los universitarios) estén vinculados a ello. Además, presenta los méritos de la simplificación, que haría fácil el conocimiento, lo que es particularmente precioso en una sociedad tan compleja como la nuestra.

En apariencia, el BGB, los *Principios europeos* y *Unidroit* conocen un único plazo. Esta simplificación comporta una parte de ilusiones; el propio Derecho alemán aporta numerosas excepciones (familia, sucesiones, reparación del perjuicio corporal en la responsabilidad delictual), sin contar con las que provienen de los Derechos internacional y europeo. Igualmente son, en parte, un señuelo, la brevedad y la exclusión del contencioso, en virtud principalmente del régimen particular que el Derecho alemán prevé sobre el punto de partida de la prescripción.

7. ¿Por qué tres prescripciones? Se ha llegado a proponer una pluralidad de plazos, a pesar de los inconvenientes que resultan de

⁹⁸ J. BAUERREIS, *Le nouveau droit de la prescription* (en el BGB), RIDC, 2002, p. 1023 y ss.; V. LASSERRE-KIESOW, *loc cit.*

ello, pluralismo reducido a tres: el Derecho común (tres años), otro plazo (diez años) para las prescripciones particulares y un plazo tope de diez o de treinta años, a contar del hecho generador de la obligación, para la totalidad de las prescripciones, sin excepción, incluso las que derivan del Derecho de familia, de las sucesiones, de los regímenes matrimoniales o del Derecho cambiario.

De todas maneras, una reforma de esta amplitud supondría un gran coraje político, pues levantaría un clamor de oposiciones. ¿Por qué, por ejemplo, dirán los seguros y la Seguridad Social, pasar de un plazo de dos años, que da satisfacción a todo el mundo, a tres años? A la inversa, los asalariados protestarían cuando la prescripción de las deudas periódicas, como el salario, pasase de cinco a tres años. Respuesta: es preciso absolutamente simplificar nuestro Derecho; para escapar a su fragmentación, es necesario cortar por lo sano.

8. Libertad contractual. El conjunto de estas normas debería ser suavizado por una ampliación de la libertad contractual, como lo hacen actualmente el Derecho alemán, los Principios de Derecho europeo de los contratos y puede ser el Anteproyecto de reforma francés. Nuestro Derecho establece actualmente una distinción entre las cláusulas relativas a la prescripción. Aquellas cuyo objeto es alargar el plazo son en principio nulas porque, al menos cuando la prescripción es larga, serían el equivalente de una renuncia que la ley prohíbe (art. 2220). Por el contrario, las cláusulas restrictivas son válidas si no privan de hecho al acreedor del derecho de actuar judicialmente.

El nuevo principio debería ser, sin distinciones, la libertad respecto de la prescripción, salvo topes en la abreviación y el alargamiento de los plazos.

9. Libertad contractual y orden público. Los dos topes que limitan la posibilidad de acortar o alargar por efecto del contrato la duración de la prescripción extintiva tendrían como consecuencia retirar sus efectos perversos a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Casación al prever que la enumeración legal de las causas de interrupción de la prescripción no es de orden público y que las partes pueden derogarla⁹⁹.

10. Interrupción del plazo de prescripción. La primera causa de interrupción de la prescripción prevista por el Derecho actual (Código civil, arts. 2244 a 2247) es la citación judicial. Desde finales del siglo XIX, la jurisprudencia ha interpretado de manera muy extensiva esta noción de citación judicial; el ensanchamiento pre-

⁹⁹ Cas. civ. 1, 25 de junio de 2002, *Bull. civ.* I, núm. 214; D. 2003.195. n. Crit. Ph. STOFFEL-MUNCK.

toriano de la principal causa de interrupción es a la vez el resultado y la causa de un abundante contencioso. Así son multiplicadas y alargadas las causas de interrupción de la prescripción, lo que es contrario a uno de los objetivos de la presente propuesta, dirigida a reducir la duración, a simplificar el régimen o a hacer desaparecer en la medida de lo posible las incertidumbres del Derecho.

Como la reciente reforma del Derecho alemán de las obligaciones, convendría transformar la mayor parte de las causas actuales de interrupción de prescripción en causas de suspensión, y sólo admitir dos causas de interrupción, poco susceptibles de equívoco, el reconocimiento por el deudor del buen fundamento de la pretensión del acreedor y la puesta en marcha de las vías de ejecución por el acreedor. Bastaría recoger el texto actual del artículo 2248 añadiendo que el reconocimiento del deudor puede ser tácito, por ejemplo: «La prescripción se interrumpe por el reconocimiento incluso tácito que hace el deudor o el poseedor del derecho de aquel contra el que prescribía». La citación judicial cesaría de ser una causa de interrupción de la prescripción, que se suspendería durante la duración del proceso.

11. Desaparición de la inversión de la prescripción extintiva. El primer efecto que produce actualmente la interrupción de la prescripción, y que debe ser mantenido, es la desaparición de todos los efectos anteriores de la prescripción; una nueva prescripción comienza a correr, de la misma duración que la antigua. El Derecho actual prevé también que determinadas interrupciones (no todas) producen una inversión de determinadas prescripciones (no de todas); cuando se trata de una corta, y sobre todo de una muy corta prescripción fundada sobre una presunción de pago, o incluso cuando se trata de una deuda periódica, la interrupción de la prescripción vale como inversión si el deudor ha reconocido la existencia de su obligación por un escrito y cifra y se compromete a pagarla: la corta prescripción que ha sido interrumpida es sustituida por una nueva prescripción, la del Derecho común. Para fundar esta norma, los tribunales invocan generalmente las disposiciones del artículo 2274, que, sin embargo, no dice nada al respecto.

Esta institución pretoriana, por tradicional que sea, es complicada, parece inoportuna y debería ser abandonada. Es un nido de procesos, pues la incertidumbre continua reinando sobre sus condiciones: ¿Cuales son las prescripciones susceptibles de inversión?

¿Qué acto de interrupción equivale a inversión? ¿Es preciso para que exista inversión un reconocimiento escrito y cifrado del deudor? Además, el interés de esta institución aparece sobre todo respecto de las prescripciones muy cortas, en las que la desapari-

ción haría la inversión inútil. En fin, la inversión tiene como consecuencia alargar el plazo necesario para prescribir, lo que es contrario a uno de los principios objetivos de esta propuesta de reforma.

La reciente reforma alemana de las disposiciones del BGB referente al Derecho de las obligaciones y los *Principios de Derecho europeo de los contratos* la han abandonado hoy en día pura y simplemente.

Esta exclusión de la inversión de la prescripción extintiva no debería aplicarse a la hipótesis totalmente diferente de la inversión aplicable a la usucapción (Código civil, art. 2238). Así, el precarista que, en principio, no puede usucapir (art. 2236) puede hacerlo si invierte su título, afirmando que no es un precarista y que en lo sucesivo posee por su cuenta. Los regímenes de la prescripción extintiva y de la usucapción no son idénticos.

12. Suspensión. La suspensión de la prescripción no borra el plazo ya transcurrido; detiene temporalmente su curso. Una vez la suspensión acabada, la prescripción recupera su curso, teniendo en cuenta el plazo ya transcurrido.

En nuestra historia, la suspensión ha evolucionado mucho; además, en varios aspectos, su régimen actual implica numerosas incertidumbres. La reforma debería hacer desaparecer estas incertidumbres, en la medida que sea posible, y acoger algunas de sus evoluciones.

Nuestro Derecho antiguo ligaba estrechamente la suspensión a la equidad, del mismo modo que el juez podía apreciarla: una prescripción era, caso por caso, suspendida cada vez que el juez estimaba que tal o tal suceso hacía imposible el ejercicio del derecho; conforme a su concepción del Derecho, vinculada a la majestad y a la exclusividad de la ley, los redactores del Código civil han pretendido hacer desaparecer el carácter pretoriano de la suspensión, que era, en efecto, la causa principal de los riesgos de incertidumbre y arbitrariedad; han decidido que sólo podía tener lugar la suspensión cuando la ley lo había previsto, disponiendo el artículo 2251 que «la prescripción corre contra todas las personas a no ser que no estén en alguna excepción establecida por una ley».

La causa de suspensión más importante se refiere a la tutela por incapacidad (minoría o tutela de los mayores), y sólo es excluida por las muy cortas prescripciones, que no son suspendidas, salvo el recurso del incapaz contra su tutor (art. 2278).

En el Derecho actual, el principio de legalidad domina aparentemente la suspensión de la prescripción que existe en las condiciones previstas por la ley. Sin embargo, la jurisprudencia, de dos maneras diferentes, ha menoscabado este legalismo. De una parte,

éste es el caso cuando la prescripción debería ser suspendida si se hubiese aplicado estrictamente la ley, pero no lo es porque se trata de un plazo prefijado. De otra parte, y a la inversa, es de los casos donde la prescripción es suspendida por los jueces, cuando ninguna disposición legal lo había previsto, por aplicación de la regla *contra non valentem*.

13. Supresión de los plazos prefijados. La jurisprudencia, a menudo en ausencia de todo texto, ha admitido la existencia de «plazos prefijados» que no pueden ser suspendidos, incluso por causa de incapacidad; por ejemplo, el plazo de dos años durante el cual la rescisión de una venta de inmueble por causa de lesión puede ser introducida, como lo prevé expresamente el artículo 1676, párrafo 2 del Código civil. De igual manera, aunque ningún texto lo haya previsto, la jurisprudencia decide que es un plazo prefijado el plazo de tres años durante el cual un mueble perdido o robado puede ser reivindicado (art. 1122, p. 2)¹⁰⁰. A menudo también, pero no siempre, la jurisprudencia decide que el juez puede establecer de oficio la expiración de un plazo prefijado.

Ningún criterio preciso permite determinar qué plazos son o no son prefijados. Sobre este punto igualmente el Derecho actual de la prescripción extintiva sufre incertidumbres, causas contenciosas y discusiones algunas veces interminables. La reforma debería hacer desaparecer la noción de plazo prefijado, salvo que la ley puede expresamente decidir, como lo hace en el artículo 1676, que, contrariamente al Derecho común, tal o cual plazo corre contra los incapaces.

14. *Contra non valentem*. Una jurisprudencia abundante, antigua y casi constante, restituye al juez en materia de prescripción extintiva el poder creador y modificador de las prescripciones que el antiguo Derecho le había conferido y que el Código civil había querido probablemente retirar.

Ha resucitado la máxima de equidad *Contra non valentem agere no currit prescriptio*: la prescripción sólo corre contra el que ha estado impedido para actuar. Así, la jurisprudencia retrasa el punto de partida de la prescripción, cuando el acreedor no puede actuar por causa de fuerza mayor, e incluso cuando el acreedor ignoraba la existencia de su derecho si esta ignorancia tenía una causa legítima: como en el antiguo Derecho, se trata de una medida de equidad, muy circunstanciada. El Tribunal de Casación enuncia esta norma pretoriana, en un considerando principal muy a menudo repetido casi de la misma manera: «la prescripción no corre contra

¹⁰⁰ Crim., 30 de octubre de 1969, *JCP*. 1970 II 16333, nota de G. GOUBEUX.

el que se encuentra en la imposibilidad de actuar a consecuencia de un impedimento cualquiera que resulte sea de la ley, sea de la convención o de la fuerza mayor»¹⁰¹.

La jurisprudencia aplica esta norma de equidad de manera circunstanciada. Uno de sus criterios es vincularse al momento en que aparece la imposibilidad de actuar. Los jueces sólo aplican la norma si esta imposibilidad de actuar ha aparecido en los últimos tiempos del plazo; al contrario, rechazan su aplicación si el acreedor ha gozado de un plazo suficiente después de la desaparición de este obstáculo¹⁰².

La reciente reforma alemana del Derecho de las obligaciones en el BGB ha legalizado la norma precisándola por cifras: la fuerza mayor que impide al acreedor actuar solo es una causa de suspensión de la prescripción si ha intervenido en los seis meses que preceden a la expiración del plazo de prescripción (§ 206; cfr. también los *Principes du droit européen des contrats*, art. 14.303.2). La presente propuesta se ha inspirado en esta norma.

15. Oficio del juez. «Los jueces no pueden suplir de oficio el medio que resulte de la prescripción». La norma enunciada por el artículo 2223 se aplica incluso cuando la prescripción no es de orden público. Traduce un consenso general y debe ser mantenida. No existe discusión doctrinal para los plazos prefijados; desapareciendo la noción y la institución del plazo prefijado, la discusión queda sin objeto.

16. Punto de partida de la prescripción. El principio es que el punto de partida del plazo de prescripción es, no el día en que el crédito ha nacido, sino aquél en que el acreedor puede actuar. Por ejemplo, respecto de los créditos sucesivos (ej., los alquileres) la prescripción empieza a correr desde cada vencimiento; incluso para una deuda a término, el día en que el término ha vencido.

Respecto de las deudas no exigibles, la ley prevé que el punto de partida de la prescripción es retrasado: para una deuda a término, en el día en que el término ha vencido; para una deuda bajo condición suspensiva, en el día en que la condición es realizada (art. 2257); respecto de una acción de nulidad por vicio del consentimiento, desde el día en que el vicio ha cesado o en el que la vícti-

¹⁰¹ Por ejemplo, Civ. 1, 22 de diciembre de 1959, J: C. P. 1960 II 11494, n. firma P: E.

¹⁰² Ej. Com, 11 de enero de 1994, *Bull. cit.* IV, núm. 22; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1995, 114, obs. J. MESTRE: «la norma según la cual la prescripción no corre contra el que está imposibilitado para actuar a consecuencia de un impedimento cualquiera que resulte sea de la ley, sea de la convención o de la fuerza mayor, no se aplica cuando el titular de la acción disponía todavía en el momento en que este impedimento ha tomado fin del tiempo necesario para actuar antes de la expiración del plazo de prescripción».

ma ha tenido conocimiento (art. 1304, p. 2); pero los topes se imponen; incluso si la víctima del vicio del consentimiento ignoraba que su consentimiento había sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, la acción prescribe después de un plazo tope: diez años después de la conclusión del contrato. Para las acciones de responsabilidad civil extracontractual, la prescripción de tres años (en la actual propuesta) corre desde el día en que la víctima podía actuar, es decir, ha tenido conocimiento del daño, de su alcance o de su agravación (art. 2170.1); pero incluso si la víctima no ha tenido conocimiento del daño, de su alcance y de su agravación, la acción prescribe en un plazo tope de diez años a contar de la comisión del hecho dañoso, plazo que se sitúa en treinta años si se trata de un perjuicio corporal o que resulta de un acto de barbarie o de un daño causado al medio ambiente.

La mayor parte de las disposiciones actuales del Código civil relativas al punto de partida de la prescripción deberían ser conservadas, salvo para añadir una norma que prevea una fecha tipo cuando el acreedor ha ignorado la existencia del vicio del consentimiento o la víctima la existencia, el alcance o la agravación del daño.

17. Efecto de la prescripción. La prescripción liberatoria produce esencialmente un efecto extintivo; sin embargo, el pago de una deuda prescrita no puede nunca ser repetido, lo que los tribunales explican alguna vez por la existencia de una obligación natural (art. 1239). La explicación es contestable, puesto que importa poco que el *solvens* haya cometido un error ignorando la prescripción que le libera. No obstante, convendría añadir un párrafo 3 al artículo 1235, enunciando que «el pago de una deuda prescrita no puede ser repetido».

18. Derecho transitorio. La jurisprudencia ha adoptado normas simples para el Derecho transitorio, en las que el proyecto actual se ha inspirado.

19. Numeración. La simplificación del Derecho de la prescripción tendría como consecuencia la desaparición de numerosos artículos del Código civil. Se ha considerado útil mantener el número del artículo 2279, enraizado en la cultura y la memoria nacionales, como los artículos 544, 1134 y 1382. Quince números habrían quedado así disponibles para la reforma del Derecho de las garantías.

Artículo 2234. La prescripción es un medio de adquirir o de liberarse por un cierto lapso de tiempo y con las condiciones determinadas por la ley.

Artículo 2235. Se puede renunciar a una prescripción ganada.

La duración de la prescripción extintiva puede ser acortada o alargada por acuerdo de las partes o de sus representantes legales; pero no puede ser reducida a no menos de un año ni extenderse a más de diez años.

Artículo 2236. La renuncia a la prescripción es expresa o tácita; la renuncia tácita resulta de un hecho que supone el abandono del derecho adquirido.

Artículo 2237. El que no puede enajenar no puede renunciar a la prescripción ganada.

Artículo 2238. Los jueces no pueden suplir de oficio el medio resultante de la prescripción, incluso cuando interesa al orden público.

Artículo 2239. La prescripción puede ser opuesta en todo momento, incluso ante el tribunal de apelación, a no ser que la parte que no hubiese opuesto el medio de la prescripción deba, en razón de las circunstancias, ser presumida haberla tácitamente renunciado.

Artículo 2240. Los acreedores, o cualquier otra persona que tenga interés en que la prescripción sea adquirida, pueden oponerla o invocarla aunque el deudor o el propietario renuncie a ella.

Artículo 2241. Las cosas que no están en el comercio escapan a toda prescripción.

Artículo 2242. El Estado, las colectividades locales y los establecimientos públicos están sometidos a las mismas prescripciones que los particulares y pueden igualmente oponerlas o invocarlas.

CAPÍTULO II. DE LA POSESIÓN

Artículo 2243. La posesión es la detentación o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o que la ejerce en nuestro nombre.

Artículo 2244. Para poder prescribir, es necesaria una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y a título de dueño.

Artículo 2245. Se presume siempre que se posee para sí mismo y a título de dueño, si no se prueba que se ha comenzado a poseer para otro.

Artículo 2246. Cuando se ha comenzado a poseer para otro, se presume siempre que se posee con el mismo título, si no existe prueba en contrario.

Artículo 2247. Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción.

Artículo 2248. Los actos de violencia no pueden fundar tampoco una posesión susceptible de operar la prescripción.

La posesión útil sólo comienza cuando la violencia ha cesado.

Artículo 2249. El poseedor actual que prueba que ha poseído anteriormente, se presume que ha poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Artículo 2250. Para completar la prescripción, se puede unir a su posesión la de su autor, de cualquier manera que le haya sucedido, sea a título universal o particular, sea a título gratuito u oneroso.

CAPÍTULO III. DE LAS CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2251. Los que poseen por otro no prescriben nunca por el lapso de tiempo que sea.

Así, el arrendatario, el depositario, el usufructuario y todos los otros que detentan en precario la cosa del dueño, no pueden prescribirla.

Artículo 2252. Los herederos de los que tienen la cosa por alguno de los títulos designados por el artículo precedente no pueden tampoco prescribir.

Artículo 2253. Sin embargo, las personas enunciadas en los artículos 2252 y 2250 pueden prescribir, si el título de su posesión se encuentra invertido, sea por una causa que procede de un tercero, sea por la contradicción que han opuesto al derecho del dueño.

Artículo 2254. Aquellos a quienes los arrendatarios, depositarios y otros precaristas han transmitido la cosa por un título traslativo de propiedad pueden prescribirla.

Artículo 2255. Uno no puede prescribir contra su título, en el sentido de que no puede cambiar para sí mismo la causa y el principio de su posesión.

Artículo 2256. Uno puede prescribir contra su título, en el sentido de que se prescribe la liberación de la obligación que se ha contraído.

CAPÍTULO IV. DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN O QUE SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN

SECCIÓN 1. DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2257. La prescripción puede ser interrumpida naturalmente o civilmente.

Artículo 2258. Existe interrupción natural, cuando el poseedor es privado durante más de un año del goce de la cosa, sea por el antiguo dueño, sea incluso por un tercero.

Artículo 2259. Existe interrupción civil cuando el deudor o el poseedor reconoce, incluso tácitamente, el derecho de aquel contra el que prescribía.

Artículo 2260. La prescripción es interrumpida igualmente por un acto de ejecución tal como un mandamiento o un embargo.

Artículo 2261. La interrupción elimina la prescripción; hace correr una nueva de la misma duración que la antigua.

Obs: El artículo 2253, relativo a otra hipótesis de inversión, es conservado.

SECCIÓN 2. DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LAS CAUSAS QUE LA SUSPENDEN

Artículo 2262. La prescripción tiene como punto de partida el día en que el acreedor puede actuar.

Artículo 2263. No corre:

Respecto de un crédito que depende de una condición, hasta que la condición llega o decae;

Respecto de una acción de garantía, hasta que la evicción tiene lugar;

Respecto de un crédito a día fijo, hasta que el día llegue.

Artículo 2264. No corre o se suspende, en tanto que las partes negocien de buena fe.

Lo mismo sucede cuando el deudor ignora la existencia o el alcance del crédito.

Artículo 2265. La suspensión de la prescripción detiene temporalmente el curso sin eliminar el plazo ya transcurrido.

Artículo 2266. La prescripción corre contra toda persona que no está imposibilitada para actuar a consecuencia de un impedimento que resulte de la ley, de la convención o de la fuerza mayor.

La fuerza mayor, cuando es temporal, sólo es una causa de suspensión si tiene lugar a los seis meses que preceden a la expiración del plazo de prescripción.

Artículo 2267. La prescripción queda suspendida durante el proceso hasta su terminación.

Artículo 2268. No corre contra los menores no emancipados y los mayores sometidos a tutela..

Artículo 2269. No corre entre esposos.

Artículo 2270. Igualmente es suspendida contra el heredero beneficiario respecto de los créditos que el heredero tiene contra la sucesión.

Artículo 2271. Pero corre contra una sucesión vacante, aunque no exista curador.

También corre durante los plazos para ejercer la opción sucesoria.

CAPÍTULO V. DEL TIEMPO REQUERIDO PARA PRESCRIBIR

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2272. La prescripción se cuenta por días, y no por horas.

Artículo 2273. Tiene lugar cuando el último día del término se ha cumplido.

Artículo 2274. Todas las acciones prescriben a los tres años, sin que el que alegue esta prescripción esté obligado a entregar un título o pueda oponer la excepción deducida de la mala fe.

SECCIÓN 2. DE LAS PRESCRIPCIONES PARTICULARES

Artículo 2275. Sin embargo, prescriben a los diez años:

1. las acciones de responsabilidad civil, que se dirigen a la reparación de un perjuicio corporal o de cualquier perjuicio causado por actos de barbarie;
2. las acciones de nulidad absoluta;
3. las acciones relativas a un derecho constatado por una sentencia u otro título ejecutorio;
4. las acciones de responsabilidad o de garantía del constructor de una obra contraídas en virtud de los artículos 1792 a 1792.2.

Artículo 2276. La propiedad inmobiliaria es adquirida por la posesión de diez años.

Variante: La propiedad inmobiliaria es adquirida por una posesión de veinte años. Sin embargo, este plazo se reduce a diez años cuando el poseedor ha adquirido el inmueble de buena fe y con justo título.

Artículo 2277. Las normas enunciadas en este título se aplican sin perjuicio de las disposiciones del Nuevo Código de procedimiento civil, del Código penal, del Código de procedimiento penal, del Libro I, de los Títulos I y V del Libro III del presente

Código, de los Libros V y VI del Código de comercio, de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa, de los tratados internacionales ratificados por Francia y de las normas de la Unión Europea.

Tampoco se aplican a los plazos legales o inferiores a seis años durante los cuales una acción debe ser interpuesta o un derecho ejercido, con la sanción de caducidad.

SECCIÓN 3. DEL PLAZO MÁXIMO DE LAS PRESCRIPCIONES EXTINTIVAS

Artículo 2278. Sin embargo, salvo con relación a los crímenes contra la humanidad, que son imprescriptibles, todas las acciones prescriben a los diez años después del hecho generador de la obligación, cualquiera que sean el objeto de ellas, el punto de partida, las interrupciones, las suspensiones y las convenciones que modifican su duración.

Con respecto a las acciones de responsabilidad civil que tengan por objeto la reparación de un perjuicio corporal o que resulten de un acto de barbarie o de un ataque al medio ambiente, este plazo es de treinta años.

SECCIÓN 4. DE LA POSESIÓN MOBILIARIA

Artículo 2279. En relación con los muebles, la posesión equivale al título.

Sin embargo, el que ha perdido o al que se le ha robado una cosa puede reivindicarla durante tres años a contar del día de la pérdida o del robo, contra aquél en cuyo poder se encuentre, salvo su recurso contra el que la tiene.

Artículo 2280. Si el poseedor actual de la cosa robada o perdida la ha comprado en una feria o en un mercado o en un venta pública o a un marchante que vende cosas parecidas, el propietario originario sólo puede recuperarla reembolsando al poseedor el precio que le ha costado.

El arrendador que reivindica, en virtud del artículo 2102, los muebles desplazados sin su consentimiento y que han sido comprados en las mismas condiciones, debe igualmente reembolsar al comprador el precio que le han costado.

SECCIÓN 5. DERECHO TRANSITORIO

Artículo 2281. La ley que alarga la duración de la prescripción queda sin efectos sobre una prescripción adquirida; se aplica

cuando la acción no había prescrito en la fecha de entrada en vigor de la ley.

Cuando la ley reduce la duración de la prescripción, la prescripción comienza a correr en el día de la entrada en vigor de la ley, sin que la duración total pueda exceder de la duración prevista por la ley anterior.