

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos *

ERIC SAVAUX

Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Poitiers

Director del equipo de investigación en Derecho privado (EA 1230)
Miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN

La ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, ha culminado un proceso de reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos, que supone el mayor cambio en esta materia desde la promulgación del Código civil de 1804. Tras realizar unas consideraciones iniciales en las que trata cuestiones como la historia de la reforma y su justificación, el autor analiza en la primera parte de este trabajo el contenido de las modificaciones que introduce la ordenanza de 10 de febrero de 2016, destacando la consolidación de algunas soluciones jurisprudenciales, el abandono de ciertas figuras, y la incorporación de otras. La segunda parte del trabajo está dedicada a los fundamentos del nuevo Derecho de obligaciones y contratos. En este sentido, cabe destacar la desjudicialización y la persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones, así como el hecho de que se regule el contrato de adhesión y se identifiquen nociones tales como la de justicia contractual.

PALABRAS CLAVE

Reforma. Obligaciones y contratos. Fundamentos. Desjudicialización. Acuerdo de voluntades. Contrato de adhesión. Justicia contractual.

ABSTRACT

The regulation nº 2012-131, of 10 February 2016, has finalized a reform process of French law on obligations and contracts that means the biggest

* Este texto es la versión, ligeramente aumentada, de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016.

change on this matter after the enactment of the Civil Code of 1804. After making some preliminary considerations where questions as the history and the justification of the reform are treated, the author analyses in the first part of this work the content of the changes introduced by the regulation of 10 February 2016, emphasizing the consolidation of some case-law solutions, the withdrawal of some figures, and the inclusion of others. The second part of the work is dedicated to the foundations of the new law on obligations and contracts. In this way, it should be pointed out the loss of power of the judge and the persistence of the classic model of the agreement of wills creating obligations, and also the fact of regulating the contract of adhesion, and the identification of notions such that contractual justice.

KEY WORDS

Reform. Obligations and contracts. Foundations. Loss of power of the judge. Agreement of wills. Contract of adhesion. Contractual justice.

SUMARIO: 1. Ámbito de aplicación de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016.-2. Resumen histórico de los proyectos de reforma.-3. Justificaciones de la reforma.-4. El estilo de los nuevos textos.-5. El nuevo plan del Código.-6. Continuidad y ruptura en el nuevo Derecho de obligaciones y contratos.-I. *El contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos.* 7. Mucha consolidación y un poco de transformación.-A. La consolidación del Derecho de obligaciones y contratos. 8. El ejemplo de la conclusión del contrato.-9. La dificultad de la codificación a Derecho constante. Ilustración a través de la obligación de información.-10. Otros ejemplos de la consolidación del Derecho de obligaciones y contratos.-11. Consagraciones simbólicas.-B. La transformación del Derecho de obligaciones y contratos. 12. ¿Consolidación o transformación?-13. Los abandonos.-14. Lo que se añade.-15. Lo que se añade (continuación). La revisión del contrato por imprevisión.-16. Lo que se añade (fin).-II. *Los fundamentos del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos.* 17. El régimen y la noción del contrato.-A. Las opciones de la renovación del régimen del contrato. 18. La desjudicialización.-19. Los límites de la desjudicialización.-20. El desarrollo del unilateralismo.-21. La obligación de motivar.-22. El alcance de la búsqueda de la eficacia económica.-B. El modelo de contrato que se tiene en cuenta. 23. La persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones.-24. El alcance de la consagración del contrato de adhesión.-25. Justicia contractual, libertad y responsabilidad.-26. Algunas paradojas del nuevo Derecho de obligaciones y contratos.

1. **Ámbito de aplicación de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016**

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos procede de la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que entrará

en vigor el 1 de octubre de 2016 para todos los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha¹. Este texto, titulado «*ordonnanza... relativa a la reforma del Derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones*»² tiene un objeto más amplio, y a la vez más limitado, que el propiamente relativo al Derecho de obligaciones y contratos.

Más amplio, ya que la ordenanza trata del régimen general, es decir de las reglas aplicables a todas las obligaciones cualesquiera que sea su fuente (modalidades de la obligación, operaciones sobre las obligaciones, acciones abiertas al acreedor, extinción de la obligación y restituciones), así como a la prueba de las obligaciones. Este «exceso» es especialmente importante porque el título de la ordenanza no indica todo. También trata de los cuasicontratos en el título relativo a «otras fuentes de las obligaciones»³. Solo le falta la responsabilidad civil, cuya tarea de reformarla el gobierno la deja al Parlamento por la razón de que no existe consenso sobre esta materia. De hecho, el gobierno hizo público el pasado 29 de abril un anteproyecto de ley de «reforma de la responsabilidad civil», que fue sometido a consulta pública hasta el 31 de julio de 2016. Un proyecto de ley deberá presentarse al Consejo de ministros a lo largo del primer trimestre de 2017.

En los ámbitos tratados por la ordenanza el alcance de la reforma es de importancia desigual. En materia de prueba de las obligaciones y de cuasicontratos la ordenanza legisla la mayor parte del tiempo «a Derecho constante», recogiendo numerosos textos y soluciones consagradas por la jurisprudencia⁴.

Eso sucede a menudo incluso en el régimen general de las obligaciones, donde de todas maneras podemos observar innovaciones notables, como la supresión de la retroactividad en el cumplimiento-

¹ Artículo 9 de la ordenanza de 10 de febrero de 2016. Excepción a los párrafos 3 y 4 del artículo 1123 (action déclaratoire relative à l'existence d'un pacte de préférence) y los artículos 1158 (action déclaratoire concernant l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel) y 1183 (action déclaratoire en matière de nullité) que se aplicarán tras la entrada en vigor de la ordenanza. Sobre las dificultades de aplicación en el tiempo de la ordenanza, *vid.* C. FRANÇOIS, «Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats», *D.* 2016, p. 506; S. GAUDEMET, «Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016», *JCP G* 2016, n.º 19, 559.

² *JORF* n.º 0035 du 11 février 2016.

³ Artículos 1300 a 1303-4.

⁴ Ha introducido en el Código civil, bajo la denominación de enriquecimiento injustificado (artículos 1303 a 1303-4), el enriquecimiento sin causa que la jurisprudencia erigió como fuente de las obligaciones a finales del siglo XIX. Sobre la prueba, *vid.* G. LARDEUX, «Commentaire du titre IV bis nouveau du Livre III du code civil intitulé "de la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer», *D* 2016, p. 850; E. VERGÈS, «Droit de la preuve: une réforme en trompe-l'œil», *JCP* 2016, n.º 17, 486.

to de la condición suspensiva, la disminución de las formalidades de la cesión de crédito y la consagración de la cesión de deuda⁵.

Para el Derecho de obligaciones y contratos la reforma no es tan amplia como el título de la ordenanza podría hacer pensar. Solo el Derecho común de obligaciones y contratos resulta afectado, no el Derecho de los contratos especiales que por ahora está fuera de las preocupaciones del legislador. El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos es, por tanto, el que modifica los antiguos artículos 1101 y siguientes del Código civil, que habían permanecido prácticamente sin cambios desde 1804. Como el antiguo, se aplica a todos los contratos bajo reserva de ciertas reglas particulares a algunos de ellos⁶.

2. Resumen histórico de los proyectos de reforma

La ordenanza de 10 de febrero de 2016 marca el fin de un largo proceso que se inició con motivo del bicentenario del Código civil, marcado por la elaboración de múltiples proyectos. Dos proyectos «de profesores»: el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y de la prescripción, llamado «proyecto Català», difundido en 2006⁷, y los proyectos de reforma del Derecho de contratos, de la responsabilidad civil y del régimen general de las obligaciones elaborados por la Academia de ciencias morales y políticas, llamados «proyectos Terré», se escalonan de 2009 a 2013⁸. Al mismo tiempo, la oficina de Derecho de obligaciones de la Cancillería preparó de manera bastante opaca, varios proyectos más o menos oficiales inspirándose en uno u otro de los de los proyectos «de profesores»⁹.

El riesgo de estancamiento que acechaba ha sido vencido cuando el gobierno obtuvo, no sin dificultad¹⁰, la autorización para

⁵ Vid. *Le nouveau régime général des obligations, Actes du colloque de Poitiers, 26 et 27 juin 2016*, dir. L. ANDREU ET V. FORTI, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, à paraître.

⁶ Nuevo artículo 1105 retomando, simplificándolo, el actual artículo 1107. La disposición casi ha desaparecido: Y. LEQUETTE, «Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?» *RDC* 2015/3, 616.

⁷ *La documentation française*, 2006.

⁸ *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRÉ, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRÉ, *Ibid.*, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. TERRÉ, *Ibid.*, 2013.

⁹ *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008; *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, 2011; *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, 2013. Estos textos se pueden consultar en la dirección de internet del Ministerio de justicia.

¹⁰ El Senado se ha opuesto siempre a la habilitación del gobierno para legislar por ordenanza, que él no ha obtenido más que gracias al apoyo de la Asamblea Nacional. El recurso presentado ante el Consejo constitucional contra la ley de habilitación fue rechazado por la decisión n.º 2015-710 DC du 12 février 2015 (*JORF* n.º0040 du 17 février 2015 page 2969, texte n.º 2). Sobre este proceso, *vid.* H. BOUCARD, «Le curieux processus de

legislar por ordenanza¹¹. Un proyecto de ordenanza se publicó el 25 de febrero de 2015¹². Fue sometido a consulta pública en la primavera de 2015, después, para dictamen, al Consejo de Estado en diciembre de 2015. La ordenanza se ha promulgado el 10 de febrero de 2016.

Sin embargo, no todo se ha terminado. El procedimiento, que permite al gobierno legislar en el ámbito reservado normalmente a la ley¹³, le obliga a depositar un proyecto de ley de ratificación en el período fijado por la ley de habilitación, en este caso en los seis meses siguientes a contar de la publicación de la ordenanza¹⁴. En su defecto, esta última caducaría. El gobierno ha declarado que el proyecto de ley de ratificación se depositará a tiempo. De hecho, también ha declarado que dejará al Parlamento tiempo para discutir, así como posibilidades de presentar enmiendas al texto. Teóricamente, todavía podrían producirse modificaciones, incluso importantes. Pero se puede dudar de la sinceridad de las declaraciones gubernamentales. La vía de la ordenanza se eligió, no solamente para acelerar el procedimiento, sino asimismo para controlar el contenido de la reforma. En cualquier caso, los parlamentarios se arriesgan ellos mismos a no tener mayor interés en la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en el actual contexto social y político.

3. Justificaciones de la reforma

Es especialmente lamentable que las razones de la reforma demuestren su importancia. En materia de obligaciones y contratos el Código civil tiene importantes lagunas, principalmente en lo que se refiere a la conclusión del contrato, que ignora totalmente. Sus disposiciones no reflejan más el Derecho vivo que en realidad se encuentra en una abundante jurisprudencia y en la legislación especial, sobre todo en materia de protección de los consumidores. El Derecho francés, de acceso difícil, fluctuante y a veces incierto, ya no es por tanto un modelo para otros países ni para los proyectos de armonización europea. Sobre todo, ya no resulta atractivo para los contratantes extranjeros. Para el gobierno «(...) *dotarse de un Derecho escrito de obligaciones y contratos más inteligible y previsible... constituye un factor susceptible de atraer a los inversores extranje-*

réforme du droit français des obligations», *Mélanges offerts à X. Martin*, LGDJ 2016, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers.

¹¹ Ley n.º 2015-177, de 16 de febrero de 2015, relativa a la modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos en los ámbitos de la justicia y de interior (*JORF* n.º 0040 de 17 de febrero de 2015, p. 2961 texto n.º 1), artículo 8.

¹² Está también accesible en la dirección de internet del Ministerio de justicia.

¹³ Constitución du 4 octobre 1958, art. 38.

¹⁴ Artículo 27 de la loi d'habilitation du 16 février 2015 précitée.

ros y a los operadores que deseen vincular su contrato al Derecho»¹⁵. Como si el Derecho común de obligaciones y contratos se hubiese hecho solo para los operadores del comercio internacional.

Pero no hay que dar demasiada importancia a esta argumentación, pues está destinada principalmente a convencer a los parlamentarios acerca de la necesidad de confiar al gobierno la tarea de la reforma. En cualquier caso, ésta también pretende conservar el espíritu del Código civil, que el gobierno considera «a la vez favorable a un consensualismo propicio a los intercambios económicos y protector de los más débiles»¹⁶.

Finalmente, la ordenanza persigue tres objetivos. Prioritariamente, aumentar la seguridad jurídica, lo cual requiere hacer «más inteligible y más accesible el Derecho de obligaciones y contratos». Después, reforzar el atractivo del Derecho francés, gracias a la seguridad que se acaba de evocar y a otros medios, como la consagración de instituciones surgidas de la práctica¹⁷. En fin, garantizar la justicia contractual. Según el gobierno, «Reforzar el atractivo de nuestro Derecho no implica por eso renunciar a soluciones equilibradas, protectoras de las partes, pero al mismo tiempo eficaces y adaptadas a las evoluciones de la economía de mercado».

Un Derecho común de obligaciones y contratos más seguro, más eficaz, más justo, esto es lo que finalmente se supone que la ordenanza debe proporcionar.

4. El estilo de los nuevos textos

Con el fin de alcanzar este objetivo ambicioso, la ordenanza naturalmente actúa a la vez sobre la forma y el fondo de los textos.

La forma del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, ése es el estilo y el plan del Código civil reformado. La «inteligibilidad» y la «accesibilidad» del Derecho han llevado al gobierno a reescribir muchos artículos. Giros de estilo un poco antiguo se han reemplazado por enunciados más modernos¹⁸. Palabras consideradas complicadas desaparecen, por ejemplo, el documento «sous seing privé», en favor del documento «sous signature privée». Evidentemente, esto no evita problemas de interpretación,

¹⁵ Informe al Presidente de la República, précité.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Como la cesión de contrato (artículos 1216 a 1216-3). El abandono de la noción de causa aparece también entre las numerosas modificaciones previstas para reforzar el atractivo de nuestro Derecho.

¹⁸ Por ejemplo, artículo 1123 Código civil: «toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi»; art. 1145: «toute personne physique peut contracter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi».

principalmente por el hecho de la aparición de nociones más o menos nuevas, como las de estipulación o prestación, y del recurso frecuente a nociones flexibles¹⁹.

Algunos textos nuevos están incluso mal escritos, como el artículo 1223, que permite entender que «solicitar» la reducción del precio, podría implicar decidir unilateralmente dicha reducción²⁰. Especialmente, el Código civil sufrirá un mal nuevo. El exceso de pedagogía conduce a veces a disposiciones que enuncian evidencias, como el artículo 1173, que dispone que «*las formas exigidas con el fin de prueba o de oponibilidad no tendrán efecto sobre la validez de los contratos*»²¹.

Por sus enunciados bastante cortos, los nuevos textos son, en todo caso, más próximos de los del Código civil de 1804 que de los de los proyectos de armonización europea con sus largos artículos de escritura tecnocrática, divididos en múltiples párrafos en el enunciado del presupuesto o en las consecuencias de la regla.

El estilo bastante plano de la ordenanza la hace fácilmente comprensible, incluso para una persona que no posea formación jurídica, tal y como el gobierno desea.

5. El nuevo plan del Código

El plan de las nuevas disposiciones del Código civil es profundamente innovador.

En el Código civil el Derecho común de obligaciones y contratos se encuentra en el Título III del Libro III, «De los contratos u obligaciones convencionales en general». Desde el siglo XIX una parte de la doctrina criticó a los redactores del Código por haber confundido la causa y el efecto²² y por haber enunciado, a propósito del contrato, reglas relativas a la obligación en general²³.

¹⁹ Vid. *infra* n.º 19.

²⁰ Artículo 1223: «*Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.*»

²¹ Vid. igualmente el artículo 1122, que indica que la ley o el contrato podrán prever un período de reflexión o de retractación.

²² Principalmente por lo que se refiere a la conclusión del contrato, que él ignora totalmente. Not. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Tome XXIV, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, Tome 1*, 2^{ème} éd. 1870, p. 369; DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, Paris, Plon, 1865, n.º 50 bis. Otros autores aprueban el plan del Código al considerar que se trata de una obra destinada a los prácticos, y no a los «estudiosos», y que la exposición más completa de los principios se da a propósito de las obligaciones más numerosas (LAURENT, *Principes de droit civil, Tome 15*, París, 1875, p. 476).

²³ E incluso las reglas de la prueba que no conciernen más que a las obligaciones. La ordenanza no ha aprovechado la ocasión de la reforma para romper el vínculo entre la prueba y las obligaciones, elaborando una verdadera «teoría general de la prueba».

La ordenanza rectifica esta presentación. El nuevo Título III se titula «De las fuentes de las obligaciones», el Título IV «Del régimen general de las obligaciones», y el Título IV bis «De la prueba de las obligaciones». El Código civil francés reformado es el primero en construir así el Derecho de obligaciones sobre la oposición de las fuentes y del régimen de las obligaciones, considerada más científica que la del Código de 1804²⁴.

El contrato figura en el primer rango de las fuentes. Recibe una definición ampliada que no solo engloba el acuerdo de voluntades, creador de obligaciones, sino también los que tienen por objeto modificar, transmitir y extinguir obligaciones²⁵. La exposición de su régimen se ha reconstruido. Tras exponer principalmente en sus disposiciones preliminares la definición renovada del contrato y la afirmación de los principios que lo gobiernan, el texto desarrolla, en los capítulos sucesivos: la formación del contrato (arts. 1112 a 1187), su interpretación (arts. 1188 a 1192) y sus efectos (arts. 1193 a 1231-7). La formación engloba la conclusión del contrato (arts. 1112 a 1127-6), su validez (arts. 1128 a 1171), su forma (arts. 1172 a 1177) y las sanciones (arts. 1178 a 1187). Los efectos del contrato oponen los efectos entre las partes (arts. 1193 a 1198) y los efectos en relación con los terceros (arts. 1199 a 1209). Añadiéndose las disposiciones sobre la duración del contrato (arts. 1210 a 1215), la cesión del contrato (arts. 1216 a 1216-3) y el incumplimiento del contrato (arts. 1217 a 1231-7).

Podrían discutirse algunas elecciones que se han realizado²⁶, e incluso hay un error de fondo que se refiere al lugar del cumplimiento forzoso²⁷. Pero, en su conjunto, la presentación es clara. Permite tener un conocimiento fácil del régimen del contrato,

²⁴ Algunos Códigos más antiguos portan la traza de dicha distinción, pero de manera menos neta. *Vid.*, por ejemplo, el Código libanés de obligaciones y contratos: Première Partie: «Des obligations en général», Livre premier «Différentes catégories d'obligations», Livre second «Des sources des obligations et des conditions mises à leur validité», Livre III «Des effets des obligations», Livre IV «De la transmission des obligations», Livre V «de l'extinction des obligations». Livre VI «de la preuve dans le droit des obligations», Livre VII «Règle d'interprétation des actes juridiques».

²⁵ Artículo 1101: «*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*». No es, sin embargo, verdad que el régimen de los acuerdos de voluntad modificativos, transmisores o extintivos de obligaciones sea el mismo que el de los acuerdos que les dan origen, principalmente en materia de capacidad.

²⁶ Por ejemplo, no tratar del incumplimiento con los efectos del contrato entre las partes. Sobre el plan del proyecto de ordenanza, ligeramente diferente, comparado con el de la Propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones, *vid.* M. FAURE-ABBAD, «Architecture des projets», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, dir. J. LETE, E. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ ET H. BOUCARD, LGDJ 2016; Coll. travaux de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p.103.

²⁷ Tratada únicamente en el incumplimiento del contrato cuando se refiere a todas las obligaciones, cualquiera que sea la fuente.

desde los primeros contactos entre los negociadores hasta las últimas consecuencias del incumplimiento, que la ordenanza expone de manera sintética por primera vez.

Sobre el plan formal, la seguridad buscada parece globalmente alcanzada. Pero ella también depende, como más claramente todavía la eficacia y la justicia, del contenido de los textos.

6. Continuidad y ruptura en el nuevo Derecho de obligaciones y contratos

Sobre el fondo, los textos no contienen más que un número limitado de innovaciones. A propósito de ello, el informe al Presidente de la República indica que con el fin de instaurar la seguridad jurídica, que solo el Derecho positivo permite, *«la ordenanza prevé para la mayor parte de su texto una codificación a Derecho constante de la jurisprudencia, retomando soluciones que, si bien no recoge el Derecho positivo, están muy asentadas en el paisaje jurídico francés»*. Un recuento aproximado demuestra que sobre los 151 artículos que constituyen el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos más de la mitad (alrededor de 77) codifican soluciones jurisprudenciales. Una cincuenta de otros artículos retoman disposiciones del Código de 1804, reescribiéndolas en mayor o menor medida. Es el caso particular de los artículos 1231 a 1231-7, que reproducen, casi literalmente, los artículos 1146 a 1153-1 a la espera de la reforma de la responsabilidad²⁸. No queda, por consiguiente, mucho espacio para las novedades. Menos de una veintena de disposiciones enuncian reglas originales y solo cinco artículos desafían a la jurisprudencia²⁹. Por tanto, el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos se parece mucho al antiguo. Si no al del Código de 1804, al menos sí al que la jurisprudencia ha construido sobre él. La modificación de la letra de la ley tiene el mérito de ponerla de conformidad con el Derecho vivo, haciéndola más accesible. Pero el

²⁸ La recodificación se pretendía hacer a «Derecho constante». Pero, a pesar de todo, existen modificaciones no desprovistas de incidencias. Por ejemplo, la supresión de la exoneración por caso fortuito previsto por el actual artículo 1148 si, contrariamente a la opinión generalmente extendida, seguida por el gobierno, se considera que no es equivalente a la fuerza mayor.

²⁹ Es el caso que se refiere a la sanción de la revocación de la promesa unilateral de contrato por el promitente durante el tiempo dejado al beneficiario para optar (artículo 1124, párrafo 2), de la caducidad de la oferta por el fallecimiento del oferente (pour partie; artículo 1117, párrafo 2) y del efecto de la mala fe de aquél que publica primero su título de adquisición en el fichero inmobiliario (artículo 1198, párrafo 2). El artículo 1195 que instaura la revisión del contrato por imprevisión, contradice la célebre jurisprudencia *Canal de Craponne*. Y el artículo 1161 abandona la validez de principio del contrato celebrado consigo mismo.

progreso del Derecho no puede venir solo de la cristalización de la labor de la jurisprudencia, que incluso puede entorpecerlo.

Sin embargo, aunque en número limitado, hay innovaciones importantes, a veces incluso verdaderas rupturas, más bien tomadas prestadas del proyecto «Terré», el cual a su vez se había inspirado en los proyectos de armonización europea. Es por esta vía que el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, de inspiración muy nacional, se abre un poco a la influencia internacional.

Con este estilo de novedad, cuantitativamente débil pero cualitativamente esencial, ¿se mantiene la coherencia del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos? ¿No la divide entre tendencias irreconciliables? ¿El conjunto formado de reglas tomadas del Código de 1804 y de la jurisprudencia constituye el Derecho de obligaciones y contratos más seguro, más eficaz y más justo que buscaba el legislador?

Una primera respuesta a estas cuestiones requiere, en primer lugar, examinar el contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos (I) antes de intentar discernir sus fundamentos (II).

I. EL CONTENIDO DEL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

7. Mucha consolidación y un poco de transformación

El contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos es en su mayoría, por las razones indicadas con anterioridad, el mismo que el antiguo, es decir, el Derecho positivo en la víspera de la entrada en vigor de la ordenanza, a menudo de origen jurisprudencial.

Pero la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos no es solo una oda al Derecho legislado que tendría como finalidad, por razones de accesibilidad y de seguridad, encerrar el Derecho en la Ley. El objetivo de hacer más atractivo el Derecho francés se malograría ampliamente si el nuevo Derecho de obligaciones y contratos no respondiese a las necesidades contemporáneas de la práctica y a los desafíos de la competencia internacional entre los sistemas jurídicos. Por tanto, la ordenanza también contiene innovaciones, en un número limitado, sin embargo a veces de importancia esencial en cuanto al fondo.

Por tanto, el contenido del nuevo Derecho común implica, a primera vista, mucha consolidación (A) y un poco de transformación (B) del Derecho de obligaciones y contratos.

A. LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. El ejemplo de la conclusión del contrato

La consolidación del Derecho de obligaciones y contratos deriva de la codificación «a Derecho constante» –o casi– de numerosas soluciones jurisprudenciales. El ejemplo más evidente se refiere al proceso de conclusión del contrato. Esta cuestión había sido ignorada totalmente por el Código de 1804. Por consiguiente, han sido los tribunales los que han fijado de forma progresiva el régimen de las negociaciones, de la oferta y de la aceptación, y del encuentro de voluntades. De ahora en adelante, estas cuestiones constituyen el objeto de la Sección «La conclusión del contrato» del Capítulo II «La formación del contrato». En una quincena de artículos (del 1112 al 1124), la nueva Ley enuncia los principios de libertad y de buena fe que rigen las negociaciones, las condiciones y los efectos de la responsabilidad por culpa durante las negociaciones. Asimismo, caracteriza la formación del contrato por el encuentro de una oferta y de una aceptación de las que especifica sus elementos, su modo de expresión y su valor jurídico. Define, en fin, el pacto de preferencia y la promesa unilateral del contrato para los que indica los efectos en caso de violación del pacto o de revocación de la promesa.

La ordenanza colma de esta manera una importante laguna del Código civil. Si llega el caso, resuelve cuestiones que permanecían discutidas, principalmente sancionando la retractación de la oferta durante el período de aceptación por la exclusiva responsabilidad extracontractual del oferente, con la exclusión de la conclusión forzada del contrato (artículo 1116, párrafos 2 y 3). Del mismo modo, enunciando que el contrato se concluye en el momento y en el lugar en que la aceptación llega al oferente (artículo 1121), de conformidad con la orientación establecida en los proyectos europeos³⁰.

9. La dificultad de la codificación a Derecho constante. Ilustración a través de la obligación de información

La materia ha puesto en evidencia, sobre una cuestión muy discutida, la dificultad de codificar la jurisprudencia. Al disponer que *«aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una*

³⁰ Por lo que se refiere a la fecha de la formación del contrato: art. 2:205 (1) PEDC, art. II-4:205 PCCR, art. 35 Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente.

información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste último ignora legítimamente dicha información o se fía de la otra parte», el proyecto de ordenanza quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información³¹. No obstante, el texto se ha considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial, según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido³². Sin duda, el temor carecía de fundamento, pues en verdad la letra del texto permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia. Sin embargo, al término de la consulta pública, el texto ha sido modificado. El artículo 1112-1, párrafo 2, especifica que *«no obstante, dicho deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación»*, lo cual preserva la jurisprudencia aludida anteriormente. Pero es que, además, el hecho de que la obligación de información no recaiga más que sobre aquél que conociese determinada información cuya importancia sea determinante, y no sobre el que debiera conocerla, podría acarrear un cierto retroceso de la obligación que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen de forma especial a su cargo³³.

10. Otros ejemplos de la consolidación del Derecho de obligaciones y contratos

Los textos que consolidan el Derecho positivo elaborado por la jurisprudencia sobre la base del Código de 1804 son extremadamente numerosos. Así sucede de manera particular a propósito de los vicios del consentimiento, respecto de los cuales las soluciones adoptadas sobre la base de los artículos 1110 y siguientes se han vertido en la Ley. Principalmente, que el error pueda ser de hecho

³¹ Este artículo 1129 figuraba entre las disposiciones relativas al consentimiento, en la sección sobre la validez del contrato. Dicha ubicación se había considerado injustificada por muchos comentaristas, de modo que la regla ha sido desplazada a la sección relativa a la conclusión del contrato.

³² Civ. 3^e, 17 janv. 2007, *D.* 2007. 1051, note MAZEAUD et 1054, note STOFFEL-MUNCK, *RTD civ.* 2007. 335, obs. MESTRE ET FAGES, *JCP* 2007. II. 10042, note JAMIN, *Defrénois* 2007, art. 38562, n^o 28, obs. SAVAUX. *Vid.*, ya en términos menos generales: Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *JCP* 2000. I. 272, obs. LOISEAU, *Defrénois* 2000, art. 37237, n^o 64, obs. D. MAZEAUD ET DELEBECQUE, *RTD civ.* 2000. 566, obs. MESTRE ET FAGES.

³³ Por el contrario, sosteniendo que los jueces siempre podrán asimilar el profesional que debería conocer una información a aquel que la conocía efectivamente: M. FABRE-MAGNAN, «Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme», *JCP* 2016, n.º 25, 706.

o de derecho, que no deba ser inexcusable, que debe recaer sobre las cualidades esenciales de la prestación (artículo 1132), que pueda recaer sobre la prestación de una o de otra de las partes, y que la aceptación de un alea acerca de una cualidad de la prestación excluye el error (artículo 1133). La ordenanza también consagra la nulidad del contrato en caso de reticencia dolosa (artículo 1137). Repite que la amenaza del ejercicio de una vía de derecho no constituye violencia, a menos que aquélla no se desvíe de su fin, o se invoque con el fin de obtener una ventaja excesiva (artículo 1141)...

Al disponer que «*la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado*», el artículo 1179 consagra la «teoría moderna de las nulidades» que la jurisprudencia maneja con más o menos fortuna.

El artículo 1200, a cuyo tenor, «*los terceros deberán respetar la situación creada por el contrato. Podrán prevalerse de esa situación principalmente para generar la prueba de un hecho*», consagra los dos aspectos de la oponibilidad del contrato frente a terceros, deducidos por los tribunales con ayuda de la doctrina y que completan a partir de ahora el efecto relativo del contrato (artículo 1199).

La resolución unilateral del contrato por cuenta y riesgo del acreedor en caso de incumplimiento suficientemente grave, que se ha establecido en la jurisprudencia a partir de la sentencia *Tocqueville*³⁴, se instauró claramente como una forma ordinaria de resolución del contrato por incumplimiento, al lado de la cláusula resolutoria y de la resolución judicial (artículo 1224 y ss.)³⁵.

11. Consagraciones simbólicas

Algunas consagraciones revisten un valor simbólico importante, como la sanción del abuso de dependencia (artículo 1143), que se inspira en la jurisprudencia en materia de violencia económica³⁶. El informe al Presidente de la República la presenta como una

³⁴ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *D.* 1999. 197, note JAMIN ET SOMM. 115, obs. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1999. 374, obs. MESTRE, *JCP* 1999. II. 10133, note RZEPECKI, *Defrénois* 1999, art. 36954, n.º 17, obs. D. MAZEAUD, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, p. 180.

³⁵ En realidad, sin duda no hay aquí más una codificación a Derecho verdaderamente constante, pues le texto aporta respuestas a un cierto número de cuestiones que quedan en suspenso relativas a la naturaleza y al lugar de dicha resolución.

³⁶ Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2002. 1860, note GRIDEL et 1862, note CHAZAL, *Somm.* 2844, obs. D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2002. 502, obs. MESTRE ET FAGES, *Defrénois* 2002, art.

«de las soluciones equilibradas, protectoras de las partes, pero también eficaces y adaptadas a las evoluciones de la economía de mercado».

También es así con la afirmación solemne, en el encabezamiento del Subtítulo dedicado al contrato³⁷, de si los principios de libertad contractual y de buena fe, que se añaden a la reafirmación de la fuerza obligatoria del contrato³⁸. Pero la cuestión consiste en saber si, enunciándolos de esta manera, la ordenanza no les da una nueva importancia. No se trataría, por consiguiente, de una consolidación, sino de una transformación del Derecho de obligaciones y contratos.

B. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

12. ¿Consolidación o transformación?

La transformación del Derecho de obligaciones y contratos puede ser simplemente formal como resultado de las modificaciones de redacción y de plan, o de la inscripción de la jurisprudencia en la Ley. También puede ser sustancial, derivada del hecho de consagrar reglas nuevas. Solo esto último nos interesa aquí. Pero esta distinción, en realidad, es frágil³⁹. Así, el nuevo párrafo dedicado a la representación se compone de reglas generales inspiradas en el mandato, aunque diferentes. Aplicables en ausencia de disposiciones específicas, constituyen un Derecho común de la representación que no existía hasta ahora en Derecho francés. Este Derecho común contiene por cierto, evidentes innovaciones relativas, por ejemplo, a la suerte del acto celebrado por el representante por cuenta de los dos contratantes, o al celebrado por su propia cuenta⁴⁰. La cuestión de la parte respectiva de consolidación y de

37607, no 65, obs. SAVAUX cassant Paris, 12 janv. 2000, *D.* 2001. 2067, note FADEUILHE, *JCP* 2000. II. 10433, note PIERRE.

³⁷ *Dispositions liminaires*, art. 1101 à 1111-1.

³⁸ La libertad contractual aparece presentada en sus diferentes aspectos: Artículo 1102: «*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*». La buena fe se aplica a los diferentes estadios del contrato. Artículo 1104: «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*». La fuerza obligatoria se formula en los mismos términos que en 1804: Artículo: 1103: «*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*».

³⁹ De ahí la idea que «Y compris à droit constant, la codification revêt une dimension non seulement formelle mais substantielle» (M. GUYOMAR), *JCP* 2015, n.º 48, 1271.

⁴⁰ Artículo 1161 «*un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accom-*

transformación se plantea también para otras nuevas divisiones y disposiciones sobre la forma del contrato (artículos 1172 a 1177), la caducidad (artículo 1186 y 1187), el efecto traslativo (artículos 1196 a 1198), la duración del contrato (artículos 1210 a 1215)...

El tratamiento de los principios de libertad contractual, de la fuerza obligatoria del contrato y de la buena fe son otros ejemplos. Desarrollándolos y colocándolos en las disposiciones preliminares, ¿no les ha dado la ordenanza un valor eminente, del que habían carecido hasta ahora? El informe al Presidente de la República especifica que no son principios directores que posean un valor superior y de los que el juez podría hacer uso con el fin de inmiscuirse en el Derecho de obligaciones y contratos. A pesar de la generalidad de lo expuesto, evidentemente es la buena fe, que inquieta mucho a los profesionales, el objetivo principal. El juez no sería capaz de utilizarla para rehacer el contrato o para ignorar la Ley. De esta manera, respecto de la buena fe en materia de cumplimiento debería perdurar la jurisprudencia *Les Maréchaux*⁴¹, según la cual el juez tiene la facultad de sancionar el uso desleal de una prerrogativa contractual, pero no se le autoriza a afectar a la sustancia misma de los derechos y las obligaciones acordadas entre las partes. Y, en cuanto a la formación del contrato, la buena fe no debería permitir imponer una obligación de información más allá de las previsiones del artículo 1112-1.

Aquellos a los que inquieta la buena fe deberían quedarse tranquilos.

13. Los abandonos

Para el resto, la transformación del Derecho de obligaciones y contratos resulta de abandonos y de añadidos.

Abandonos notables contribuyen a remodelar el Derecho común, la distinción entre obligaciones de hacer, de no hacer y de dar han sido sustituidas por la noción general de prestación, las buenas costumbres, concepto considerado obsoleto con relación a

pli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié». El texto contradice la validez de principio del contrato consigo mismo. Vid. PH. DIDIER, La représentation dans le nouveau droit des obligations, *JCP G* 2016, n.º 20-21, 580; G. WICKER ET N. FERRIER, «La représentation», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 27.

⁴¹ Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007. 2839, note STOFFEL-MUNCK, 2844, note GAUTIER ET PAN. 2972, obs. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 2007. 773, obs. FAGES, *Defrénois* 2007, art. 38667, n.º 61, obs. SAVAUX, *JCP* 2007. II. 10154, note HOUTCIEFF, *RDC* 2007. 1107, obs. AYNES et 1110, obs. D. MAZEAUD, *Dr. et patrimoine* 2007, n.º 162, 94, obs. STOFFEL-MUNCK, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12^{ème} éd. 2008, n.º 164.

la evolución de la sociedad y ya progresivamente abandonado por la jurisprudencia⁴², la mayoría de los consejos de interpretación de los artículos 1158 y siguientes –el pequeño «asno-guía» del decano Carbonnier– *«poco o nada utilizado por la jurisprudencia, y cuya utilidad no está comprobada»*⁴³...

El abandono más notable se refiere, evidentemente, a la causa de la obligación, sustituida por el contenido del contrato, lo cual representa el cambio más importante de la reforma⁴⁴. Su erradicación se justifica por el hecho de que se trata de una noción confusa, percibida como un factor de inseguridad jurídica y al carácter atractivo del Derecho francés, en comparación con otras muchas legislaciones que la ignoran⁴⁵, lo mismo que sucede en los proyectos de armonización europea. Por consiguiente, la eurocompatibilidad y la competencia de los sistemas jurídicos han derrotado a una de los conceptos emblemáticos del Derecho francés de obligaciones y contratos.

Pero el gobierno pretende ser tranquilizador. Los textos que desarrollan la nueva condición de validez, que es ahora el contenido del contrato⁴⁶, retoman las principales soluciones jurisprudenciales basadas sobre la causa, como la nulidad del contrato a título oneroso cuando la contrapartida pactada resulta ilusoria o irrisoria (artículo 1169). Incluyendo, por cierto, las soluciones más discutidas en su tiempo, como la de la sentencia *Chronopost*, consagrada por el artículo 1170, a cuyo tenor, *«toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita»*. El control de la conformidad del contrato con los imperativos mayores de la organización social se hará sobre la base del artículo 1162, el cual señala que *«el contrato no puede derogar el orden*

⁴² Sin embargo, la ordenanza no deroga el artículo 6 del Código civil, según el cual, *«No se puede derogar, por convenciones particulares, las leyes que afectan al orden público y las buenas costumbres»*.

⁴³ «Rapport au Président de la République».

⁴⁴ Para una comparación con España, *vid.* A.-M. MORALES-MORENO, «Réflexions sur la cause du contrat dans la proposition pour la modernisation du droit des obligations et des contrats», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 100; M. BOUDOT, «La cause licite dans l'obligation: comparaison franco-espagnole», *Ibid.*, p. 185.

⁴⁵ *Vid. le Rapport au Président de la République, précité*. El gobierno ha dejado de lado de forma deliberada los numerosos países que la consagran (España, Rumanía, Líbano...) y para los que el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos no podrá servir más de fuente de inspiración. *Vid.* P. CATALA, «Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats», *Defrénois* 2008, p. 2365.

⁴⁶ Sobre las reservas que la noción suscita, *vid.* FABRE-MAGNAN, «Critique de la notion de contenu du contrat»; *RDC* 2015/3, p. 639; E. SAVAUX, «Le contenu du contrat», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 20.

público a través de sus estipulaciones, ni por la finalidad que pretenda conseguir...».

Cambiar todo sin cambiar nada, ésa sería la intención. Es un apuesta imposible, porque si las soluciones consagradas se basan efectivamente sobre la causa, ésta continuará guiando su aplicación, con todas las discusiones correspondientes. Solo desaparecerá la palabra, no la institución⁴⁷.

14. Lo que se añade. La eliminación de las cláusulas abusivas

Algunas adiciones espectaculares de la ordenanza se supone, por cierto, que compensan la desaparición de la causa como instrumento de preservación de la utilidad del contrato.

Tal es el caso, en particular, de la introducción en el Código civil de un mecanismo de eliminación de las cláusulas abusivas que figuren precisamente en las disposiciones relativas al contenido del contrato. Según el artículo 1171, *«en un contrato de adhesión, toda cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato será reputada no escrita»*. La regla se inspira en el artículo L. 132-1 del Código de consumo, que trata de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores⁴⁸ y de la sanción de la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo L. 442-6, 2.º del Código de comercio⁴⁹. El establecimiento de semejante procedimiento como regla general aplicable a todos los contratos se ha considerado por los profesionales como una grave amenaza para la seguridad de las convenciones y para el atractivo del Derecho francés, pues el juez puede encontrar de esta manera un medio acrecentado de intervención. Por consiguiente, se ha decidido, al término de la consulta pública, limitar su ámbito exclusivamente al contrato de adhesión, definido por el artículo

⁴⁷ G. WICKER, «La suppression de la cause par l'ordonnance: la chose sans le mot?», *D.* 2015, p. 1557. Pero no es seguro que, incluso suscitando discusiones similares, reglas específicas permitan cumplir la misma función que una noción flexible.

⁴⁸ *«Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat»*.

⁴⁹ *«Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou toute personne immatriculée au répertoire des métiers... de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties»*.

1110, párrafo 2, como «*aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son fijadas de antemano por una de las partes*». Si el criterio de la cláusula abusiva puede identificarse inspirándose en el precedente del Derecho de consumo, el alcance de su prohibición es incierto como consecuencia de las interrogaciones que pesan sobre la definición del contrato de adhesión⁵⁰.

15. Lo que se añade (continuación). La revisión del contrato por imprevisión

Otra gran innovación, muy esperada y muy discutida, es la introducción relativa a la revisión del contrato por imprevisión. El artículo 1195 prevé, en esencia, que en caso de cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá pedir una renegociación del contrato. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato o solicitar al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin.

Es un procedimiento complicado que, a pesar de todo, concede al final al juez el poder de revisar el contrato a petición de una de las partes, rompiendo de esta manera con la jurisprudencia surgida de la sentencia *Canal de Craponne*, la cual ha subsistido hasta hoy, si bien con algunas vicisitudes⁵¹. Este texto⁵², inspirado en el Derecho comparado y en los proyectos europeos de armonización, se ha presentado también como una de las manifestaciones de la justicia contractual. La regla se ha concebido para no provocar inseguridad jurídica. La revisión judicial se utiliza como una amenaza que incentive la revisión convencional, siendo una regla supletoria, pues una parte contratante puede aceptar asumir el riesgo de cumplimiento oneroso. La ordenanza, por consiguiente, consagra la revisión del contrato, pero con muchas precauciones.

⁵⁰ Sobre estas cuestiones y la de la articulación con los textos especiales, vid.: M. BEHAR-TOUCHAIS, «Le déséquilibre significatif dans le code civil», *JCP* 2016, n.º 14, 391.

⁵¹ Sobre esta historia, vid. principalmente J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Volume 1, L'acte juridique*, 16^e éd. 2014, Sirey Université, n.º 405 et s.

⁵² Sobre el cual, vid. principalmente: PH. STOFFEL-MUNCK, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?* *RDC* 2016, Hors-série, p. 30.

16. Lo que se añade (fin)

Otras innovaciones deben aún resaltarse. Por ejemplo, la introducción de disposiciones sobre la cesión del contrato (artículos 1216 a 1216-3), precisando sus condiciones y sus efectos⁵³.

También muy notable, por razón de su rareza en Derecho francés, es la instauración de tres «acciones» declarativas sobre la existencia de un pacto de preferencia y la opción del beneficiario⁵⁴, la extensión del poder del representante convencional⁵⁵ y el ejercicio de la acción de nulidad.⁵⁶

El incumplimiento del contrato se ha visto afectado de forma notable por los cambios. El artículo 1220 permite a una parte suspender el cumplimiento de su obligación cuando resulta manifiesto que el cocontratante no cumplirá en plazo con consecuencias suficientemente graves para aquéllas. El artículo 1221 reafirma el derecho del acreedor al cumplimiento en forma específica, si bien lo excluye cuando exista una desproporción manifiesta entre su coste para el deudor y su interés para el acreedor⁵⁷. El artículo 1223 permite al acreedor aceptar un cumplimiento imperfecto y «solicitar» una reducción proporcional del precio –lo que incluye en realidad la facultad de proceder él mismo–⁵⁸.

⁵³ En el proyecto de ordenanza la cuestión se trataba de forma mucho más sumaria, en el capítulo dedicado a la modificación de la relación obligatoria (artículo 1340).

⁵⁴ Artículo 1123, párrafo 2: «*le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat*».

⁵⁵ Artículo 1158: «*Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte*».

⁵⁶ Artículo 1183: «*une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé*». Sobre estas técnicas, que él prefiera llamar «interpellations interrogatoires», vid. A. BÉNABENT, «Les nouveaux mécanismes», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ?* préc., p. 17.

⁵⁷ El alcance de la regla es apreciada de forma muy diversa, como un simple recordatorio del límite del abuso de Derecho de requerir el cumplimiento o al contrario como un ataque intolerable a la fuerza obligatoria del contrato. Sobre el anteproyecto de reforma del Derecho de contratos (seguido más tarde por el proyecto de ordenanza), que no tenía en consideración más que el coste del cumplimiento, vid. T. GENICON, «Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature», *Dr. et patr.* 2014, n.º 240, p. 63.

⁵⁸ Sobre las reservas que este nuevo medio ofrece al acreedor, vid. E. SAVAUX, «Article 1223: la réduction du prix», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats: articles choisis*, *RDC* 2015, p. 786.

Unas veces destinadas a aumentar la seguridad y la eficacia económica, otras teniendo por objeto garantizar la justicia, dichas innovaciones contribuyen a pesar de todo a rediseñar en profundidad el Derecho común de obligaciones y contratos. Podemos preguntarnos cuáles son las concepciones y las elecciones fundamentales que lo animan, o, dicho de otro modo, cuáles son sus fundamentos.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL NUEVO DERECHO COMÚN DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

17. El régimen y la noción del contrato

Los fundamentos del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos son, en parte, ya conocidos. Se trata de objetivos de política jurídica que tienen como finalidad proponer un Derecho más eficaz, más seguro y más justo. Estos imperativos se traducen en opciones importantes que se refieren a la renovación del régimen del contrato (A), los cuales, ellos mismos suscitan interrogaciones relativas al modelo de contrato en cuya consideración han sido adoptadas (B).

A. LAS OPCIONES DE LA RENOVACIÓN DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO

18. La desjudicialización

La renovación del régimen del contrato descansa sobre cierto número de opciones que mantienen vínculos entre ellas. Una de las más importantes reside en la desjudicialización, es decir, en la eliminación del juez en la aplicación de las reglas del contrato. Existen manifestaciones de ello en todos los estadios del contrato. Tratándose de la formación, el artículo 1178 prevé que las partes contratantes puedan constatar la nulidad de común acuerdo. Pero es sobre todo el incumplimiento el afectado. Además de la consagración de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor, el artículo 1222 le autoriza a partir de ahora a hacer cumplir él mismo la obligación sin previa autorización judicial. Del mismo modo, él podrá reducir el precio en caso de cumplimiento imperfecto.

La voluntad de excluir al juez de la sanción de los vicios de la formación o de las sanciones del incumplimiento es muy clara. La

instancia judicial se considera una fuente de gastos y de incertidumbre, contraria a la eficacia económica⁵⁹. Pero la eliminación del juez no es uniforme⁶⁰. Por el contrario, la introducción de nuevas reglas le confiere un papel central, como en la eliminación de las cláusulas abusivas o de las que privan de su sustancia a la obligación esencial del deudor, así como, por supuesto, la revisión del contrato por imprevisión.

En cualquier caso, no es una ausencia total del juez lo que la ordenanza busca, sino solamente su repliegue a una posición de retaguardia. Desapareciendo de la aplicación inmediata de la regla, dejada a las partes contratantes, él reaparecerá la mayoría de las veces en caso de contestación de su cumplimiento por las partes⁶¹.

19. Los límites de la desjudicialización

La eliminación del juez es tanto menos grande cuanto, sobre otro plano, el método legislativo utilizado le confiere un papel aumentado en la fijación del nuevo régimen del contrato. La ordenanza ha recurrido a menudo a estándares o a nociones flexibles, como lo razonable⁶², lo legítimo⁶³, lo excesivo⁶⁴, lo significativo⁶⁵ o la desproporción manifiesta⁶⁶.

Dichas nociones delegan en el juez la tarea de fijar el contenido preciso de la regla. No es ésta la paradoja menor de la reforma, relativa a las fuentes del Derecho de obligaciones y contratos, que querer congelar la jurisprudencia en la Ley como consecuencia de la inseguridad que aquélla genera y de confiar al mismo tiempo al juez la tarea de la desentrañar la significación de los grandes con-

⁵⁹ *Vid.*, en particular, Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (NOR: JUSX1326670L/Bleue) 23 novembre 2013, p. 76.

⁶⁰ Para una comparación del proyecto de ordenanza y de la propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones, *vid.* H. BOUCARD, «Le juge et le contrat», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 275.

⁶¹ *Vid. infra* n.º 21.

⁶² Clásica en lo que se refiere a los plazos (*vid.* principalmente: artículos 1116, 1117, 1123, 1195...), las aplicaciones son más nuevas tratándose de la persona (artículos 1188 y 1197) y, sobre todo, el coste del cumplimiento (artículo 1221).

⁶³ Para la ignorancia en la obligación de información (artículo 1112-1), las expectativas de los contratantes en la determinación de la calidad de la prestación debida (artículo 1166), el interés del pagador en la subrogación legal (artículo 1346).

⁶⁴ Aplicado principalmente a la ventaja buscada en la violencia por el ejercicio de una vía de Derecho (artículo 1141), al cumplimiento oneroso en la revisión del contrato por imprevisión (artículo 1195).

⁶⁵ Que caracteriza el desequilibrio necesario en la cualificación de cláusula abusiva (artículo 1171).

⁶⁶ Que permite excluir el cumplimiento forzoso en forma específica.

ceptos del nuevo Derecho de obligaciones y contratos. La seguridad que se buscaba no está garantizada⁶⁷.

20. El desarrollo del unilateralismo

La desjudicialización se acompaña a menudo del desarrollo del unilateralismo. No en materia de nulidad, para la que la ordenanza no admite la declaración de una sola de las partes⁶⁸. Pero la resolución por cuenta y riesgo del acreedor se hace mediante notificación al deudor (artículo 1226, párrafo 3). Se impone la misma forma para la excepción de incumplimiento anticipado (artículo 1120 *in fine*) y para la reducción del precio (artículo 1223, párrafo 2).

El unilateralismo tiene otro campo donde no excluye al juez, sino al cocontratante. Se trata de la determinación del precio. El artículo 1164 dispone que en los contratos-marco puede determinarse que el precio se fijará unilateralmente por una de las partes, pudiendo sancionarse el abuso en dicha fijación por la concesión de daños y perjuicios o por la resolución del contrato. Según el artículo 1165, en los contratos de prestación de servicios, a falta de acuerdo antes del cumplimiento, el precio podrá fijarse unilateralmente por el acreedor, pudiendo su abuso dar lugar a condena de daños y perjuicios. El alcance de dichos textos es discutido, pero parecen en retirada con relación a lo que permitía la jurisprudencia anterior⁶⁹.

21. La obligación de motivar

La concesión de una prerrogativa generalmente obliga a su titular a motivar su ejercicio. Para la fijación unilateral del precio, es el montante de este último el que debe motivarse en caso de contestación. En la resolución unilateral por cuenta y riesgo del acreedor este último deberá notificar al deudor las razones que la justifican. Curiosamente, la reducción del precio no tendrá que motivarse a menos que se trate de un medio de justicia privada radical.

⁶⁷ Sobre el papel del juez, *vid.* L. AYNÈS, «Le juge et le contrat: nouveaux rôles?», *in Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, préc. p. 14.

⁶⁸ Contrariamente a la proposición española de modernización del Derecho de obligaciones, que consagra la nulidad por notificación de una de las partes por causas de anulabilidad del contrato. *Vid.* ANTHONY BENOIST, «Nullité, annulation et rescision», *in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 371.

⁶⁹ *Vid.*, principalmente: J. MOURY, «La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats», *D.* 2016, n.º 8, p. 1013; TH REVET, «Une philosophie générale?», *in Réforme du droit des contrats: quelles innovations? RDC* 2016, Hors-série, p. 5, n.º 2.

La voluntad del legislador es evitar la sumisión de uno de los contratantes a la arbitrariedad del otro, otorgando al juez —que, por tanto, reaparece *in fine*— los medios de controlar el ejercicio de una prerrogativa que no debe utilizarse fuera de las previsiones de la Ley. Es verdad cuando aquélla lo dice expresamente, precisando que la resolución por notificación se hace por cuenta y riesgo del acreedor (artículo 1126, párrafo 1), y que el deudor podrá en todo momento acudir al juez para contestar la resolución (artículo 1126, párrafo 4), o indicando que en caso de abuso en la fijación del precio el juez podrá conocer de una demanda de daños y perjuicios (artículos 1164 y 1165) o en la resolución del contrato (artículo 1164).

22. El alcance de la búsqueda de la eficacia económica

El método introduce flexibilidad con el fin de asegurar la eficacia económica del Derecho común de obligaciones y contratos. Concede a los contratantes su libertad y su responsabilidad. Es coherente con las elecciones de fondo, en particular con el sacrificio de la causa, que constituye una victoria de la doctrina liberal, que veía en ella el medio de control judicial de la utilidad del contrato⁷⁰.

La eficacia económica parece tanto más embarazosa que en los últimos arbitrajes los instrumentos llamados a compensar la desaparición de la causa han sido corregidos para responder a las inquietudes de las empresas. La exigencia de una ventaja manifiestamente excesiva se ha añadido a las condiciones del abuso de dependencia. La sanción de las cláusulas abusivas se ha limitado a los contratos de adhesión⁷¹. Pero a decir verdad, ni una ni otra de dichas restricciones ofende de verdad la justicia contractual⁷².

Y en la vía de la eficacia económica, la ordenanza no va tan lejos como los proyectos europeos. Limita la determinación unilateral de los elementos del contrato exclusivamente al precio, solo en los contratos-marco y en los de prestación de servicios (artículos 1164 y 1165), mientras que el proyecto de marco común de referencia, por ejemplo, permite la determinación de cualquier elemento del contrato (art. II.-9:105). Contrariamente a este último (art. III.-504), no admite la resolución por incumplimiento antici-

⁷⁰ V. Comp. L. AYNÈS, La cause, inutile et dangereuse, *Dr. et Patr.* 2014, n.º 240 et D. MAZEAUD, Pour que survive la cause en dépit de la réforme, *Ibid.*

⁷¹ *Vid.* los artículos 1143 y 1171, *préc.*

⁷² Incluso si habría debido contentarse con una ventaja excesiva por abuso de dependencia, y no suprimir la sanción del abuso de debilidad.

pado. Tampoco concede al deudor un derecho de corrección del incumplimiento⁷³. El requerimiento continúa siendo, salvo excepción, una condición previa general a las sanciones por incumplimiento⁷⁴...

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos es, por consiguiente, un Derecho con matices, del que podemos preguntarnos sobre qué modelo de contrato ha sido concebido.

B. EL MODELO DE CONTRATO QUE SE TIENE EN CUENTA

23. La persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones

El modelo de contrato en cuya consideración el codificador legisla resulta esencial porque, como lo ha recordado con precisión Pierre Català, «*el Derecho civil es un Derecho de equilibrio, preocupado por igual de los intereses en presencia, sin ser favorable a priori a una o a otra de las partes. Es a otros Códigos o leyes a quienes incumbe la tarea de ajustar el equilibrio contractual hacia más eficacia o más seguridad, en función de las situaciones jurídicas en causa y de la utilidad social que se pretende*⁷⁵». En la fase de preparación de la ordenanza, las interrogaciones sobre la filosofía general del texto han sido muy numerosas. Por su parte, los autores del texto declaran de forma oficiosa haber querido dar prueba de pragmatismo.

La figura del contrato que ellos ofrecen no tiene, a pesar de todo, nada de original: es un acto de voluntad bilateral que produce efectos en materia de obligaciones⁷⁶. Dichos efectos son el producto de la voluntad de las partes, libres para determinar el contenido del contrato (artículo 1102). Pero no pueden hacerlo más que dentro de los límites fijados por la Ley, teniendo fuerza obligatoria solo los contratos legalmente formados (artículo 1103). Por tanto, la ordenanza no aporta nuevos elementos relativos a la naturaleza del contrato⁷⁷.

⁷³ Prevista por el artículo III.-3:201 del proyecto de marco común de referencia.

⁷⁴ Artículo 1221 (exécution forcée en nature), artículo 1222 (remplacement), artículo 1223 (réduction du prix), artículo 1225 y ss. (résolution), artículos 1231, 1231-5 y 1231-6 (dommages et intérêts).

⁷⁵ Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de la prescripción, préc., Présentation générale, p. 3.

⁷⁶ No solamente su creación, sino también su transformación, transmisión y extinción. *Vid. supra* n.º 5.

⁷⁷ Todas las discusiones que en el pasado ha suscitado continúan, por tanto, siendo posibles. *Vid.*, principalmente J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat. Tome 1: Le contrat-Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} é d. 2013,

Ella parece fuertemente inspirada por la autonomía de la voluntad considerada como la facultad de las partes para dotarse de su propia ley, dentro de los límites de la delegación que la autoridad pública le consiente. Además de eso, todos los textos de presentación de la reforma —estudios de impacto, exposiciones de motivos⁷⁸— dan la impresión de que el gobierno ha legislado para los contratos de negocios, si no lo ha hecho incluso para los contratos internacionales respecto de los cuales hay que favorecer la elección del Derecho francés. Estos contratos presuponen que las partes disponen de un poder de negociación idéntico, fijando de común acuerdo las reglas que van a regir sus intercambios. La seguridad y la eficacia que dichos intercambios necesitan se añaden a la libertad y a la responsabilidad para modelar el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos.

Pero la previsión de un poder idéntico en la defensa de los intereses no se produce siempre. Incluso entre empresas existen relaciones de dominación, principalmente en el sector de la distribución. Además de esto, el gobierno también tiene la voluntad de proteger a la parte débil, como así hace, no el Código de 1804, pero sí la jurisprudencia elaborada sobre su fundamento y la legislación especial, principalmente en materia de protección de consumidores.

24. El alcance de la consagración del contrato de adhesión

Dicha intención se traduce de manera particular en la consagración de la distinción entre el contrato individual y el contrato de adhesión. Según el artículo 1110, párrafo 2, «*el contrato individual es aquél cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes. El contrato de adhesión es aquél cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, se fijan de antemano por una de las partes*». En el contrato de adhesión el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, de modo que podemos dudar que sea el fruto de un acuerdo de voluntades. Uno de los raros comentaristas que se han interesado por el espíritu general de la ordenanza se pregunta en consecuencia si la consagración del contrato de adhesión no marca una ruptura con la filosofía del Código civil⁷⁹.

n.º 37 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Volume 1, L'acte juridique*, 16^e éd. 2014, Sirey Université, préc., n.º 92 et s.

⁷⁸ *Vid.*, principalmente, l'étude d'impact sur la loi de modernisation du droit précitée.

⁷⁹ TH. REVET, «Une philosophie générale ?», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ? RDC 2016, Hors-série, préc.*, p. 5.

Su respuesta es negativa por razones después de todo clásicas. El contrato no necesita que sus condiciones hayan sido sometidas a la negociación, de modo que la voluntad contractual puede expresarse por la aceptación global de un contenido predeterminado por la otra parte. Según dicho autor, la consagración del contrato de adhesión marcaría incluso un n «*afinamiento de la filosofía moderna del contrato*» por la consideración de una voluntad menos abstracta. La voluntad apta para producir efectos inmediatamente jurídicos es la del contratante dotado del poder de negociación. Cuando una de las partes está privado de él, la juridicidad del acuerdo se subordina a un control suplementario de ausencia de abuso, que pueda remediar la imposibilidad para uno de los contratantes de defender sus intereses en la negociación.

25. Justicia contractual, libertad y responsabilidad

No es cierto que al enunciar la distinción entre contratos individuales y contratos de adhesión, los redactores de la ordenanza hayan tenido la intención, ni siquiera la conciencia, de formular la *summa divisio* moderna de los contratos. Sobre todo porque hasta el último momento la única consecuencia vinculada a la calificación de contrato de adhesión era, en caso de ambigüedad, una regla especial de interpretación frente a aquél que propuso las cláusulas (artículo 1193 proyecto de ordenanza). En el proyecto de ordenanza la posibilidad para el juez de suprimir una cláusula que causare un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes se reconocía para todos los contratos (artículo 1169 proyecto de ordenanza). Dicha generalización de la lucha contra las cláusulas abusivas era muy poco conforme con la filosofía del Código de 1804. Puesto que el consentimiento de las partes no está viciado, el contrato es válido y se impone al juez, que no puede modificarlo sin una habilitación especial del legislador. Contra las cláusulas abusivas, dicha habilitación solo existía en los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores⁸⁰.

La limitación de la lucha contra las cláusulas abusivas solo a los contratos de adhesión, introducida al término de la consulta pública con el fin de tranquilizar a las empresas, concilia de forma oportuna un instrumento moderno de la protección de los contratantes débiles con una filosofía contractual basada en la libertad y la responsabilidad. Cuando las partes han podido ejercer libremente su

⁸⁰ Importa poco en Derecho francés que las cláusulas hayan sido o no negociadas. Pero en la práctica los contratos son en general contratos de adhesión.

poder de negociación, el juez no debe sustituirlos con el fin de verificar la utilidad del contrato⁸¹.

26. Algunas paradojas del nuevo Derecho de obligaciones y contratos

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos esconde cierto número de paradojas, esto es, de contradicciones. Se supone que debía abrirse a la competencia internacional de los sistemas jurídicos, cuando codifica ampliamente el Derecho francés en vigor. Lo hace abandonando incluso la causa, noción emblemática del Derecho francés, pretendiendo, a pesar de todo, no cambiar nada gracias a la consagración de soluciones enunciadas sobre su fundamento. Pretende encerrar el Derecho en la Ley por razones de seguridad cuando enuncia reglas flexibles que confían al juez un papel esencial en su aplicación.

Tanto por lo que se refiere a los fundamentos como al contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos, no se distingue siempre una doctrina muy firme de los redactores. Sin duda que se debe al hecho de que el texto ha sido elaborado por algunos magistrados de la cancillería sobre los que se han ejercido influencias diversas.

Podríamos reconocer al menos un mérito a este Derecho renovado. Contra orientaciones más extremas, el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos posee un cierto espíritu de moderación que puede servir de modelo. Pero en realidad debe todavía encontrarse el equilibrio del sistema, porque la pretensión de encerrar el derecho en el Código resulta vana. Nosotros tenemos el germen del nuevo Derecho de obligaciones y contratos que llegará finalmente, como siempre, a través de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los textos⁸².

Poitiers, 29 de junio de 2016.

⁸¹ Vid. principalmente E. SAVAUX, «Le contenu du contrat», *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 2, préc.

⁸² La célebre exhortación de PORTALIS sigue siendo de completa actualidad: «*Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*».