

**La actualidad de los proyectos de reforma en Francia y su comparación con el derecho de las obligaciones peruano**

**Matthieu Poumarède**  
**Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole**

**I/ Una actualización del derecho francés de las obligaciones: un Código « modernizado»**

**A/ El enunciado de los principios del derecho de los contratos.**

**1/ La libertad contractual.**

**2/ El principio del consensualismo.**

**B/ La consagración de nociones y conceptos del derecho de las obligaciones.**

**1/ En materia contractual.**

**a/ La formación del contrato**

**b/ La ejecución del contrato.**

**2/ Las otras fuentes de obligación: los casi contratos**

**3/ El régimen general de las obligaciones.**

**II/ Un proyecto innovador.**

**A/ La simplificación del derecho de las obligaciones.**

**B/ Un refuerzo de la justicia contractual : o la inspiración consumista difusa de los proyectos de reforma.**

**1/La teoría de la imprevisión tímidamente consagrada**

**2/ La consagración del vicio de « abuso de debilidad »**

**3/ La extensión de la legislación sobre las cláusulas abusivas**

**C/ La eficacia económica reforzada del derecho de los contratos.**

**1/ La prevención de los conflictos contractuales.**

**a/ La excepción del incumplimiento reforzada**

**b/ Las acciones interrogativas (*interrogatoires*).**

**2/ El refuerzo normativo del unilateralismo en el contrato (bajo el control del juez).**

**a/ El unilateralismo en la formación del contrato.**

**b/ El unilateralismo en el momento de ejecución del contrato**

**3/ El costo manifiestamente irrazonable de la ejecución forzada**

Hace algunas semanas, cuando comencé el estudio del derecho peruano de las obligaciones y más particularmente lo relativo a su derecho de los contratos, fue sobre todo la identidad de los principios que rigen esta materia lo que me sorprendió. Ello más allá de la similitud entre los diversos artículos del Código Civil con el derecho francés.

Los grandes principios que gobiernan la materia se encuentran más o menos de la misma manera en nuestros derechos. En un artículo publicado en el año 2010, el Profesor Felipe Osterling Parodi enumeró los siete “*Principales principios contractuales*”<sup>1</sup>.

Esos principios, igual que sus límites, son en gran parte los mismos que estructuran el derecho contractual francés: los principios de la Autonomía de la Voluntad, de Obligatoriedad (fuerza vinculante), de la Relatividad del Contrato (eficacia del contrato), del Consensualismo (Conclusión y Perfeccionamiento) y también de la Causa Concreta son todos conocidos en el derecho francés.

Y si los principios de Sociabilidad/Solidaridad, de Inalterabilidad o de Eficiencia resaltados por Felipe Osterling Parodi no son expresados exactamente de la misma manera en el derecho contractual francés, los análisis económicos del derecho o el principio de buena fe, que ustedes conocen igualmente y que constituye en Francia un principio mayor, se dirigen por supuesto a soluciones cercanas.

De esta manera, nuestros dos derechos comparten una comunidad de espíritu.

A pesar de todo, existe una diferencia mayor: el tiempo. Es decir, aproximadamente doscientos años separan nuestros dos códigos civiles.

El Código civil peruano es mucho más moderno que el Código civil francés, el cual ha permanecido casi inmutable desde hace dos siglos.

- En primer lugar, la estructura misma del Código civil peruano es la prueba de su modernidad, habiendo aprovechado los aportes de las diferentes codificaciones de los siglos XIX y XX.

El lugar reservado al acto jurídico (Libro II)<sup>2</sup>, por ejemplo, demuestra esa modernidad.

El Código civil francés no conoce la noción de acto jurídico. La razón está dada por el hecho que nuestro derecho de las obligaciones tiene por modelo el contrato, más precisamente el contrato

---

<sup>1</sup> Felipe Osterling Parodi, Principales principios contractuales.

<sup>2</sup> Anibal Torres Vásquez, Acto Jurídico. Edición Abril 2001. Editorial Moreno S.A. Lima, Peru.

sinalagmático, que no es, por cierto, otra cosa que una teorización de la compraventa, modelo entre los modelos.

De ello resultan importantes consecuencias.

De un lado, un derecho que ignora ampliamente la manifestación unilateral de voluntad.

Del otro, un derecho contractual que tiene por modelo la compraventa: contrato de formación instantánea (desde el acuerdo sobre la cosa y el precio) y de ejecución también instantánea. El resultado es que el Código civil francés ignora el periodo precontractual y se preocupa muy poco de los contratos cuya ejecución se difiere en el tiempo (contrato de ejecución sucesiva, de ejecución diferida): la teoría de la imprevisión es rechazada como también, en gran medida, la terminación unilateral de los contratos,...

Y si algunos de los proyectos de reforma han dado un lugar al acto jurídico<sup>3</sup>, el proyecto del Ministerio de justicia (o de la *Chancellerie*), en su último estado, no dice una sola palabra: se trata ante todo de reformar el contrato.

- En segundo lugar, una simple ojeada a las diferentes reglas previstas en el Código civil peruano evidencia que el derecho de las obligaciones peruano es más moderno.

Mientras que el Código civil francés data de 1804, el Código civil peruano fue promulgado en 1984: cerca de dos siglos separan las dos codificaciones.

➤ La parte consagrada al régimen general de las obligaciones contenida en el Libro seis (6) es sin duda más desarrollada que aquella del Código civil francés. Muchas de las técnicas que son tratadas allí no lo están en el Código civil francés. Por ejemplo, desde las Obligaciones alternativas y facultativas (C. civ. per., art. 1161 al 1171) a la dación en pago (C. civ. per., art. 1265) pasando por ejemplo por el mutuo disenso (C. civ. per., art. 1313), muchas nociones no son expresamente aludidas en el Código civil francés.

➤ De la misma manera, cuando leemos los textos del Código civil francés y del Código civil peruano sobre el derecho de los contratos, esta diferencia es evidente. Algunos ejemplos nos permitirán convencernos de ello rápidamente.

Artículo 1352 del Código civil peruano: « Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad ».

Debemos señalar que no existe nada equivalente a esta fórmula en el derecho francés. Así pues, en ninguna parte del Código civil francés se afirma que el principio es el consensualismo.

Artículo 1362 del Código civil peruano: « Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes ». Esta disposición conoce un

---

<sup>3</sup> V. M. Poumarède, *Quelle place pour l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations ?*, in M. Nicod (dir.), *Métamorphoses de l'acte juridique*, LGDJ, 2011

equivalente mucho más modesto en el Código civil francés: el artículo 1134 del Código civil francés prevé solamente que los contratos «deberán ser ejecutados de buena fe ». ¿Qué pasa con la negociación y la formación del contrato?

Y los ejemplos son múltiples: el Código civil francés no dice ni una sola palabra sobre la oferta (C.civ.per., art. 1382 et s.), de la contratación entre ausentes (C. civ. pe, art. 1374), de la aceptación (C. civ. per., art. 1375 et s.), del periodo de negociación del contrato, de los contratos preparatorios (compromiso de contratar, contrato de opción, C. civ. per., art. 1414 et s.), de la forma del contrato, del contrato por adhesión (C. civ. per., art. 1390), de las cláusulas generales de contratación, (C. civ. per., art. 1392 et s.), de la cesión de posición contractual (C. civ. Pér., art. 1435 et s.) y tampoco sobre las consecuencias de la excesiva onerosidad de la prestación (C. civ., art. 1440 et s.), de la definición de la fuerza mayor (C. civ. per., art. 1315), etc.

Sin embargo, la ausencia de esas nociones en el Código civil francés **no significa que el derecho francés de las obligaciones las ignore.**

En efecto, ha sido la **jurisprudencia** la que ha realizado la importante tarea de remediar las insuficiencias del legislador, quien ha permanecido inerte sobre estos aspectos durante más de doscientos años, mientras que otras partes del Código civil francés fueron reformadas en varias ocasiones.

Ahora bien, si la jurisprudencia, más que en otra materia, juega un rol considerable, esto es una debilidad mayor del derecho francés de las obligaciones, pues si bien ha podido evolucionar, ello ha sido fuera del Código civil francés.

In fine, el derecho francés de las obligaciones no estaría en el Código civil francés, sino en la jurisprudencia que ha suplido la carencia del legislador.

El Código civil francés es anticuado, es más yo diría caduco. Sólo los especialistas del derecho de las obligaciones pueden entenderlo, existiendo el riesgo de una inseguridad jurídica constante a causa de su falta de actualización.

Peor aún, el legislador mismo, quien no ha modificado nunca el Código civil en cuanto al derecho de las obligaciones, ha promulgado constantemente reglas especiales fuera del Código civil: se han desarrollado legislaciones específicas al contrato de trabajo (cf. Código del trabajo), al contrato de transporte (Cf. Código de los transportes), al contrato de seguros (Cf. Código de seguros), y sobre todo a los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor (Cf. Código de protección y defensa del consumidor – *Code de la consommation*).

De allí resulta un derecho común **(o general)** de las obligaciones, agotado y sin aliento, difícil de entender, de aplicarse y de ser enseñado, cuyo campo de aplicación se ha reducido con el paso del tiempo.

Esas razones condujeron a que en el año 2004, con ocasión del bicentenario del Código civil, se considerara la reforma de un derecho de las obligaciones que se ha vuelto ilegible a causa de un sector muy conservador.

Pero, estas no son las únicas razones: otra, venida del exterior, vino a convencer a los juristas franceses de la necesidad de reformar nuestro derecho.

En efecto, hace treinta años, la doctrina europea reflexiona sobre un derecho europeo de los contratos del futuro. Es decir, en un mercado único. Así pues, el derecho de los contratos se vuelve central. ¿Cómo desarrollar ese mercado con 28 derechos de los contratos diferentes, con influencias diversas?

Ahora bien, cabe precisar que el derecho francés de las obligaciones, caduco, había perdido con el tiempo todo tipo de influencia. En ese sentido, el derecho francés se convirtió en un vestigio que uno mira algunas veces con simpatía, pero que ignora con frecuencia. Los diferentes proyectos europeos, conducido por Ole Lando (Comisión Lando)<sup>4</sup> y Giuseppe Gandolfi (Academia de Pavie)<sup>5</sup>, luego por el Profesor Von Bar (Grupo de estudios sobre el Código civil europeo) o incluso H. Schulte-Nolke (Grupo Acquis communautaire) son reconocidos por su amplia influencia, pero en los que el derecho civil francés de las obligaciones no ha influenciado<sup>6</sup>.

En ese sentido, los juristas franceses han evidenciado dicha situación y han reaccionado de distinta manera. Por ejemplo, escribía el profesor Philippe Malaurie en uno de sus trabajos que: « si una reforma del derecho de los contratos no es adoptada inmediatamente en Francia, corremos el riesgo que muy pronto un Código europeo de las obligaciones, extranjero sea implementado a nuestra cultura y a nuestras necesidades ».

De esta manera, la voluntad de reformar el Código civil francés, particularmente la parte consagrada a las obligaciones, fue motivada tanto por buenas razones (esto es, un código anticuado, con soluciones complicadas) como por malas razones: esto es, el miedo de verse imponer un Código europeo de las obligaciones.

Finalmente, si bien ni lo uno ni lo otro han visto la luz del día. Cabe precisar que la necesidad de un Código europeo de los contratos parece por el momento estar en dificultades como para poder ser realidad, por el contrario la reforma del derecho francés de las obligaciones estaría próximamente a realizarse.

En ese sentido luego de más de diez años y luego de numerosos proyectos y contra proyectos,

---

<sup>4</sup> Principes du droit européen du contrat, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 2, 2003.

<sup>5</sup> Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2001-2002.

<sup>6</sup> En plus un premier projet a été confié par la Commission européenne à un Réseau commun pour le droit des contrats européen principalement constitué du groupe d'études sur le Code civil européen et du groupe Acquis communautaire; ce projet, paru dans sa version définitive en 2008 en anglais sous le titre de Principles, definitions and model rules of european private law, Draft common frame of reference, vise, pour l'heure, à promouvoir un Code optionnel auquel les parties pourront se référer. Enfin la Commission européenne a pris, le 26 avril 2010, une décision par laquelle elle a créé un groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats. Sa mission était d'aider la Commission à élaborer une proposition de cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats, y compris du droit des contrats de consommation et du droit des contrats d'affaires, en prenant comme point de départ le projet de cadre commun de référence et en tenant compte des autres travaux de recherche menés dans ce domaine ainsi que de l'acquis de l'Union. Ce groupe, présidé par la Commission et comprenant dix-huit membres, dont deux Français, a rendu au mois de mai 2011 une étude de faisabilité sous la forme d'un projet comprenant 189 articles ayant vocation à constituer un ensemble complet de règles régissant le droit des contrats.

finalmente, en el transcurso del año 2015, el derecho de las obligaciones podría ser reformado.

Cabe señalar que dicho proceso encuentra su origen en la efervescencia del bicentenario del Código civil, y como reacción a los proyectos internacionales. El ante proyecto de reforma de las obligaciones y de la prescripción, conocido también como el « proyecto Catala »<sup>7</sup>, ha abierto el debate de manera audaz proponiendo una reforma global del derecho de las obligaciones.

Luego de este acontecimiento, se multiplicaron los proyectos y « contra-proyectos ».

Bajo la dirección de François Terré, tres proposiciones fueron redactadas, una sobre el derecho contractual (diciembre de 2008)<sup>8</sup>, la segunda sobre el derecho de la Responsabilidad Extracontractual (artículos 1969 al 1988)<sup>9</sup> (marzo de 2011) y la última sobre el derecho de las obligaciones (abril de 2013)<sup>10</sup>.

Mientras tanto, el Ministerio de la Justicia (o la Chancellerie) ya había hecho público, en julio de 2008, un proyecto de reforma del derecho contractual, seguido de una nueva versión substancialmente modificada (y amputada de numerosas disposiciones) en mayo de 2009.

El 9 de julio de 2010<sup>11</sup>, fue el turno del senador L. Béteille de proponer una ley de reforma de la Responsabilidad Extracontractual sobre la base de un informe de información originado en la Comisión de leyes del Senado y publicado en el mes de julio de 2009<sup>12</sup>.

En mayo de 2011, la *Chancellerie* (o el Ministerio de Justicia) difundió, para su respectiva consulta, un proyecto de reforma de las obligaciones y de los cuasi contratos, luego a finales del mismo año, retomó por su cuenta los trabajos relativos a la reforma de la Responsabilidad Extracontractual, llevados a cabo bajo la dirección de François Terré, para someterlos, igualmente, a consulta pública.

Si añadimos a esos textos, los comentarios, críticas y opiniones de la doctrina, de la Corte de Casación, del Medef, de la Cámara de comercio y de industria de Paris y del Consejo nacional de los abogados (*barreaux*), parece que, a priori, los juristas franceses de todos los horizontes y de todas las ramas no carecen de ideas en la materia...

Pero, es en el mes de noviembre de 2013 que la reforma del derecho contractual y de las obligaciones fue afortunadamente relanzada en el Consejo de ministros<sup>13</sup>.

En ese sentido fue presentado un proyecto de ley cuyo artículo 3 prevé que « de conformidad con las condiciones previstas por el artículo 38 de la Constitución, el Gobierno está autorizado a tomar por vía de decreto legislativo (*ordonnance*) las medidas necesarias, enmarcadas en el dominio de la ley, para modificar la estructura y el contenido del Libro III del Código civil con la

<sup>7</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006

<sup>8</sup> F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.

<sup>9</sup> F. Terré (dir.), Pour une réforme de la responsabilité civile, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011

<sup>10</sup> F. Terré (dir.), Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013.

<sup>11</sup> L. Béteille, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 9 juillet 2010.

<sup>12</sup> A. Anziani et L. Béteille, Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, Rapport d'information n° 558, (2008-2009), Sénat, 15 juill. 2009.

<sup>13</sup> Ministère de la Justice, Avant-projet de réforme du droit des obligations (document de travail), octobre 2013.

finalidad de modernizar, simplificar, mejorar la legibilidad, reforzar la accesibilidad del derecho contractual, de las obligaciones y del derecho de la prueba...», pero llega una gran sorpresa, pues no se incluyó a la Responsabilidad Extracontractual !

Presentado ante el Senado, la Comisión de leyes eliminó del proyecto le ley este artículo 3, el 23 de enero de 2014, debido a « que la reforma del derecho de las obligaciones y del contrato, una reforma importantísima del Código civil, era demasiado trascendente como para ser realizada a través de un decreto legislativo (*ordonnance*) ».

Este hecho originó una confrontación directa entre el Senado (favorable a un voto por el Parlamento), y la Asamblea Nacional y el Gobierno (favorables a una promulgación por vía de decreto legislativo) (*ordonnance*).

Como anécdota puedo contarles que el Código civil peruano vigente hizo su aparición en los debates parlamentarios que tuvieron ocasión por este hecho! En efecto, un senador favorable al voto por el Parlamento hizo constatar que sólo dos países en el mundo habían promulgado sus Códigos civiles por vía de decreto legislativo (*ordonnance*) : Colombia en 1971 y Perú en 1984.

Finalmente, en mi opinión es lo que nosotros haremos, pues la Asamblea Nacional votará muy probablemente una ley habilitando al Gobierno a reformar el derecho de las obligaciones y del contrato por vía de decreto legislativo (*ordonnance*)<sup>14</sup>.

Pero, más allá de esas peripecias, ¿Cuál es el contenido de ese proyecto?

Desde un punto de vista material, el proyecto se compone de más de trescientos artículos relativos al régimen general de las obligaciones, los cuasi contratos, el derecho común (o general) del contrato y el derecho de la prueba. Sólo escapa a esta reforma, por una oscura razón, la responsabilidad civil.

En lo esencial, en esta oportunidad me permitiré poner especial atención a la reforma proyectada en materia de Derecho de los contratos que, en muchos aspectos, me parece ser la más profunda. Y ello porque este proyecto, de la misma manera que los demás proyectos que se han ido presentado, se dirige a actualizar el retraso acumulado por la legislación francesa por más de dos siglos así como a aportar diversas innovaciones con relación al derecho existente.

## **I/ Una actualización del derecho francés de las obligaciones: un Código « modernizado»**

En lo esencial, el proyecto de reforma del derecho de las obligaciones tiene por objeto aclarar el derecho francés de las obligaciones y modernizarlo, tomando en cuenta los conceptos y las nociones sobre las cuales los redactores del Código civil no tenían o no habían podido legislar. Se trata entonces, bajo ciertas reservas, de reformarlo hacia un « derecho actual », consagrando de esta manera desarrollos jurisprudenciales y prácticas contractuales existentes en la realidad a fin de lograr una mejor « accesibilidad », « legibilidad » e « inteligibilidad » del derecho de las

---

<sup>14</sup> L'assemblée nationale a rétabli en première lecture l'article 3 du projet de loi le 16 avril 2014. Par la suite, le Sénat ayant à nouveau en seconde lecture supprimé l'article 3, une commission mixte paritaire s'est réunie sans trouver d'accord (Rapport du 13 mai 2014). Lors d'une nouvelle lecture l'assemblée nationale a voté l'article 3 le 30 octobre 2014. Le texte est à nouveau renvoyé devant le Sénat en nouvelle lecture. Si le désaccord persiste, l'assemblée nationale le votera définitivement.

obligaciones: como decimos en Francia la pedagogía antes que todo.

Este proyecto, como sus predecesores, apunta así en primer lugar encontrarse con la seguridad jurídica y la eficacia de las normas en materia de derecho de las obligaciones actualizando el derecho francés de las obligaciones.

De esta manera, no se trata de un proyecto de ruptura, aunque sí prevé importantes novedades.

En esa perspectiva, varias soluciones jurisprudenciales y principios son consagrados y retomados por el proyecto de reforma permitiendo una actualización del derecho francés de las obligaciones que no excluye algunas transformaciones actuales del derecho de las obligaciones.

Es por ello que a continuación abordaré en una primera parte los principios del derecho de los contratos (A) y en una segunda parte las nociones y conceptos del derecho de las obligaciones (B).

## **A/ El enunciado de los principios del derecho de los contratos.**

El legislador tiene la voluntad de consagrar principios y reglas que no figuran en el Código civil de 1804. Para ello en algunos casos se vale de los desarrollos de la jurisprudencia, y en otros casos acondiciona dichos principios.

### **1/ La libertad contractual.**

Es clásicamente admitido que el principio de la Autonomía de la voluntad<sup>15</sup>, sin estar afirmado en ninguna parte del Código civil francés y que debe ser ampliamente relativizado se manifiesta de tres maneras:

- Por la obligatoriedad del contrato enunciada en el artículo 1134 del Código civil y retomada por el proyecto de reforma en su artículo 102: « Los contratos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuados ».

- Por la Relatividad del Contrato enunciada en el artículo 1165 del Código civil y retomada por el proyecto de reforma en su artículo 108: « *El contrato sólo crea obligaciones entre las partes contratantes* ».

- Por la libertad contractual que en ninguna parte es citada de manera expresa dentro del Código civil. Pero que deviene un principio con valor constitucional derivado del artículo 4 de la Declaración de 1789<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> José Leyva Saavedea, Autonomía privada y contrato, Revista Oficial del Poder Judicial, Año 4 - 5, n° 6 y n° 7 / 2010-2011, p. 267.

<sup>16</sup> Cons. const., 13<sup>o</sup> juin 2013, déc. n° 2013-672<sup>o</sup> DC, Loi sur la sécurisation de l'emploi, JO 16<sup>o</sup> juin 2013, p. 9958 ; *Constitutions* 2013, 400, chron. A.-L. Cassard-Valembois ; *JCP* 2013, 929, note J. Ghestin ; déjà Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, *D.* 2001, 1766, obs. D. RIBES, *RTD civ.* 2001, 229, obs. N. MOLFESSIS. *Adde* P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. ROUSSEAU, Dalloz, NBT, 2008<sup>o</sup> ; dans le même sens A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RD publ.* 2006, 1569<sup>o</sup> et s. Comp. le contrôle portant sur les modalités d'application dans le temps de la loi aux contrats en cours : déc. n° 95-401 DC, Cons. const., 10<sup>o</sup> juin 1998 ; déc. n° 2002-465 DC, 13 janv. 2003, *JO* 18 janv. 2003, *D.* 2003, 638, note B. MATHIEU<sup>o</sup> ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, *Rec.*



En ese sentido, el proyecto de reforma quiere remediar esta situación formulando el principio de la libertad contractual en su artículo 2: « Cada uno es libre de contratar, de escoger su co-contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites fijados por la ley ».

De esta manera, son afirmadas claramente las tres consecuencias de la libertad contractual (que tiene un valor constitucional): a) libertad de contratar, b) libertad de escoger su co-contratante y c) libertad del contenido y de la forma del contrato!

Naturalmente, esta libertad contractual es limitada, así como lo prevé el inciso 2 del artículo 2 del Proyecto: « *No obstante, la libertad contractual no permite derogar a las reglas que interesan al orden público, o atentar contra los derechos y libertades fundamentales reconocidos en un texto aplicable a las relaciones entre personas privadas, a menos que esa ofensa sea indispensable para la protección de intereses legítimos y proporcionada al objetivo buscado* ».

Hay allí un cierto parecido con el artículo 1354 del Código civil peruano que prevé que « *Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo* ».

Pero, si el orden público constituye siempre un límite a las libertades de las partes, pasa lo mismo frente a los derechos y libertades fundamentales. Esto es de un toque de modernidad...

## **2/ El principio del consensualismo.**

Igualmente, el proyecto de reforma ha previsto consagrar el consensualismo que dicho sea de paso no figura en ninguna parte del Código civil francés.

De esta manera, en el artículo 79 de dicho proyecto se ha establecido que « el contrato es perfecto por el sólo intercambio de consentimientos de las partes. Por excepción, la validez del contrato puede estar subordinada a la observación de las formalidades determinadas por la ley o por las partes, o a la entrega de la cosa ».

Por su parte, el artículo 1352 del Código civil peruano ha establecido que « *los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad* »<sup>17</sup>.

De esta manera, en Perú si bien se ha consagrado una noción del contrato consensual, el legislador no ha olvidado la existencia de excepciones. Sin lugar a dudas, en dichas excepciones hay un tinte de realismo del legislador quien hace evidente la proliferación de los contratos

---

*Cons. constit.* 2008, 352□; déc. n° 2009-592 DC, 19 nov. 2009, *JO* 25 nov. 2009 : « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

<sup>17</sup> V. Pedro Donaires Sánchez, El principio del consensualismo en el derecho de los contratos, *Derecho y cambia social* 2012 ; adde l'article 143 du Código civil péruvien selon lequel « Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente ». Sur ce point v. César Daniel Cortez Pérez, La forma del acto jurídico en en código civil peruano de 1984.

solemnes, particularmente aquellos que suponen una forma escrita.

## **B/ La consagración de nociones y conceptos del derecho de las obligaciones.**

Más allá de la consagración de esos « grandes principios » del derecho de los contratos, el proyecto de reforma retoma numerosas soluciones jurisprudenciales y prácticas que se han desarrollado desde hace dos siglos. En sentido, en algunas ocasiones el proyecto toma partido por dichos desarrollos jurisprudenciales, y en otras oportunidades el proyecto va en contra de la jurisprudencia actual.

### **1/ En materia contractual.**

Cabe señalar que existe un cierto número de conceptos ausentes en el Código civil que han sido consagrados por el proyecto y que no los ha podido ignorar. Tal es el caso, por ejemplo, de la noción de contrato de adhesión, descubierta por Raymond Saleilles<sup>18</sup> y consagrada en el artículo 8 inciso 2 del proyecto de reforma en términos cercanos a los del artículo 1390 del Código civil peruano<sup>19</sup>: « El contrato de adhesión es aquel en el cual las estipulaciones esenciales, sustraídas de la libre discusión, fueron determinadas por una de las partes ».

Por otra parte y, muy especialmente, el proyecto de reforma toma partido por la idea esencial que el contrato se forma y se ejecuta en el tiempo. Ello difiere del Código civil de 1804 que tenía por modelo el contrato de formación y ejecución instantánea. De esta manera el proyecto se amplía a otros “modelos” contractuales tomándolos en cuenta: contratos de ejecución sucesiva, contratos macro (proyecto, art. 9)

### **a/ La formación del contrato**

De esta manera, el periodo de formación de contrato es en adelante tenido en cuenta por el proyecto de reforma: son precisadas las reglas relativas a la formación del contrato (oferta, Proyecto, art. 14 y s. ; aceptación, Proyecto, art. 19 y s.), negociación (Proyecto, art. 11), fecha y lugar de formación del contrato (Proyecto, art. 22), condiciones generales (Proyecto, art. 20), promesas (Proyecto, art. 24), pacto de preferencia (Proyecto, art. 25), etc....) . Todo ello en consonancia, aunque no siempre<sup>20</sup>, con lo establecido por la jurisprudencia.

Por ejemplo, el proyecto consagra la existencia de un deber de información en su artículo 37,

<sup>18</sup> R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon éd., 1901, p. 229. Adde F. CHENEDE, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1<sup>re</sup> partie) », *RDC* 2012, 241.

<sup>19</sup> “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

<sup>20</sup> par ex., en matière de formation du contrat, c'est la théorie de la réception de l'acceptation qui est retenue (projet, art. 22), là où la jurisprudence retient la théorie de l'émission (com., 7 janv. 1981, *bull. civ. iv*, n° 14, *rtd civ.* 1981, 849, obs. F. CHABAS). Egalement, en cas de décès du pollicitant, l'offre et caduque et non transmise aux héritiers (art. 18) comme le décide la jurisprudence actuelle si elle est assortie d'un délai (Civ. 3e, 10 déc. 1997, *Bull. civ. III*, n° 223, *Defrénois* 1998, 336, obs. D. Mazeaud; sans délai : Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 13-16.529). Encore, dans une promesse unilatérale, le promettant ne peut plus « retracter » son consentement (projet, art. 24) alors que la jurisprudence l'admet (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, *bull. civ. III*, n° 174, *jcp* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD, *D.* 1994, 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT, *RTD civ.* 1994, 588, obs. J. MESTRE ; Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2013, n° 12-19.105, *AJDI* 2013, 784 ; com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071). Enfin, seule la connaissance par le bénéficiaire du pacte de son existence peut engendrer la nullité de la vente au tiers et la substitution (projet, art. 25), sans que l'on ne s'interroge plus sur la connaissance qu'avait le tiers que le bénéficiaire voulait s'en prévaloir.

aunque no existe actualmente un artículo dentro del derecho común (o derecho general del Código Civil) que prevea su existencia.

*« Aquel de los contratantes que conozca o debería conocer una información cuya importancia es determinante para el consentimiento de la otra debe informarla desde que, legítimamente, esta última ignora esta información o hace confianza a su co-contratante ».*

En este punto el legislador consagra una jurisprudencia que confirió un lugar importante a la obligación de información, aunque atenuando quizás un poco su alcance.

Más aún, tratándose de la formación del contrato, son consagrados artículos enteros a la representación (proyecto, art. 60 y s.), artículos totalmente ausentes en el Código civil de 1804. También se consagran artículos dirigidos a la conclusión de contratos por vía electrónica (C.civ. art. 1369-1 y s.; proyecto, art. 26 y s.).

### **b/ La ejecución del contrato.**

Tratándose de la ejecución de los contratos, igualmente, un cierto número de artículos se dirigen a tomar en consideración la vida del contrato, es decir, sobre su duración (a la cual una sección es consagrada (proyecto, art. 119 y s.), sobre la prohibición de los compromisos perpetuos (proyecto, art. 119), sobre la renovación o la reconducción de los contratos, sobre las modificaciones que pueden ser hechas por las partes (C.civ., art. 81), asimismo, su resolución por las partes.

Así pues, en materia contractual, no se trata de crear un proyecto que rompa con la realidad, sino se trata más bien de la consagración de numerosas soluciones jurisprudenciales dictadas por las necesidades del tiempo.

## **2/ Las otras fuentes de las obligaciones: los cuasi contratos**

Una vez más, el legislador ha querido modernizar esta fuente de las obligaciones. En lo esencial, el proyecto trata de consagrar la noción de « enriquecimiento sin justa causa » que para la ocasión es rebautizado como « enriquecimiento injustificado ». Ello como sabemos, pues en el Código civil francés no existe un artículo que hable sobre el enriquecimiento. En dicho sentido, cabe precisar que el principio de subsidiaridad en materia de enriquecimiento injustificado es claramente afirmado en el artículo 152 del proyecto.

## **3/ El régimen general de las obligaciones.**

El proyecto tiene por objetivo modernizar un cierto número de conceptos propios del derecho de las obligaciones tales como la delegación o la novación y de precisar ciertas reglas, especialmente aquellas relativas a las restituciones en caso de resolución del contrato.

Cabe señalar que sobre todo el proyecto busca simplificar las formalidades de la cesión de crédito y de consagrar la cesión del contrato (proyecto, art. 244) e incluso consagrar la cesión de deuda (proyecto, art. 241 y s.), lo que constituirá un avance mayor, debido a que ésta última es

difícilmente admitida en el derecho francés.

Así, el proyecto ofrece una redacción más moderna del derecho de las obligaciones y le confiere así una legibilidad y una seguridad jurídica, perdidas desde hace mucho tiempo en los compendios recopilación de jurisprudencia.

## **II/ Un proyecto innovador.**

Más allá de las numerosas disposiciones que han consagrado el derecho creado por la jurisprudencia, por disposición del gobierno el proyecto de ley tiene determinado número de objetivos que pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- **Simplificar el derecho de las obligaciones**
- **Reforzar el movimiento de justicia contractual.**
- **Favorecer la eficacia económica del derecho de los contratos.**

Esos objetivos asignados por ley implican un cierto número de innovaciones que, la mayoría de las veces, han sido muy esperadas (y en algunos casos temidas) desde hace mucho tiempo.

### **A/ La simplificación del derecho de las obligaciones.**

El legislador desea igualmente simplificar el derecho de las obligaciones. Para ello es necesaria una simplificación voluntaria del vocabulario empleado. Ello fue claro en el proyecto de 2009, esta simplificación permanece en parte en el proyecto de octubre de 2013.

Por ejemplo, el criterio del « buen padre de familia », muy utilizado en derecho de las obligaciones ha desaparecido, remplazado por el término más anglosajón de hombre « razonable», gracias a la ley del 4 de agosto de 2014 para la igualdad real entre mujeres y hombres.

Ademâs, la preocupación de simplificación del vocabulario y de accesibilidad de la ley encontró además otras preocupaciones que condujeron a la desaparición de un cierto número de nociones clásicas, incluso fundamentales, del derecho de las obligaciones francés.

- Así, la famosa distinción de las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar desaparece en beneficio de una distinción entre el efecto obligatorio del contrato y el efecto traslativo del contrato. De esta manera es sacrificada justamente la obligación de dar que no tiene realmente sustancia en un sistema donde la transferencia de propiedad se opera en principio *solo consensu*.

La noción de causa de las obligaciones no es considerada por el proyecto de reforma.

El artículo 1108 del Código civil francés, según el cual « Cuatro requisitos son esenciales para la validez de un contrato: El consentimiento de la parte que se obliga; Su capacidad de contratar; Un objeto cierto que forme la materia del compromiso; Una causa lícita en la obligación » desaparece como tal del proyecto. Este es remplazado por el artículo 35 siguiente:

« Son esenciales para la validez de un contrato:

- 1° El consentimiento de las partes
- 2° Su capacidad de contratar
- 3° un contenido lícito y cierto »

Como puede verse, la noción de causa desaparece... y sólo es evocado un « contenido » del contrato, mientras que el objeto de la obligación se encuentra en el artículo 70

De esta manera, de allí resultaría, en apariencia al menos, tanto una gran evolución del derecho francés de los contratos, como una diferencia notable con el derecho peruano de los contratos que conoce y utiliza la noción de causa, en el artículo 140 del Código civil peruano.

Consideramos que la causa queda fuera del proyecto en realidad víctima de dos factores,

- Ante todo, esta fuera sacrificada en nombre de la voluntad de simplificar el vocabulario. Se trata de una posición tomada: volver más accesible el derecho, aunque yo no pienso que ese sea el caso acá.

- Asimismo, la causa fue víctima de una evolución jurisprudencial compleja y ampliamente incomprendida por los juristas franceses mismos, por demás muy apegados a la causa.

En efecto, originalmente la causa objetiva permite controlar la existencia de la causa al momento de la formación del contrato. En un contrato sinalagmático, la causa existe cuando hay una contrapartida al compromiso.

Pero, durante un tiempo, en el curso de los años 1990, la causa se convirtió en el brazo armado de la teoría del solidarismo contractual que regresó al primer plano de la escena jurídica por la pluma de algunos autores como Christophe Jamin o Denis Mazeaud.

De alguna manera, los jueces volvieron subjetiva la causa objetiva con la finalidad de hacer frente y dar solución a los desequilibrios contractuales<sup>21</sup> y de proteger los contratantes contra la ausencia de rentabilidad económica<sup>22</sup>, a pesar de que los contratos eran objetivamente equilibrados (estos constaban de una contrapartida) en el momento de su conclusión.

Aunque, después, los jueces hayan regresado a una concepción más clásica de la causa<sup>23</sup>, la elección fue de ponerle fin, definitivamente, a esa concepción desechando la causa, que se convirtió en algo muy ambiguo, del proyecto de reforma.

Sin embargo, si la causa desapareciera, sus funciones, clásicas, fueron conservadas, lo cual muestra bien que la supresión de la causa es antes que todo destinada a evacuar las incertidumbres que conducían a un poder excesivo de los jueces sobre el contrato.

---

<sup>21</sup> Com. 14 oct. 1997, n° 95-14.285

<sup>22</sup> Civ. 1re, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, D. 1997. 500, note P. Reigné ; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre ; RTD com. 1997. 308, obs. B. Bouloc; Defrénois 1996. 1015, obs. P. Delebecque ; JCP 1997. I. 4015, obs. F. Labarthe.

<sup>23</sup> Com., 27 mars 2007, JCP 2007, II, 10119, note Y.-M. Serinet et surtout Com., 9 juin 2009, RTD civ. 2009, 719, obs. B. Fages : décidant que la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre; Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, AJCA 2014. 78, obs. J. Dubarry

Por ejemplo, el artículo 69 prevé que « el contrato no puede derogar el Orden Público ni por su contenido, ni por su objetivo, así éste último haya sido conocido o no por todas las partes ». Este artículo retoma por su cuenta, pero con otras palabras, la idea que el contrato debe tener un objeto y una causa lícita.

Igualmente, el artículo 75 prevé que un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en beneficio de aquel que se compromete es ilusoria o irrisoria.

## **B/ Un refuerzo de la justicia contractual: o la inspiración consumista difusa de los proyectos de reforma.**

Existen dos tendencias en el derecho francés.

**Primera tendencia:** las reglas correctivas utilizadas por el derecho del consumidor deben permanecer excepcionales porque estas son contrarias al postulado de la libertad contractual.

**Segunda tendencia:** las reglas correctivas del derecho del consumidor permiten alcanzar la libertad contractual: aquí la libertad contractual no es un postulado, sino un objetivo a alcanzar.

En el centro de esas tendencias aparece una figura central: el juez. En efecto, surge la pregunta por saber ¿qué rol le debe ser confiado al juez?; ¿Debe ser un espectador del contrato e intervenir mínimamente? o ¿debe poder intervenir para reequilibrar un contrato que no es más el objeto de las partes?

De manera general, el juez francés no puede modificar los términos del contrato. Sin duda, conocemos algunas excepciones a ese principio, pero éstas son menores: por ejemplo, la revisión de las cláusulas penales excesivas (C.civ.fr., art. 1152; C.civ.per., art. 1341), la anulación de cláusulas ilícitas, fijación de la remuneración excesiva de algunos mandatarios o contratistas (*entrepreneurs*) (lo cual confirma el proyecto en su artículo 72), la admisión excepcional, y mucho menos amplia que en derecho peruano (C. civ. per., art. 1447), de la lesión o perjuicio para ciertos contratos.

La desproporción entre la prestación y la contraprestación no es tomada en cuenta como regla general en el derecho francés, como en el derecho peruano donde se prevé la rescisión o la acción de reajuste (C.civ.per., art. 1415) cuando la lesión es mayor de las dos quintas partes (2/5) (elemento objetivo)<sup>24</sup> y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro (elemento subjetivo). La lesión se aplica en todos los contratos, típicos como atípicos, onerosos y conmutativos.

Sin embargo, si, como regla general, el juez francés no puede modificar los términos del contrato, en virtud del principio de la obligatoriedad del contrato, el proyecto de reforma va a operar algunos cambios. Si el principio será « en los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley lo disponga de otra manera » (proyecto, art. 78), el juez podría intervenir en ciertas situaciones.

---

<sup>24</sup> Roxana Jiménez Vargas-Machuca, La lesión: institución de larga data y perenne debate. su tratamiento en el código civil peruano.

## 1/La teoría de la imprevisión tímidamente consagrada

En derecho francés, parece que el principio de la obligatoriedad del contrato resiste mejor. De allí resulta, por ejemplo, que « en los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley lo disponga de otra manera » (Proyecto, art. 78). Esa falta de equivalencia no es tampoco una causa de intervención del juez quien no sabría por cierto fundarse sobre la buena fe para reequilibrar el contrato, no menos que sobre la causa.

De esta manera, el juez no sabría modificar el contrato para el futuro<sup>25</sup>, incluso en caso de imprevisión, es decir cuando « *las circunstancias económicas imprevistas, posteriores a la conclusión del contrato, vuelven la ejecución extremadamente difícil o mucho más onerosa* ». Solamente algunas decisiones han admitido que el juez pueda solicitar a las partes para que estas renegocien su contrato<sup>26</sup>.

Así, un contrato válidamente celebrado no puede ser alterado por un tercero (el juez o el legislador).

En este punto hay una diferencia clara con el derecho civil peruano. En efecto, el derecho peruano toma ya en cuenta « La excesiva onerosidad de la prestación que se presenta en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se rompe el equilibrio contractual original y la ejecución de la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa frente a la contraprestación del otro contratante »<sup>27</sup>.

El artículo 1440 del Código civil peruano prevé así que « la parte perjudicada puede solicitar la revisión judicial del contrato para que el juez reduzca su prestación o aumente la contraprestación de la otra parte y con ello logre restablecer nuevamente el equilibrio contractual en dicho contrato ».

Por otra parte, en su última actualización, el proyecto de reforma del derecho francés de las obligaciones, constituye un adelanto que, no obstante, es tímido.

En efecto, el artículo no permite al juez modificar un contrato a solicitud de una de las partes cuando un cambio de circunstancias imprevisible en el momento de la conclusión del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte.

En ese caso, el artículo 104 le permite antes que todo solicitar una renegociación en el contrato a su co-contratante.

---

<sup>25</sup> Civ., 6 mars 1876, D. 1876, I, 193, note Giboulot. comp. Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, D. 2010, 2481, note D. Mazeaud, D. 2010, 2485, note Th. Génicon. adde Carlos Alberto Soto Coaguila, El pacta sunt servanda y la revisión del contrato.

<sup>26</sup> Paris, 28 déc. 1976, JCP 1978, II, 18810, note J. Robert ; Soc., 25 févr. 1992, Bull. civ. V, n° 122, D. 1992, 390, note M. Défossez, RTD civ. 1992, 760, obs. J. Mestre ; Com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, JCP 1993, II, 22164 note G.-J. Virassamy, RTD civ. 1993, 124, obs. J. Mestre ; Com., 24 nov. 1998, Defrénois 1999, art. 36853, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999, 98, obs. J. Mestre ; Nancy, 26 sept. 2007, D. 2008, 1120, note M. Boutonnet.

<sup>27</sup> Carlos Alberto Soto Coaguila, op. cit.

En caso de fracaso de la renegociación o de rechazo, las partes pueden, de común acuerdo, solicitar al juez de proceder a la adaptación del contrato. Y si las partes no llegan a ponerse de acuerdo sobre esta solicitud, el juez podrá poner fin al contrato.

Seguramente, este proyecto está menos a la vanguardia con relación al derecho peruano y a muchos otros derechos: éste no permite la revisión del contrato por el juez, al menos cuando una de las partes no lo desea. Sin embargo, se trata, a pesar de todo, de una consagración, aunque tímida, de la teoría de la imprevisión en el derecho francés.

## **2/ La consagración del vicio de « abuso de debilidad ».**

El derecho francés conoce tres vicios del consentimiento.

En efecto, el artículo 1109 del Código civil francés prevé que « No habrá consentimiento válido, si el consentimiento hubiera sido dado por error, o si hubiera sido arrancado con violencia u obtenido mediante dolo ».

Sin embargo, en jurisprudencia surgió la siguiente pregunta: ¿la violencia puede emanar de un evento exterior? En otros términos, ¿un contrato concluido bajo la presión de las circunstancias, especialmente económicas, puede ser anulado por violencia? Por ejemplo, una persona en gran dificultad financiera es obligada a pedir prestado dinero a su banquero. ¿Podría esta persona invocar la violencia para desligarse del contrato de préstamo? La respuesta debe ser negativa, así lo ha decidido la jurisprudencia.

Sin embargo, habría que considerar el caso en el cual el co-contratante aprovecha de esta situación de debilidad de su socio.

Podría, entonces, aparecer la necesidad de sancionar el vicio de « abuso de debilidad ».

El ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones, en su artículo 50, se orienta en ese sentido previendo que « *hay igualmente violencia cuando una parte abusa del estado de necesidad o de la dependencia en el cual se encuentra la otra parte para obtener un compromiso que ella no habría suscrito si ella no se encontrara en esa situación de debilidad* ».

Lo que es así sancionado es que uno de los contratantes aproveche el estado de debilidad del otro.

Encontramos aquí un concepto, el estado de necesidad y su abuso por la otra parte que el derecho peruano conoce a través de la rescisión por lesión.

## **3/ La extensión de la legislación sobre las cláusulas abusivas**

El artículo L. 132-1 del Código francés de protección y defensa del consumidor (*Code de la consommation*) permite al juez desechar de un contrato toda cláusula abusiva<sup>28</sup> definida como « las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, al detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el

---

<sup>28</sup> Leoni Raúl Amaya Ayala, El control de contenido y el control formal de las cláusulas abusivas



contrato ».

Desde que la cláusula esté contenida en un contrato concluido entre un profesional y un consumidor, debido a que éste último estaría en una situación desigual con el profesional, la cláusula puede ser erradicada por el juez.

Ese mecanismo, que ha sido puesto a prueba durante muchos años, sería trasladado en derecho común de los contratos con el proyecto de reforma, independientemente de la calidad de las partes del contrato y cualesquiera que sean las condiciones en que se concluyó.

De allí resultaría quizás un acercamiento con el derecho peruano que ha previsto un sistema dual para el tratamiento de las cláusulas abusivas<sup>29</sup>, aún si la definición de la cláusula abusiva es diferente.

- En derecho común (o parte general) de los contratos, el artículo 1398 del Código civil peruano prevé en efecto que ciertas cláusulas (por ejemplo: exoneraciones o limitaciones de responsabilidad) no sean válidas en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

- En el CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR están definidas las cláusulas abusivas cuyo control está limitado a los «contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente», excluyendo las cláusulas negociadas individualmente (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, art. 49), y están previstas unas listas de cláusulas de ineficacia absoluta y de ineficacia relativa.

Más allá del acercamiento de las dos legislaciones, la extensión en derecho francés del control de las cláusulas abusivas a todos los contratos es seguramente algo novedoso y va más lejos aún, ya que en derecho común ninguna lista de cláusulas está prevista.

¿Es esto algo bueno? ¿No hay un peligro en cuanto –independientemente de la calidad de las partes en el contrato– toda cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato –noción fuertemente subjetiva– podrá ser erradicada por el juez, debiendo recordarse sin embargo que la apreciación del desequilibrio no puede apoyarse sobre la definición del objeto del contrato (su contenido) ni sobre la adecuación del precio a la prestación?

### **C/ La eficacia económica reforzada del derecho de los contratos**

Si el proyecto de reforma presta una atención particular a los desequilibrios que podrían surgir en el momento de la formación o de ejecución del contrato, éste contiene también algunas disposiciones destinadas a favorecer la eficacia económica de los contratos.

Esto requiere mecanismos destinados a prevenir los conflictos, pero también se debe tener en cuenta particularmente las consideraciones económicas en el momento de la ejecución del

---

<sup>29</sup> D. César Carranza Álvarez, Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú

contrato.

## **1/ La prevención de los conflictos contractuales.**

El legislador deseó establecer un cierto número de técnicas destinadas a evitar los conflictos entre los co-contratantes.

### **a/ La excepción del incumplimiento reforzada**

Se legalizó, en el artículo 127 del proyecto, el derecho de suspender el cumplimiento de la prestación en los contratos con prestaciones recíprocas: « Una parte puede negarse a ejecutar su obligación, a pesar que ésta es exigible, si la otra no ejecuta la suya y si este incumplimiento es suficientemente grave ».

Pero sobre todo, y más allá de esta medida que encuentra un equivalente en el artículo 1426 del Código civil peruano, el artículo 128 del proyecto prevé un derecho de suspender el cumplimiento de la prestación por anticipación: « una de las partes puede suspender la ejecución de su prestación cuando es manifiesto que su co-contratante no ejecutará en el término convenido y que las consecuencias de este incumplimiento son suficientemente graves para ella ».

Se trata aquí de una especie de excepción de incumplimiento « preventivo » puesta a disposición del contratante en los casos más graves con la finalidad de anticipar el fracaso del contrato.

### **b/ Las acciones interrogativas (*interrogatoires*).**

Otras medidas son más innovadoras. Particularmente son previstas las « acciones interrogativas » (*actions interrogatoires*) en dos hipótesis.

El artículo 25 del proyecto de reforma, relativo al pacto de preferencia, permite a un tercero que presume la existencia de un pacto de preferencia « el solicitar una confirmación por escrito al beneficiario del pacto en un plazo razonable ».

Además, el artículo 65 del proyecto de reforma prevé que « cuando el tercero duda del alcance del poder del representante convencional en ocasión de la conclusión de un acto, él puede solicitar por escrito al representado una confirmación, en un plazo razonable, que el representante está habilitado para concluir ese acto ».

Finalmente, en caso de riesgo de nulidad del contrato, « una parte puede solicitar por escrito a aquella que podría prevalerse de la nulidad, sea de confirmar el contrato, sea de hacer efectiva la nulidad en un plazo de seis meses so pena de prescripción » (artículo 91).

## **2/ El refuerzo del unilateralismo en el contrato (bajo el control del juez).**

Los diferentes proyectos no son solamente una oda a la justicia contractual, también son el receptáculo de varias reglas que pueden ser vinculadas al imperativo de eficacia económica del derecho de los contratos y que se inscriben entonces en una visión más liberal que social de la relación contractual. Entre otras, hay que señalar el alcance extremadamente importante acordado al

poder de la voluntad unilateral en el proyecto, aún si los abusos son controlados por el juez. En efecto, en grados diversos, los efectos reconocidos a la voluntad unilateral se están expandiendo.

#### **a/ El unilateralismo en la etapa de la formación del contrato.**

El proyecto prevé en su artículo 71 que « en los contratos marco y en los contratos de ejecución sucesiva, puede ser convenido que el precio de la prestación será fijado unilateralmente por una de las partes, con la carga para ésta de justificar el monto en caso de contestación. En caso de abuso en la fijación del precio, una solicitud de revisión del precio puede ser dirigida al juez en consideración particularmente de los usos, de los precios del mercado o de las expectativas legítimas de las partes, o para obtener daños y perjuicios y si es necesario rescindir el contrato ».

Se trata aquí de una consagración de la jurisprudencia inaugurada en 1995 por la Corte de casación en materia de fijación de precio en los contratos marco. No obstante, para contrarrestar el poder otorgado a una de las partes (el proveedor), el juez está facultado –y esto es nuevo– en caso de abuso, de fijar el precio... y no solamente de otorgar los daños y perjuicios.

#### **b/ El unilateralismo en el momento de ejecución del contrato.**

El principio establecido por el artículo 102 del proyecto es que los contratos « no pueden ser modificados o revocados que por el consentimiento mutuo de las partes ». Pero las excepciones parecen más numerosas en el proyecto de lo que lo son en la actualidad.

##### **- la reducción proporcional del precio**

En primer lugar, el artículo 131 del proyecto prevé que « el acreedor puede aceptar una ejecución imperfecta del contrato y reducir proporcionalmente el precio ».

##### **- la resolución unilateral del contrato**

En este punto, el proyecto de reforma consagra ciertas reglas bien consolidadas en jurisprudencia. Por ejemplo, el artículo 120 prevé que cuando el contrato es concluido por una duración indeterminada, una o la otra parte pueden ponerle fin en todo momento, bajo reserva de in plazo de preaviso razonable.

Más importante aún, la resolución unilateral se eleva al rango de principio capaz de competir con la resolución judicial en el proyecto de reforma.

En efecto, el artículo 132 del proyecto prevé que « la resolución resulta, sea de la aplicación de una cláusula resolutoria, sea, en caso de incumplimiento suficientemente grave<sup>30</sup>, de una notificación del acreedor al deudor o de una decisión de justicia ».

Por lo tanto, sin tener que recurrir al juez, pero por su cuenta y riesgo (el juez controlará), el contrato concluido por una duración determinada puede ser resuelto unilateralmente por una de las partes cuando el incumplimiento por el co-contratante de las obligaciones es grave.

---

<sup>30</sup> v. déjà Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999, 197, note C. Jamin, JCP 1999, II, 10133, note N. Rzepecki

### **3/ El costo manifiestamente irrazonable de la ejecución forzada**

Por último, si el proyecto considera la posibilidad de prever la ejecución forzada en especie, lo hace con la condición que su costo no sea manifiestamente irrazonable. Pero, de nuevo, es el juez quien apreciará si debe hacerse una excepción a la fuerza obligatoria del contrato sobre la base de una consideración de orden económico.

**Conclusión:** El Código civil de 1804, antes de ser un instrumento jurídico fue un proyecto político. El proyecto de reforma del derecho de las obligaciones, buscando actualizar la realidad, no tiene esa ambición. Algunos verán en el Proyecto la consagración de un intervencionismo creciente del juez en el contrato y una desconfianza asumida hacia las partes del contrato. Otros, al contrario, encontrarán en el proyecto un refuerzo de la eficacia económica de los contratos. La reforma propuesta es en realidad sobre todo un compromiso: ¿bueno o malo? Eso depende. Pero de todos modos, lo que sí es cierto es que la reforma en Francia es necesaria para restituir la legibilidad perdida en el derecho francés de las obligaciones y tal vez volverlo un poco más atractivo a otros ordenamientos jurídicos.