

**LA
REFORMA
FRANCESA
DEL
DERECHO
DE LOS
CONTRATOS
Y DE LAS
OBLIGACIONES:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

**ANABEL RIAÑO SAAD
SILVANA FORTICH**
editoras

Adriana M. Cely
José Félix Chamie Gandur
Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Édgar Cortés Moncayo
Silvana Fortich
Aida Patricia Hernández Silva
Jorge I. Herrera Moreno
Margarita Morales Huertas

Felipe Navia Arroyo
Martha Lucía Neme Villarreal
Anabel Riaño Saad
Paula Natalia Robles Bacca
Javier M. Rodríguez Olmos
Daniel Rojas-Tamayo
Catalina Salgado Ramírez
Luis Carlos Sánchez Hernández

Universidad
Externado
de Colombia

La reforma francesa del derecho de los contratos
y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración
para una futura reforma en derecho colombiano?

Anabel Riaño Saad
Silvana Fortich
(eds.)

**La reforma francesa del
derecho de los contratos
y de las obligaciones:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

Universidad Externado de Colombia

La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano? / Adriana M. Cely [y otros]; Anabel Riaño Saad, Silvana Fortich (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

764 páginas; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904697

1. Contratos 2. Obligaciones (Derecho) 3. Responsabilidad civil 4. Derecho civil - Historia - Francia 5. Derecho civil - Historia - Colombia 6. Derecho civil -- Fuentes I. Riaño Saad, Anabel, editora II. Fortich, Silvana, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346.5 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

noviembre de 2020

ISBN 978-958-790-469-7

© 2020, ANABEL RIAÑO SAAD, SILVANA FORTICH (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones

de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

ADRIANA M. CELY	FELIPE NAVIA ARROYO
JOSÉ FÉLIX CHAMIE GANDUR	MARTHA LUCÍA NEME
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA	VILLARREAL
IMBETT	ANABEL RIAÑO SAAD
EDGAR CORTÉS MONCAYO	PAULA NATALIA ROBLES BACCA
SILVANA FORTICH	JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS
AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA	DANIEL ROJAS-TAMAYO
JORGE I. HERRERA MORENO	CATALINA SALGADO RAMÍREZ
MARGARITA MORALES HUERTAS	LUIS CARLOS SÁNCHEZ
	HERNÁNDEZ

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Silvana Fortich
Anabel Riaño Saad

*VISIÓN PANORÁMICA DEL NUEVO DERECHO FRANCÉS DE LOS
CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES*

Felipe Navia Arroyo

PRIMERA PARTE

**LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO
FRANCÉS: ALGUNOS COMENTARIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
UN JURISTA COLOMBIANO**

ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES EN LA
REFORMA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES EN
FRANCIA: ¿UN MODELO A SEGUIR POR EL DERECHO COLOMBIANO?

Catalina Salgado Ramírez

EL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: LA REFORMA AL CÓDIGO
CIVIL FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CONTRACTUAL
COLOMBIANO

Silvana Fortich

CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS
MORALES

Adriana M. Cely

LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO FRANCÉS, ¿UN MODELO PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO COLOMBIANO?

Jorge I. Herrera Moreno

SEGUNDA PARTE

LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS NOTAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COLOMBIANO

EL INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS NO CONSTITUYE UN MODELO A SEGUIR QUE PERMITA LA CABAL FUNCIONALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Martha Lucía Neme Villarreal
Carlos Alberto Chinchilla Imbett

LAS EXCEPCIONES DILATORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

¿LA ARQUITECTURA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO PARA EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO? LUCES Y SOMBRAS

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: DE LA REGLA DE LA OBLIGATORIEDAD A LA RENEGOCIACIÓN NORMATIVA

José Félix Chamie Gandur

LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Margarita Morales Huertas

LA CESIÓN DEL CONTRATO

Aida Patricia Hernández Silva

TERCERA PARTE

**EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES EN LA REFORMA DEL
DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS CUESTIONES DESDE LA ÓPTICA DEL
DERECHO COLOMBIANO**

LA CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN LA
REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016

Luis Carlos Sánchez Hernández

LA RENOVACIÓN DE LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

Daniel Rojas-Tamayo

EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA
REFORMA DE 2016 AL DERECHO FRANCÉS DE LAS OBLIGACIONES Y SU
POSIBLE PERTINENCIA PARA ORIENTAR FUTUROS CAMBIOS EN LA
MATERIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Paula Natalia Robles Bacca

LA REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO FRANCÉS Y SU
INTERÉS PARA EL DERECHO COLOMBIANO

Anabel Riaño Saad

ANEXO

TRADUCCIÓN DE LA *ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FÉVRIER 2016*
PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GENERAL ET
DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

Édgar Cortés Moncayo
Jorge I. Herrera Moreno

Anabel Riaño Saad

NOTAS AL PIE

PRESENTACIÓN

¿La vigencia del código civil de Bello? Hace poco nos planteábamos este interrogante en nuestra casa de estudios, en el marco de las Primeras Jornadas de Derecho Civil¹, en las que ilustres profesores tanto chilenos como colombianos tuvieron la oportunidad de discutir ampliamente al respecto. Independientemente de las diferentes visiones en torno a dicho cuestionamiento, lo que quedó claro es que ningún jurista colombiano puede sustraerse a este interrogante, sobre todo si tenemos en cuenta que en los últimos años las posiciones en favor de una reforma del código civil colombiano han sido significativas.

En este punto es importante recordar que nuestra experiencia da cuenta de la elaboración de diversas iniciativas que han pretendido reformar nuestro código civil. La primera de ellas, trabajada por el profesor Valencia Zea, tiene una historia de casi cuarenta años². Dicho proyecto fue retomado inicialmente por la Universidad Nacional de Colombia con ocasión de los 150 años de su fundación. La claridad del lenguaje y la seriedad del proyecto han sido reconocidas por la academia³.

Por otra parte, en una iniciativa posterior, la Universidad de San Buenaventura de Cali presentó ante el Congreso de la República de Colombia un proyecto de ley inspirado en la estructura del reciente código civil y comercial de la Nación de la República Argentina⁴. A diferencia del anterior, este proyecto fue ampliamente criticado en

especial “por su falta de madurez, de técnica y de una debida redacción”⁵.

Finalmente, el pasado 30 de junio, la Universidad Nacional de Colombia presentó una primera versión del Proyecto de Reforma de Código Civil de Colombia⁶, resultado del esfuerzo de un grupo de profesores liderado por José Alejandro Bonivento y Pedro Lafont Pianetta, y basado principalmente en la iniciativa del profesor Valencia Zea mencionada anteriormente. Cabe resaltar que el Ministerio de Justicia y del Derecho acompaña esta iniciativa de reforma al Código Civil.

Sin embargo, a pesar de haberse fraguado dichas iniciativas, no han tenido la suficiente difusión, discusión o debate, lo que no deja ver con claridad si existe una consciencia general o debida determinación a favor o en contra de alguna de ellas.

Surgen entonces dos preguntas, la primera relativa a si efectivamente es necesario reformar nuestro código civil, y la segunda, íntimamente relacionada con la primera, relativa al alcance y orientación de dicha reforma en el caso de considerar que la misma resulta imperiosa. Y, de ser así, ¿cómo realizar dicha reforma? ¿tomar algunas partes del código e ir las reformando paulatinamente?, ¿reformularlo todo?, ¿conservar o modificar su estructura?, ¿aprovechar la oportunidad para unificar nuestros códigos civil y comercial en una sola “codificación iusprivatista”⁷?

Con el fin precisamente de tratar de responder a dichos interrogantes, un jurista colombiano no puede permanecer indiferente respecto de lo que ha ocurrido en derecho francés, dado que este ha tenido siempre una notable influencia en el derecho colombiano. Lo anterior obedece no solamente a la influencia del código de Napoleón en el

código civil de Bello⁸ -sin que ello signifique desconocer la originalidad que caracteriza al código civil chileno⁹- sino también al reconocimiento que la doctrina francesa ha tenido entre nosotros¹⁰.

Cabe recordar que si bien el código civil de Bello ha sido considerado como una de aquellas codificaciones autóctonas¹¹, producto de la madurez del movimiento codificador del siglo XIX¹², y que se vio igualmente influenciado por otros ordenamientos como el derecho romano y las Siete Partidas, la influencia del trabajo de Napoleón de 1804 fue muy importante para Andrés Bello, habida cuenta de su prestigio y del “deslumbramiento general que aquí y allá produjo la codificación francesa”¹³.

Por esta razón, el estudio de la reciente reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones presenta un interés particular al momento de pensar en la pertinencia y el alcance de una reforma al código civil colombiano. Al respecto, es importante comenzar por recordar que la reforma francesa, llevada a cabo mediante el Decreto Ley 2016-131 del 10 de febrero de 2016^[14] y ratificada por el Parlamento mediante la Ley 2018-287 del 20 de abril de 2018, es el resultado de un largo proceso, en el que tanto la academia como el Gobierno jugaron un rol fundamental.

Desde la conmemoración del bicentenario del *Code Napoléon*, en el año 2004, la doctrina comenzó a interrogarse sobre la necesidad de reformar el derecho de las obligaciones y de los contratos. Una de las principales razones invocadas por los defensores de la reforma era que la materia no había sido objeto de ninguna modificación de envergadura desde la entrada en vigor del código, sino que la evolución del derecho de las obligaciones y de los

contratos se había dejado en manos de la jurisprudencia¹⁵. De igual manera, y de acuerdo con la posición de una parte importante de la doctrina, el derecho francés había perdido su “*attractivité*”, como lo revelaba el informe del Banco Mundial Doing Business de 2004^[16]. La necesidad de una reforma se explicaba también por el hecho de que muchos sistemas jurídicos latinoamericanos que antaño se habían inspirado en el *Code Napoléon* hubieran decidido reformar sus códigos civiles siguiendo otros modelos más recientes, como el código civil italiano o el código civil alemán¹⁷. Así mismo, el hecho de que algunos de los países pertenecientes a la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA), muchos de los cuales habían sido colonias francesas, hubieran decidido inspirarse en los Principios de Unidroit para la redacción de la Ley Uniforme sobre Derecho de Contratos, en lugar de mirar hacia el derecho francés, confirmaba la idea de la pérdida de influencia del *Code Napoléon*.

Las circunstancias mencionadas explican el inicio del proceso de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones. Sin ánimo de ser exhaustivos, es importante señalar que el primer intento de reforma fue el Anteproyecto Catala, liderado por el profesor Pierre Catala. Este anteproyecto fue redactado en el año 2006. Sin negar su importancia por el hecho de ser el primer intento o impulso para la reforma mencionada, se le tildó de ser un anteproyecto “*dans la continuité*”¹⁸, en el sentido de que su objetivo principal era integrar en el *Code civil* los diferentes aportes de la jurisprudencia. Posteriormente se presentaría otro proyecto de reforma ante el Ministerio de Justicia, en el año 2008, también por impulso de la academia, esta por iniciativa del profesor François Terré, quien en ese entonces era presidente de la

Academia de Ciencias Morales y Políticas. Este proyecto, a diferencia del Anteproyecto Catala, era más innovador por cuanto seguía de cerca el derecho europeo, específicamente los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. Esta particularidad explicaba, por ejemplo, que el Proyecto Terré abandonara la noción de causa¹⁹, considerada como una de las nociones más célebres del derecho francés de las obligaciones²⁰. Pese a la existencia de estos proyectos académicos, es de señalar que el Gobierno tomó el liderazgo de la reforma con la presentación, por parte del Ministerio de Justicia, de una primera versión de proyecto de reforma en el año 2008. Sin embargo, este primer intento gubernamental no dio los frutos esperados. Pasados algunos años el Ministerio de Justicia depositó, en 2013, un proyecto de ley relativo a la modernización y simplificación del derecho y de los procedimientos en el ámbito de la justicia y de las relaciones interiores. Por medio del mencionado proyecto de ley se solicitó la autorización para la modificación, por medio de una *ordonnance*, del derecho común de los contratos y del régimen general de las obligaciones. Pese a las críticas relativas al recurso a una *ordonnance* para llevar a término la reforma²¹, la ley de habilitación 2015-177, aprobada el 16 de febrero de 2015, aprobó que la reforma se llevara a cabo por dicho medio. Con base en esta autorización, el Ministerio de Justicia publicó, en marzo de 2015, un proyecto de reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones, y abrió un espacio para la consulta pública del mismo. La *ordonnance* fue finalmente publicada en el Diario Oficial el 11 de febrero de 2016. Esta presentación sucinta del proceso de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones pone en evidencia que el camino no fue fácil. No solo el contenido

de la reforma fue objeto de debate, sino también la manera de realizarla. Pese a los obstáculos mencionados, la reforma logró llevarse a cabo y hoy ya hace más de cuatro años que entró en vigor. Así las cosas, guardar silencio ante dicha realidad no parece ser una opción para quienes hemos sido influenciados, a lo largo de tantos años, por el derecho francés.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente obra busca presentar la visión de una parte de la academia colombiana respecto de algunas de las modificaciones más importantes que fueron introducidas en el derecho francés gracias a la reforma mencionada. El objetivo principal es tratar de determinar el verdadero alcance de dichas modificaciones, y la pertinencia o no de considerarlas como un modelo a seguir en el caso de una futura reforma del derecho privado colombiano.

Con el fin de alcanzar el objetivo propuesto, esta obra consta de una visión panorámica del nuevo derecho francés de los contratos y las obligaciones, tres grandes partes sucesivas y un anexo. En la visión panorámica, como su nombre lo indica, se hace una presentación general de la reforma y de los cambios más relevantes que esta introdujo en derecho francés. A continuación se encuentra una primera parte, titulada “La formación del contrato en la reforma del derecho francés: algunos comentarios desde el punto de vista de un jurista colombiano”, en la cual se tratan temas como la responsabilidad precontractual por la ruptura de las negociaciones, el contrato por medios electrónicos y la causa, entre otros. En la segunda parte, “Los efectos del contrato en la reforma del derecho francés: algunas notas desde la perspectiva del derecho colombiano”, se reflexiona sobre los temas del incumplimiento, las excepciones dilatorias, la

interpretación del contrato y su revisión por imprevisión. La tercera y última parte se titula “El régimen general de las obligaciones en la reforma del derecho francés: algunas cuestiones desde la óptica del derecho colombiano”, y en ella se abordan temas como las fuentes de las obligaciones, las modalidades de las obligaciones y la cesión de créditos. Respecto del anexo, este corresponde a una traducción al español de la reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones llevada a cabo por el Decreto Ley del 10 de febrero de 2016, incluidas las modificaciones introducidas por la Ley de ratificación del 1.º de abril de 2018.

La manera como se encuentra estructurada la obra, además del hecho de que algunos de los autores cuentan con una formación no solamente en derecho francés, sino también en derecho italiano o alemán, permite ofrecer una perspectiva de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones alimentada por un espíritu tan rico como crítico, lo cual resulta fundamental para no caer en la tentación de trasplantar pura y simplemente normas extranjeras a nuestro sistema jurídico, con el riesgo de desconocer nuestra propia identidad²².

Sin más preámbulos, y no sin antes agradecer sinceramente a todos quienes amablemente aceptaron el reto de hacer parte de este proyecto, ofrecemos las siguientes líneas a nuestros lectores. Esperamos que estas páginas sean útiles para formarse, sobre sólidas bases, un juicio propio acerca de las consecuencias de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones, así como sobre el alcance de la misma frente al derecho colombiano.

SILVANA FORTICH

ANABEL RIAÑO SAAD
Editoras

VISIÓN PANORÁMICA DEL NUEVO DERECHO FRANCÉS DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES*

FELIPE NAVIA ARROYO.**

La reforma francesa del derecho de los contratos y del régimen general de las obligaciones y de su prueba contenida en el Decreto Ley 2016-131, expedida el 10 de febrero de 2016 y ratificada por la Ley 2018-287 del 10 de abril de 2018, es la conclusión de un proceso que comenzó en el año 2004 con ocasión de la celebración del bicentenario del *Code civil*, momento en el que se evidenció la necesidad de dotar a Francia de un derecho más inteligible, más previsible, más eficaz y más justo, no solo con la finalidad de alinear el derecho de obligaciones a los códigos más modernos, verbigracia el italiano de 1942, el neerlandés de 1992, el BGB reformado en lo relativo al derecho de obligaciones en 2002 o el de Quebec de 1994, posiblemente con miras a facilitar una futura unificación del derecho privado europeo, sino también de hacerlo atractivo para la inversión extranjera de cara a las críticas formuladas por los informes “Doing Business”.

Inicialmente, el reto de “modernización” fue asumido por la academia. En el año 2006 apareció el llamado Proyecto Catala, el cual conserva las características específicas del derecho civil francés, como ocurre, por ejemplo, con el emblemático concepto de causa como elemento de validez del contrato, y con la incorporación de las innovaciones obtenidas por vía pretoriana a lo largo de

dos siglos. Y entre 2009 y 2013, bajo la dirección del profesor Terré, la Academia de Ciencias Morales y Políticas elaboró sendos proyectos de reforma de las reglas generales aplicables a los contratos, del derecho de la responsabilidad civil y del régimen general de las obligaciones, más audaces que la propuesta Catala; así lo demuestran la desaparición de la causa y su reemplazo por la noción de contenido del contrato; la introducción de las figuras de la cesión de contratos y de la cesión de deudas, y el abandono de la clasificación de las obligaciones en de dar, hacer y no hacer, para solo mencionar algunos ejemplos.

Por último, la Cancillería, inspirándose tanto en los proyectos de los citados profesores -aunque de preferencia en el de Terré- como en diferentes proyectos de códigos civiles europeos -por ejemplo, el del profesor Gandolfi o el del profesor Lando-, al igual que en el Marco Común de Referencia, publicó un proyecto de decreto en 2015, el cual, luego de ser sometido a consulta pública y dictamen del Consejo de Estado, se convirtió en el Decreto Ley 2016-131.

Quienes han comentado el texto del decreto ley están de acuerdo en que su carácter innovador es relativo. En efecto, el objetivo principal del mismo es el de fijar el derecho vivo de las obligaciones, esto es, recoger la interpretación creadora llevada a cabo durante dos siglos por la jurisprudencia de la Corte de Casación y la doctrina. Como consecuencia de ello, según Savaux, más de la mitad del articulado del nuevo derecho general de los contratos y las obligaciones codifica soluciones jurisprudenciales; una tercera parte corresponde al viejo articulado, aunque modernizado en su lenguaje; y solo una veintena de artículos proponen soluciones nuevas y originales.

Una rápida lectura del texto de la reforma permite identificar algunas de sus principales características. En primer lugar, la estructura del Título III del Libro III cambia para darle un orden más lógico a las materias tratadas: comienza por las fuentes de las obligaciones, ocupándose inicialmente del contrato en dos secciones bien definidas sobre la formación del mismo y los efectos que produce; luego trata de la responsabilidad extracontractual, la cual se rige por los textos vigentes al momento de expedirse el decreto debido a que el Gobierno carecía de facultades para reformar su régimen y a que todavía no hay un acuerdo sobre cuál debe ser su nueva regulación; enseguida se ocupa de los cuasicontratos: gestión de negocios, pago de lo no debido, e incorpora el enriquecimiento injustificado, así llamado para no hacer alusión a la causa; concepto este que, como ya se dijo, desaparece, al menos nominalmente, del derecho de obligaciones. El Título IV del Libro III se ocupa del régimen general de las obligaciones (modos de extinción, modalidades, operaciones sobre obligaciones, mora y restituciones). En términos generales, este título corresponde al que ya existía en el Código de 1804, sin perjuicio de algunas innovaciones notables, verbigracia la supresión del efecto retroactivo de la condición y la introducción de la figura de la cesión de deudas. Por último, fiel a la tradición francesa, el Título IV Bis se ocupa de la prueba de las obligaciones. Por lo demás, es notoria la intención de desjudicializar, tanto como sea posible, el derecho de las obligaciones, abriéndole paso a un unilateralismo motivado.

Hecha la anterior presentación general, a continuación nos ocuparemos, sucintamente, primero, de las novedades

más significativas, y luego, de aquello que desaparece del Código de 1804. En cuanto a lo que se mantiene, solo haremos una breve mención al nominalismo monetario.

I. LAS NOVEDADES

Llama la atención el capítulo liminar, en el que, sin definir el principio de la autonomía de la voluntad ni consagrarlo como un dogma, se enuncian varias de sus más importantes consecuencias: cada quien es libre de contratar o no contratar, de escoger a su contraparte contractual y de determinar el contenido y la forma del contrato, dentro de los límites del orden público (art. 1102); los contratos son ley para las partes (art. 1103), y los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de buena fe (art. 1104). El decreto evita el calificativo de principios fundamentales con el fin de no dar a entender que se trata de normas dotadas de una fuerza obligatoria superior, susceptibles de descartar la nueva reglamentación del derecho de los contratos. Por lo demás, este capítulo, fiel a la tradición, incluye una clasificación de los contratos, en la que se destaca la inclusión de los contratos de adhesión, de los contratos cuadro y de aplicación, y de los contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva.

El capítulo segundo, que se ocupa de la formación del contrato, incorpora al Código las reglas que la jurisprudencia había decantado durante un siglo sobre la llamada etapa precontractual. Para el período de las negociaciones preliminares dispone que estas deben adelantarse de buena fe, lo que implica el deber de informar cualquier circunstancia que pueda ser determinante del consentimiento de la contraparte cuando la misma pueda legítimamente ignorarla, exceptuando la

relativa a la estimación del valor de la prestación. Por otra parte, las negociaciones pueden romperse unilateralmente, aun cuando si se incurre en culpa intencional deberá compensarse, por la vía de la responsabilidad extracontractual, el interés negativo.

Muy significativa es la reglamentación de la oferta, su aceptación y el encuentro de las dos voluntades cuando el contrato se celebra entre ausentes. Sin ser particularmente original, define la oferta como una propuesta precisa y firme de celebrar determinado contrato, esto es, dispone que la propuesta debe contener al menos los elementos esenciales de un contrato plenamente identificado en cuanto a su tipo y debe expresar la voluntad del oferente de quedar vinculado con la sola aceptación del destinatario, es decir, no debe venir acompañada de reservas que la desvirtúen. Al igual que ocurre con nuestro Código de Comercio, el oferente no puede retractarse, lo que debería implicar, al menos si la oferta es dirigida a persona determinada con indicación de un plazo de reflexión, que la aceptación del destinatario durante el plazo de duración de la oferta forma el contrato a pesar de una retractación del oferente, como ocurre en Alemania e Italia. Lo anterior significaría reconocer que la naturaleza jurídica de la oferta a persona determinada con indicación de un plazo es la de un negocio jurídico unilateral, de modo que la muerte del proponente no daría lugar a la caducidad de la misma. En relación con la aceptación, el destinatario de la oferta puede retractarse antes que esta llegue al oferente, lo que es conforme a la teoría de la recepción que adopta el decreto, pues el contrato se entiende celebrado en el lugar y en el momento en que la aceptación es recibida por el oferente (art. 1121); solución esta parcialmente equivalente a la de nuestro Código de Comercio (art. 864)

pues, al paso que el contrato se entiende celebrado con la recepción de la aceptación, el lugar de la celebración es el de la residencia del oferente, que bien puede no coincidir con el de la recepción.

En la regulación de la etapa previa a la conclusión del contrato llama la atención que el decreto, conforme a la tradición inveterada del derecho francés, guarda silencio sobre la promesa bilateral de celebrar un contrato, tal vez porque se sigue considerando que esta equivale al negocio final. En cambio, acepta la promesa unilateral o contrato de opción y el pacto de preferencia. Se incluye también una sección sobre la formación del contrato por vía electrónica similar a la que ya había sido incorporada al Código Civil por el Decreto Ley 2005-674 del 16 de junio de 2005.

La sección segunda del capítulo relativo a la formación del contrato se ocupa de la validez del contrato: consentimiento libre de vicios; capacidad de contratar, y contenido del contrato, el cual que debe ser lícito y cierto. Se elimina la causa como elemento de validez del negocio, lo que es, al menos en el papel, una de las innovaciones más significativas a la teoría general del contrato.

Podría decirse que el decreto moderniza el régimen jurídico aplicable a los vicios del consentimiento. En este sentido, el error puede ser de hecho o de derecho, siempre que no sea inexcusable y que recaiga sobre las calidades esenciales o sustanciales de la prestación que se espera obtener o sobre la propia prestación. El error sobre la identidad de la persona con quien se contrata, normalmente indiferente a la validez del negocio jurídico, es relevante solo cuando el contrato es *intuitu personae*, siempre que recaiga sobre las calidades esenciales de la contraparte contractual. El error sobre los motivos determinantes del consentimiento es irrelevante, a menos

que se trate de una liberalidad o que guarde relación con las calidades sustanciales de las prestaciones que surgen del contrato. El error directo sobre el valor de la prestación es indiferente.

En relación con el dolo o error provocado, el decreto confirma la doctrina jurisprudencial que rompió con la óptica estrecha del *Code* a este propósito, ya que el dolo no son solo las maniobras o montajes efectuados por una de las partes para inducir a error a la otra, sino que también lo son las mentiras y la reticencia o silencio culpable -“intencional”, dice el art. 1137- de una de las partes sobre una información que se sabe es determinante para el consentimiento de la otra. El error sobre el valor de la prestación, cuando proviene de dolo, vicia el consentimiento, lo que, como se vio, no ocurre cuando la equivocación es espontánea.

Otro tanto podría decirse sobre la regulación de la fuerza como vicio del consentimiento, que se mantiene fiel a la elaboración doctrinal. No obstante, la reforma da un paso adelante cuando tipifica como fuerza la presión proveniente de ciertas circunstancias, como el estado de peligro o de necesidad, o lo que algunos denominan vicio de debilidad, al disponer que igualmente hay fuerza cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el cual se encuentra la otra, obtiene para sí una ventaja manifiestamente excesiva (art. 1143).

Es significativa, aun cuando en el fondo estas reglas ya estaban incluidas en la regulación del contrato de mandato y, por lo mismo, no suponen novedad alguna, la inclusión, al lado de la capacidad como requisito de validez, de reglas de carácter general sobre la representación; tal como lo hizo nuestro Código de Comercio (arts. 832 ss.) siguiendo el modelo de códigos más modernos como el italiano de

1942 y el BGB. Conforme a la tradición, se distingue entre representación directa e indirecta; entre poder general y especial; se admite la representación aparente, caso en el cual el contrato celebrado por el representante le es oponible al representado, salvo que quien contrató con el representante quiera invocar la nulidad; en fin, se prohíbe el llamado contrato consigo mismo, excepto que la ley lo autorice, como sería el caso de la comisión, o que el representado autorice o ratifique el negocio celebrado por el representante (art. 1161).

Como ya se ha señalado, uno de los aspectos fundamentales de la reforma es la eliminación, más aparente que real, del objeto y de la causa como elementos de validez del contrato. En efecto, el decreto solo exige que el contenido del contrato sea lícito (art. 1128), sin definir con precisión qué debe entenderse por contenido del negocio, lo que, a primera vista, podría sugerir que se está refiriendo a la función práctico-económica del negocio, esto es, a la descripción global de la operación según sea el tipo contractual escogido por las partes.

Sin embargo, si se revisan los artículos 1162 a 1171 relativos a este punto, se comprueba fácilmente que en realidad el contenido del contrato no viene a ser otra cosa que la sumatoria del objeto (recuérdese que el decreto habla de prestación) y de las características que debe reunir (presente o futuro, posible, determinado o determinable) y de la causa, pero sin mencionarla. En efecto, como es sabido, doctrina y jurisprudencia habían llegado a un acuerdo respecto de una noción doble de la causa. Causa objetiva, entendida como la consideración de la contrapartida que se espera obtener, y causa subjetiva, entendida como la finalidad perseguida por cada una de las

partes al celebrar el contrato, relevante solo cuando esa motivación es ilícita.

Pues bien, a la causa en sentido objetivo se refieren los artículos 1169 y 1170, que disponen, respectivamente, que “un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su celebración, la contrapartida convenida en provecho de quien se obliga es ilusoria o irrisoria”, y que “la cláusula que prive de sustancia a la obligación esencial del deudor se reputa no escrita”, texto este que recoge el célebre fallo *Chronopost*, en el que se juzgó que la cláusula que limitaba la responsabilidad de una empresa de correo expreso y rápido, en el evento de no cumplir con el plazo de entrega de los documentos enviados, dejaba sin efecto la obligación esencial del transportador y, por consiguiente, sin causa el contrato, razón por la cual esa estipulación era nula y debía reputársela no escrita. Y en cuanto a la llamada causa subjetiva, motivo o móvil determinante, el artículo 1162 dispone que “el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su finalidad, sea o no conocida esta última por todas las partes”.

Pero la noción de causa está implícita también en la posibilidad de proponer la excepción de contrato no cumplido, no regulada en forma general por el *Code civil* y ahora formalmente incluida en los artículos 1219 y 1220 del decreto que disponen, respectivamente: “Una parte puede negarse a cumplir su obligación, aun si esta es exigible, si la otra no cumple con la suya y si la inejecución de esta es suficientemente grave”, y: “Una parte puede suspender el cumplimiento de su obligación desde el momento en que resulta manifiesto que la otra parte no ejecutará la suya y que las consecuencias de este incumplimiento serán suficientemente graves para ella. Esta suspensión debe ser notificada -dice la norma en

forma algo vaga- en los mejores plazos". Y, por supuesto, como se verá más adelante, la noción de causa es la que explica o justifica la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes. Como lo anota Savaux, en mucho el decreto "cambia todo sin cambiar nada".

Notable, en lo relacionado con el objeto de la prestación, es el reconocimiento de la posibilidad de fijar unilateralmente el precio. Mucho era lo que se había discutido sobre este punto, siendo la tendencia general la de rechazo, dado que la obligación, en este caso la de pagar el precio, debe ser el producto de un acuerdo de voluntades. Luego de una larga discusión y de vaivenes de la jurisprudencia, la Corte de Casación terminó por admitir la posibilidad de que en los contratos de aplicación de contratos cuadro, básicamente de franquicia y de distribución, se pudiera fijar unilateralmente el precio, con tal que al hacerlo no se incurriera en abuso del derecho. El Proyecto Catala había propuesto extender esta posibilidad a todos los contratos de ejecución sucesiva, y el Proyecto Terré a todos los contratos, reconociendo así la necesidad de admitir con amplitud un unilateralismo motivado en materia contractual. El decreto lo permite solo en los contratos marco, los cuales dan lugar a contratos de aplicación en los que se precisan las modalidades de ejecución, y en los contratos de prestación de servicios cuando no ha habido acuerdo previo a la ejecución del contrato. Esta facultad unilateral debe ser ejercida conforme al principio de la buena fe, y en caso de abuso da lugar a la indemnización de perjuicios o a la resolución del contrato (arts. 1164 y 1165).

Constituye, sin lugar a dudas, una novedad, traída del derecho de los consumidores, la introducción de un

mecanismo que le permita al juez eliminar las cláusulas abusivas del contrato. En la idea subyace la noción de causa, y la propuesta inicial era la de hacerla extensiva a todos los contratos. No obstante, la generalidad del poder así concedido al juez, de alguna manera, eliminaba el carácter absoluto que siempre quiso dársele al principio de la fuerza obligatoria del contrato, y fue vista, como antes ocurrió con la teoría de la imprevisión, como algo peligroso para la seguridad jurídica, en la medida en que el juez podía modificar el contenido del contrato según su criterio –a su antojo, dirían los más de los comentaristas–, lo que determinó que solo fuera aceptada para los contratos de adhesión, cuando la cláusula impuesta genera un desequilibrio significativo, con ventaja para quien determina el contenido del contrato y desventaja para quien no tiene más remedio que adherir. De ahí que el artículo 1171 del decreto disponga que, “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”. Y agregue: “La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación del precio a la prestación”.

La sanción prevista para cuando falta uno de los requisitos de validez es, obviamente, la nulidad. A este propósito, el decreto adopta la concepción moderna, distinguiendo la nulidad absoluta de la relativa según si el interés protegido es individual o general; declara la imprescriptibilidad de la excepción de nulidad cuando el contrato no ha sido ejecutado, sin llegar a la admisión de la posibilidad, como ocurre en el derecho alemán, de que cualquiera de las partes pueda unilateralmente y mediante simple notificación a la otra declarar la nulidad del