

La modificación unilateral del contrato*

HERVÉ LECUYER**

Sumario: I. La iniciativa de una sola de las partes contratantes. A. La oferta de modificación. 1. La oferta espontánea de modificación. 2. La oferta de modificación impuesta. B. La petición de modificación. 1. La petición de modificación dirigida al juez. 2. La petición de modificación dirigida a una autoridad no judicial. II. La decisión de una sola de las partes contratantes. A. Porque el contrato es un bien. 1. La admisión de la decisión de una sola de las partes contratantes bajo el fundamento de la concepción objetiva del contrato. 2. El rechazo a la decisión de una sola de las partes contratantes bajo el fundamento de la concepción subjetiva de contrato. B. Porque el contrato es un vínculo. 1. Buena fe y decisión unilateral de modificación del contrato. 2. Fuerza obligatoria y decisión unilateral de modificación del contrato.

Resumen: ¿Puede haber modificación unilateral del contrato en el Derecho Francés? Debido a la creciente influencia del unilateralismo en el derecho contractual francés, se analiza la manera en que dicho fenómeno, visto exclusivamente en su rol de modificación, se conjuga, choca, interactúa con la visión actual o actualizada de la fuerza obligatoria o de la buena fe, lo que guarda finalmente una íntima relación con la manera como pretende ser aprehendido el contrato. En efecto, partiendo de la definición de

* Originalmente publicado en *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, bajo la dirección de CH. JAMIN y D. MAZEAUD. Collection Etudes Juridiques n.º 9, Paris, 1999, 47. Traducción del francés, Margarita Morales Huertas.

** Profesor de Derecho Civil, Derecho de los Seguros y Derecho Procesal Económico de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II), Director del Master 2 en Derecho Notarial de la misma universidad y Codirector de la Revista de Derecho Societario de LexisNexis. Correo electrónico: hervelecuier@hotmail.com

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 11 de julio de 2011.

modificación unilateral, este ensayo busca demostrar que los grados de unilateralismo pueden ser variables tanto en la iniciativa como en la decisión de modificación, grados que serán aceptados o tolerados por el ordenamiento jurídico dependiendo de su influencia en el *processus*.

Palabras clave: Contrato, unilateralismo, modificación, fuerza obligatoria del contrato, buena fe, imprevisión.

The unilateral modification of contract

*Abstract: Can there be any unilateral modification of contract in French law? Due to the increasing influence of unilateralism in French contract law, the author examines how this phenomenon, seen only in their modification role, combines and interacts with the current view or update of the binding effect of *de* or good faith, which ultimately keeps a close relationship with the way the contract is intended to be apprehended. Indeed, from the definition of unilateral change, this essay seeks to demonstrate that the degree of unilateralism can be variable in both the initiative and the decision to modify the contract, these grades will be accepted or tolerated by the law depending on their influence on the *processus*.*

Keywords: Contract unilateralism, modification, binding effect of contract, good faith, lack of foresight

De estos tres términos: modificación, unilateral y contrato, el jurista cree conocer el tercero.

El segundo, el adjetivo unilateral, tampoco le es extraño, especialmente en materia contractual; sin embargo sabe que la palabra puede ser un *faux ami*¹ y que por ello puede tener un significado diferente cuando se habla de acto jurídico unilateral o de contrato unilateral.

En lo que se refiere al primer término, la modificación, el jurista puede considerar que tiene respecto de él una percepción intuitiva, no porque el término no figure en la ley —se encuentra en 14 artículos del Código Civil²— sino porque la ley lo utiliza sin mayor rigor. En efecto, a título de ejemplo encontramos que en el artículo 61-4³ del Código Civil, en la sección relativa a los cambios de nombre y apellido, el término modificación se considera como sinónimo de cambio,

¹ Aquí, la expresión *faux ami* hace referencia a una palabra que según la lengua o el contexto, puede tener más de un significado (Nota de la traductora).

² El Código al que hace referencia el autor a lo largo de su escrito es el Código Civil Francés (Nota de la traductora).

³ Art. 61-4 Código Civil Francés: *La mención de las decisiones relativas al cambio de nombres y de apellido, debe figurar en las actas del estado civil del interesado y, dado el caso, en el de su cónyuge e hijos. /Las disposiciones contenidas en los artículos 100 y 101 son aplicables a las modificaciones de nombres y de apellido* (Nota de la traductora).

mientras que en su artículo 1389⁴, relativo al cambio de régimen matrimonial, la modificación es distinguida del cambio.

¿Lo anterior podría significar que el término es aprehendido por la ley en su acepción más simple, derivada del lenguaje común, y no como una noción jurídica?

La dificultad que deriva de esta pregunta es real, lo que implica no escatimar en la construcción previa de una definición. A este respecto, es imprescindible resolver dos preguntas: ¿Qué es una modificación?, y ¿qué es una modificación unilateral? Sólo en el momento en el que estos aspectos se encuentren establecidos, será posible plantearse el interrogante mayor, alrededor del cual se articula esta exposición: ¿Puede haber modificación unilateral del contrato?

¿Qué es una modificación?

La palabra modificación pertenece a aquéllas consideradas como de *double appartenance*, categoría que el deán CORNU describe en forma admirable⁵; se trata de un término que tiene uno o más significados a la vez, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico, es decir, se trata de una palabra que cabalga entre dos lenguajes.

Nadie negará que el término pertenezca principalmente al lenguaje común y que de allí fuera tomado por el lenguaje jurídico, a diferencia de otras palabras que hicieron el recorrido inverso; sin embargo, este estado de dependencia no significa que el Derecho no considere la modificación como una verdadera noción jurídica. De hecho, la primera actualización de este concepto se atribuye al profesor GHOZI (en su sobresaliente tesis "La modificación de la obligación por voluntad de las partes")⁶, razón por la cual aquí emplearemos su definición sobre la modificación del contrato, consistente en la operación que sobreviene durante la ejecución del mismo y que, sin darlo por terminado, introduce un cambio en cualquiera de sus elementos.

¿Qué es una modificación unilateral?

La noción es susceptible de tener dos sentidos fundamentalmente diferentes:

Inicialmente puede decirse que hay modificación unilateral cuando ésta afecta el contenido obligacional de una sola de las partes. Aquí, el unilateralismo concierne el objeto de la modificación, y en este sentido se opone al 'sinalagmatismo'⁷.

⁴ Art. 1389 Código Civil Francés: *Sin perjuicio de las liberalidades que pudieran otorgarse según las formalidades y en los casos determinados por el presente Código, los esposos no pueden hacer ningún convenio o renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de la sucesión* (Nota de la traductora).

⁵ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, 1990, pp. 68 y ss.

⁶ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980.

⁷ Es en este sentido que el profesor Ghozi trata en su tesis la modificación unilateral. *Ibid.* pp. 83 y ss.

Sin embargo, también puede ser calificada como unilateral la modificación cuyo origen se encuentra en una sola de las partes. El unilateralismo caracterizaría entonces la génesis de la modificación. Unilateral se opone aquí a bilateral, plurilateral o convencional.

Es este último sentido el que será privilegiado en este trabajo. La modificación unilateral será entonces tratada como la introducción de un cambio en cualquiera de los elementos de un contrato cuya ejecución se encuentre en curso, en cuyo origen se encuentra solamente uno de los contratantes.

De lo anterior, forzosamente se plantea una tercera pregunta: ¿Es ello posible? ¿Puede haber modificación unilateral del contrato? *A priori*, la respuesta es negativa: No puede modificarse unilateralmente el contrato. Pueden existir buenas razones para querer hacerlo: la voluntad de modificar el contrato nace del hecho que, en su contenido inicial, no responde más a las expectativas, a las previsiones de uno u otro contratante, lo que a su turno puede ser la consecuencia de un doble fenómeno:

– O el contrato no responde más a las necesidades a las que estaba destinado a responder, por ejemplo en razón de la transformación del contexto político, económico, social o monetario;

– O bien, el contrato responde a dichas necesidades pero éstas ya no son las del contratante.

Sólo que aquello que puede justificarse por cuestiones de oportunidad, es inadmisibles desde el punto de vista legal, y en este sentido la Corte de Casación se ha manifestado en múltiples oportunidades⁸.

Esta solución es una aplicación lógica del artículo 1134 del Código Civil: la fuerza obligatoria del contrato conlleva a su intangibilidad. Por su fuerza obligatoria, el contrato escapa a las fantasías que puedan llevar a una de las partes a modificar unilateralmente su contenido, ya que la inmutabilidad del contrato implica que las modificaciones hechas a éste operen de mutuo acuerdo.

Lo anterior querría decir que aquello que se opone a la modificación unilateral del contrato sería su fuerza obligatoria. No obstante, el argumento nos resulta insuficiente: la fuerza obligatoria es un dogma infalible solo en el espíritu de los defensores de la autonomía de la voluntad.

Posiblemente es necesario remontarse al fundamento de la fuerza obligatoria del contrato: en las bases del principio se encuentran consideraciones morales, el respeto a la palabra dada⁹; pero también consideraciones de otro tipo, mas técnicas, especialmente la idea que el contrato es un acto de previsión¹⁰, retomando la bella

⁸ Por ejemplo, Corte de Casación francesa, Primera Sala Civil, Sentencia del 29 de enero de 1980: *Bull.civ.* II, n.º 37; Corte de Casación francesa, Sala Plena, Sentencia del 3 de mayo 1956: *JCP* 1956, II, 9345, obs. J.G.L.

⁹ PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, 8.ª ed., n.º 610, Paris, 1996.

¹⁰ V. H. LECUYER, "El contrato como acto de previsión", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 18,

expresión de HAURIOL. Bajo esta perspectiva, la prohibición de cualquier modificación unilateral se concibe con facilidad: si se autoriza a una persona a modificar unilateralmente el contrato, se traicionan con ello las previsiones del otro.

Desafortunadamente este último argumento no es tan concluyente como parece. ¿Este fundamento dado a la fuerza obligatoria, no permitiría al contrario, relativizar la negación de principio que existe en relación con la modificación unilateral del contrato?

En efecto, la situación se presenta de la siguiente manera: un contratante quiere modificar el contrato porque ya no lo encuentra conforme a sus previsiones originales; el otro contratante, de su parte, no puede dejarse imponer una modificación del contrato puesto que ésta implicaría una traición a sus propias previsiones. Estamos entonces frente a un *impasse*: si no se permite la modificación, se niega el hecho que el contrato constituye un acto de previsión para una de las partes, pero si por el contrario, ésta se admite, se niega el hecho de que el contrato es también para la otra parte un acto de previsión. Vista de esta manera, la situación es casi insostenible: el contrato corre grave peligro pues es su esencia la que está en discusión.

Bajo tal perspectiva, no es imposible concebir una modificación unilateral. Se trata de una elección de política jurídica, puesto que es posible considerar que es más legítimo asegurar el respeto de lo que constituye la esencia del contrato para aquél que desea la modificación, antes que frente a lo que quiere la parte que la rechaza.

¿Es ésta la salida al *impasse*? La vía merece ser emprendida puesto que podría demostrar que el derecho no es necesaria ni sistemáticamente hostil a la modificación unilateral. Esto se puede probar constatando que el unilateralismo es susceptible de marcar diferentes etapas del proceso de modificación y que, de acuerdo al momento en el cual ésta se sitúe, las fricciones existentes con la fuerza obligatoria del contrato, pueden resultar más o menos fuertes. De esta manera, el unilateralismo puede caracterizar tanto la iniciativa de la modificación (I), como la decisión de modificar (II).

I. LA INICIATIVA DE UNA SOLA DE LAS PARTES CONTRATANTES

El unilateralismo caracteriza aquí la iniciativa de la modificación. En este sentido, es posible contemplar dos hipótesis:

Aquella en la que el contratante que toma la iniciativa de una modificación, se dirige a la otra parte del contrato. Técnicamente se está frente a una oferta, destinada a encontrar la aceptación para dar nacimiento a una convención de modificación de una convención precedente. En este caso, el unilateralismo parece existir solamente en el estadio de la iniciativa, habiendo desaparecido en el momento de la decisión. Estaríamos entonces frente a una convención de modificación.

Bogotá, 2010, pp. 37 y ss. (Nota de la traductora).

La segunda hipótesis es aquella en la que el contratante, que toma solo la iniciativa de una modificación, no se dirige a la otra parte del contrato, sino a un tercero (el juez u otra autoridad). La situación en este evento parece ser más confusa: el unilateralismo caracteriza aún la iniciativa, pero la decisión de modificar no es convencional; no es ya ni siquiera de aquél que ha tomado la iniciativa. No es entonces una oferta de modificación, sino una petición de modificación.

La iniciativa de una sola de las partes únicamente puede tener relevancia cuando el proceso de modificación no se realiza a través de una decisión puramente convencional, ya que se trataría de una modificación falsamente unilateral. Solamente pueden tenerse en cuenta las hipótesis en las que el unilateralismo que caracteriza la iniciativa afecta el proceso de modificación del contrato, de tal suerte que éste no es completamente convencional. Se estaría en presencia o de una oferta de modificación (A) o de una petición de modificación (B).

A. La oferta de modificación

La situación parece clara: la iniciativa es en este caso unilateral, pero la decisión es convencional. *A priori* hay muy poco para decir en esta hipótesis, pues se encuentra en perfecta armonía con el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, es válido preguntarse si en algunas ocasiones el unilateralismo que caracteriza la iniciativa, puede o no tener alguna influencia sobre la decisión en sí misma considerada, en cuyo caso las bases del problema cambiarían. Dos contextos se ofrecen ante tal perspectiva: Uno normal, en donde se está en presencia de una oferta espontánea de modificación, y aquél, aparentemente más original, en el que el contratante está obligado a proponer al otro una modificación.

1. La oferta espontánea de modificación

La oferta espontánea de modificación susceptible de terminar en una modificación convencional, es una situación que no presenta ningún carácter exorbitante. Se trata de la aplicación estricta del principio de libertad contractual.

Sin embargo, es importante tener en cuenta los aportes brindados por otras ramas del derecho, especialmente la laboral, que presenta un carácter atípico en este punto¹¹.

Es cierto que cuando se trata de modificar el contrato de trabajo existe en apariencia iniciativa unilateral y decisión convencional. El carácter convencional de la modificación fue incluso reforzado, durante un tiempo, por la jurisprudencia, que siempre había hecho gala de una gran exigencia en lo que hace a la admisión de la prueba de la aceptación de la modificación por parte del trabajador.

¹¹ V. J. SAVATIER, "Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels", *D.Soc.*, Paris, 1988, p. 135.

En la importante sentencia Raquin, proferida por la Sala Laboral de la Corte de Casación, de fecha del 8 de octubre de 1987¹², se estimó que la aceptación de una modificación sustancial al contrato de trabajo no podía resultar solamente del hecho que el trabajador hubiese continuado trabajando; se exigió el acuerdo expreso sobre dicha modificación¹³. El carácter convencional de la decisión resulta *a priori* reforzado¹⁴.

No obstante lo anterior, el carácter aparentemente convencional de la decisión de modificación, que rompe con el carácter unilateral de la iniciativa, apenas sirve para disimular la importante dosis de unilateralismo existente en el estadio de la decisión en ella misma considerada, por lo que es conveniente distinguir si se trata de una modificación del contrato de trabajo esencial o no esencial.

Cuando el empleador toma la iniciativa unilateral de ofrecer al trabajador una modificación no esencial de su contrato, es admisible que el trabajador se vea obligado a aceptarla¹⁵ ya que si se rehúsa a seguir ejecutando el contrato que no ha sido objeto de alguna modificación esencial, está faltando a sus obligaciones contractuales¹⁶. La aceptación del trabajador en este caso presenta un carácter de constreñimiento, sin embargo, esta situación encuentra su justificación en el poder de dirección y organización del trabajo que se encuentra en cabeza del empleador y que implica, en determinadas ocasiones, imponer cambios en las condiciones de ejecución del contrato de trabajo.

En este caso, al menos formalmente, sólo la iniciativa es unilateral ya que la decisión es convencional; pero sustancialmente, la decisión se encuentra afectada, en gran parte, por una gran dosis de unilateralismo, debido al carácter forzado de la aceptación.

En una pequeña medida, aunque esto es discutible, este mismo razonamiento podría aplicarse al caso de modificación esencial del contrato de trabajo. En efecto, en este evento existe una presión indirecta sobre el consentimiento del trabajador: o acepta, o el empleador pone en marcha el procedimiento para despedirlo. El trabajador padece la alternativa de aceptar la modificación o resignarse a la extinción del vínculo contractual.

¹² Soc. 8 de octubre de 1987: *D. Soc.* 1988, p. 140, nota de J. Savatier.

¹³ *V. Droit de l'emploi*, bajo la dirección de J. Pélissier, Dalloz Action n.º 1547, Paris, 1996.

¹⁴ Después de dicha jurisprudencia, el legislador ha buscado la manera de resistirse a ella: *V. Código del Trabajo*. Art L 321-1-2, proveniente de la Ley n.º 93-1313 del 20 de diciembre de 1993. Nota de la traductora: Este artículo rezaba así: "Cuando el empleador, por alguno de los motivos enunciados en el artículo 321-1 [despido por dificultades económicas de la empresa], contempla hacer una modificación esencial a los contratos de trabajo, debe informar a cada trabajador a través de correo certificado. Esta carta de notificación, informa al trabajador que dispone de un mes luego de recibida la comunicación para manifestar su oposición. A falta de respuesta dentro de este término, se presume la aceptación de la modificación por parte del trabajador". Por ley n.º 2005-32 del 18 de enero de 2005, este artículo fue modificado, cambiando la expresión "esencial a" por "a un elemento esencial de".

¹⁵ *Droit de l'emploi*, *op.cit.*, n.º 1564.

¹⁶ G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, A. SPIOT, *Droit du travail*, ed. 18, n.º 362, Paris, 1996.

En el caso de modificación esencial del contrato de trabajo, y si la iniciativa es completamente unilateral, existe también y sin duda, un mínimo grado de unilateralismo en el momento de la decisión.

El ejemplo del contrato de trabajo sirve para ilustrar la hipótesis de una oferta espontánea de modificación, que caracteriza la iniciativa de una sola de las partes en cuanto a la modificación de la relación contractual, pero al mismo tiempo sirve para demostrar que, en el momento de la decisión, es posible encontrar varios grados de unilateralismo, o, dicho de otra manera, que la decisión puede ser tomada de manera más o menos convencional.

2. *La oferta de modificación impuesta*

Esta hipótesis parecería romper con el principio de la libertad contractual. ¿Cómo puede concebirse, en efecto, que uno de los contratantes durante la ejecución del contrato esté obligado a proponerle al otro una modificación del contenido contractual?

– En este caso no nos encontramos frente a cláusulas de renegociación o de *hardship*. Tales cláusulas permiten que una u otra parte del contrato solicite una "readecuación del mismo, en el evento en que un cambio haya afectado las condiciones iniciales de su pacto, modificando el equilibrio del contrato al punto de hacer muy difícil su cumplimiento para la parte que la solicita"¹⁷. Dichas cláusulas no tienen por función o por efecto obligar a uno de los contratantes a que le ofrezca al otro modificar el contrato. Ellas simplemente hacen nacer el derecho para una de las partes de exigir entrar en discusiones y, al mismo tiempo, les impone la obligación de negociar de buena fe.

– *A contrario*, ciertas decisiones jurisprudenciales han decidido que, con fundamento en la buena fe, existe la obligación para uno de los contratantes de ofrecer al otro, en determinadas circunstancias, modificar el contrato. Las sentencias proferidas por la Sala Laboral, el 25 de febrero de 1992,¹⁸ y por la Sala Comercial, el 3 de noviembre de 1992¹⁹, de la Corte de Casación, de acuerdo con la interpretación hecha por la doctrina, reconocen la existencia de una verdadera obligación de adaptación del contrato a cargo de uno de los contratantes, quien, con fundamento en la buena fe, se vería obligado a ofrecer al otro una modificación del contrato en caso de imprevisión²⁰.

¹⁷ B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *Clunet*, Paris, 1974, 794; *Add.*, F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 6^a ed., Paris, 1997, n.º 449.

¹⁸ Soc. 25 de febrero de 1992: *Bull.civ.* V, n.º 122, 74; *D.* 1992, 390, nota M. Defossez; *D.* 1992, somm.comm., 294, obs. A. Lyon-Caen; *JCP* 1992, I, 3610, n.º 8, obs. D. Gatumel; *RTD civ.* 1992, p. 760, obs. J. Mestre.

¹⁹ Com. 3 de noviembre 1992; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre.

²⁰ *Infra* n.º 21.

En este caso existe, de nuevo, iniciativa de una sola de las partes contratantes, ¿pero el unilateralismo no tiene influencia también en el estado de la decisión? La respuesta es sin duda alguna, afirmativa, pero para comprenderla es necesario ubicarse del lado de quien la acepta. Finalmente, la modificación surge de una sola y verdadera manifestación de voluntad, precisamente de su sola y libre manifestación de libertad; recordemos que no hay voluntad sin libertad.

Aquí la situación es estrictamente inversa a la contemplada anteriormente: En aquella, la dosis de unilateralismo existente en la decisión estaba completamente del lado del oferente, mientras que en esta última hipótesis lo está totalmente del lado del aceptante.

Todas estas situaciones sirven para revelar la existencia de un unilateralismo perfecto, relativamente, en la iniciativa de la modificación, e imperfecto, parcial, en cuanto a la decisión de la modificación, puesto que ésta es el fruto de una sola voluntad libre, a veces del solicitante, a veces del aceptante.

B. La petición de modificación

Aquí no se trata de oferta, sino de petición de modificación. La iniciativa de un contratante no está dirigida a la otra parte del contrato, sino a un tercero. Ese tercero, que normalmente es el juez, puede ser igualmente una autoridad no judicial.

1. La petición de modificación dirigida al juez

La pregunta que se plantea aquí tiene que ver con la influencia de la fuerza obligatoria del contrato frente al oficio del juez. En principio, la ley contractual se impone lógicamente al juez. Toda modificación del contrato debe producirse por el consentimiento mutuo de las partes y el juez no tiene la facultad para revisar el contrato, añadir o suprimir aquello que no fue consentido por ellas.

No obstante, esta proposición debe ser matizada: la fuerza obligatoria es un efecto reconocido al contrato en virtud de la ley. Lo que la ley ha hecho, ella misma puede deshacerlo. Por lo tanto, la revisión del contrato por parte del juez se admite si es legalmente autorizada.

Resta saber si, frente al silencio de la ley, el juez, por la iniciativa de las partes, puede modificar el contrato. La pregunta ha sido y continúa siendo especialmente interesante en relación con la imprevisión. ¿Puede un juez, a petición de una sola de las partes y contra la voluntad de la otra, modificar el contrato cuando las circunstancias económicas que existían al momento de su celebración han cambiado totalmente, trayendo consigo una alteración en el equilibrio de las prestaciones? La doctrina permanece dividida y la jurisprudencia parece inalterable después de la sentencia del Canal de Craponne de fecha 6 de marzo de 1876²¹.

²¹ Nota de la traductora: El derecho civil francés, a diferencia de su propio derecho ad-

Sin embargo, este inmovilismo podría ser una mera fachada. Resultaría sorprendente que la jurisprudencia contemporánea no abriera, en el estadio de ejecución del contrato y a favor del equilibrio contractual, la vía a tan valioso mecanismo, sobre todo si dicho imperativo debe considerarse como un fin en sí mismo.

Sin duda, la jurisprudencia no ha admitido nunca de manera expresa ni general la teoría de la imprevisión. ¿Pero acaso ella no ha obrado en ese sentido, alcanzando los mismos fines pero a través de medios diferentes? ¿La jurisprudencia citada anteriormente, que obliga al contratante a proponer al otro la adaptación del contrato, no es acaso obra de los jueces que imponen a las partes aquello que no osan hacer por sí mismas? ¿Y mañana, el recurso a la teoría de la imprevisión no se volvería inútil por la aplicación extensiva hecha por los jueces de la teoría de la causa? Pudimos apreciar, en la Sentencia de la Corte de Casación del 17 de enero de 1995²², que la voluntad de la instancia máxima es la de consagrar las tesis de *Capitant*, sancionando la desaparición de la causa durante la ejecución del contrato y precisando que la sanción proviene de la desaparición total de la

ministrativo (o de países como Italia, Grecia u Holanda, que consagran expresamente el régimen de revisión por imprevisión, o de Alemania o Suiza, cuya jurisprudencia lo ha admitido), no lo contempla legalmente ni lo acepta jurisprudencialmente. En efecto, en recuerdo a la Revolución y a la nefasta depreciación del papel moneda de la época (*assignats*), los redactores del *Code* consideraron apropiado no tenerla en cuenta, y la jurisprudencia, a finales del siglo XIX, con la famosa sentencia del Canal de Craponne, a la que se refiere el autor en el texto (Sala de Casación Civil, 6 de marzo de 1876, *DP*, 1876.1.161), reafirmó la posición, al considerar que el juez no tenía el poder suficiente para decidir sobre la suerte del contrato, independientemente de las circunstancias. No obstante, la voluntad expresa de las partes en el sentido de la revisión, o la consagración legal en ciertos contratos (la renta vitalicia –L. 25 de marzo de 1949– o el arrendamiento comercial –Decreto 30 septiembre 1953–), hacen que este principio de apariencia rígido, cuente con algunas excepciones. Sin embargo, el tema es objeto de un amplio debate, no sólo porque la doctrina local pugna entre una concepción rígida de la fuerza obligatoria del contrato y la aceptación de la medida por razones de justicia o de utilidad económica o social, sino también por la marcada tendencia del derecho europeo continental a aceptarla. No olvidemos que tanto los Principios UNIDROIT como los Principios del Derecho Europeo de los Contratos establecen una obligación de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobreviniente. Por todo lo anterior, en el último proyecto de reforma al libro III, título III del *Code Civil*, se abren las puertas a un régimen frente a la imprevisión, pero de la siguiente manera: "Artículo 101: Si un cambio de circunstancias imprevisible, hace la ejecución del contrato excesivamente onerosa para una de las partes y ésta no había aceptado asumir este riesgo, ella puede solicitar a la otra parte del contrato una renegociación del mismo, sin dejar de ejecutar sus obligaciones mientras ésta dure. En caso de que la parte rechace la solicitud o que la renegociación fracase, el juez puede proceder a la adaptación del contrato, si ellas así lo desean, o en el caso contrario, poner fin al contrato en la fecha y de acuerdo a las condiciones que él fije". V. D. TALLON, *La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, Mel. Sayag, Paris, 1998, pp. 403 y ss.; B. FAUVERQUE-COSSON, "Le changement de circonstances", *RDC* 2004, pp. 67-92; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002; L. THIBERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, 2011.

²² Corte de Casación, Primera Sala Civil, 17 de enero de 1995 : *Bull.civ.* I, n.º 29; *JCP* 1995, 1, 3843, n.º 4, nota Fabre-Magnan.

causa²³. Pero en el futuro, le bastará solamente sancionar la desaparición parcial de la causa para aplicar la imprevisión sin decirlo.

Es posible ver aquí, en esta modificación no convencional del contrato, una ilustración de lo que es el contrato como acto de previsión; y que el derecho, frente a un contrato que de cualquier forma no logra respetar las previsiones de los dos contratantes, escoge respetar las previsiones de aquel que toma la iniciativa de la modificación, incluso sacrificando las del contratante que se opone.

Cuando el juez es solicitado, el unilateralismo solo sirve para caracterizar perfectamente la iniciativa de la modificación; lo mismo ocurre cuando el contratante activo se dirige ante una autoridad no judicial.

2. La petición de modificación dirigida a una autoridad no judicial

¿Qué más bella manifestación de publicitación del derecho privado que el tratamiento dado por la Comisión de Endeudamiento²⁴ al endeudamiento de los particulares? A petición del deudor, la Comisión busca lograr un acuerdo entre las partes con el fin de elaborar un plan convencional de saneamiento financiero. La decisión de modificación, que podrá afectar, por ejemplo, el monto de la obligación contractual o su término, sigue siendo convencional, a pesar que la iniciativa del contratante no haya sido dirigida al acreedor.

Pero es sobre todo en ausencia de acuerdo que la misión de la Comisión es exorbitante, puesto que, aunque comparte la decisión de modificación con el juez –quien es llamado a otorgar a las medidas recomendadas, fuerza ejecutoria–, se encuentra habilitada para recomendar modificaciones al contenido contractual. ¿Quién no está en capacidad de constatar que el rol de mayor importancia en la decisión de modificación, pertenece a la Comisión?

De esta manera se comprueba que el unilateralismo no caracteriza solamente la oferta de modificación dirigida al contratante, sino también la petición de modificación dirigida al juez o a ciertas autoridades. Sin embargo, una diferencia fundamental opone las dos situaciones: en el caso de petición de modificación, la iniciativa se caracteriza por un unilateralismo perfecto; mientras que la decisión está desprovista de cualquier carácter unilateral, al menos en el sentido que nosotros lo entendemos, es decir que surge de la voluntad de un contratante. En cambio, en caso de oferta de modificación, la iniciativa goza de un unilateralismo perfecto pero éste puede tener influencia en la fase de la decisión de modificación; decisión que puede contener cierta dosis de unilateralismo. Es posible entonces preguntarse: ¿en las hipótesis hasta ahora planteadas, el principio de la fuerza obligatoria se

²³ Nota de la traductora: Sobre el desarrollo de la noción, ver M. MORALES HUERTAS, "La renovación del concepto de causa en el derecho francés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

²⁴ Nota de la traductora: Para más información sobre la Comisión: <http://vosdroits.service-public.fr/F134.xhtml>

acomoda, puesto que no consagran una decisión parcialmente unilateral? ¿Puede continuar siendo este principio tan tolerante en presencia de una decisión de modificación pura y perfectamente unilateral?

II. LA DECISIÓN DE UNA SOLA DE LAS PARTES CONTRATANTES

En esta instancia el objetivo es establecer las hipótesis en las cuales la modificación es el fruto de la decisión de uno solo de los contratantes, en donde, a diferencia de lo dicho en la primera parte de este trabajo, el unilateralismo es perfecto en el estadio mismo de la decisión. De ser ello así, la contravención a la fuerza obligatoria parecería particularmente grave, a menos que se admita que su fundamento, es decir, la idea que el contrato es acto de previsión, sirve tanto para legitimar la modificación unilateral como para prohibirla²⁵.

De igual forma, es posible creer que es más simple admitir hoy que en el pasado, la idea de una modificación unilateral, ya que parece florecer una concepción más objetiva del contrato, donde se mira primero al bien antes que al vínculo. ¿Tal concepción de contrato no se acomoda más fácilmente a la modificación unilateral? Sin duda alguna, pero es necesario matizar tal aseveración: ciertas modificaciones decididas unilateralmente pueden concebirse porque el contrato es un bien, pero otras se conciben mejor gracias a una idea subjetiva de contrato, que se centra en los contratantes antes que en la entidad contractual.

Es así como la decisión de una sola parte del contrato es de vez en cuando aceptada: porque el contrato es un bien o porque el contrato es un vínculo.

A. Porque el contrato es un bien

Una idea objetiva del contrato permite justificar en determinadas circunstancias la decisión de modificación unilateral del contrato (1). Sin embargo, dicha visión no ha servido para justificar la modificación, en determinados casos, a los ojos de la Corte de Casación (2).

1. La admisión de la decisión de una sola de las partes contratantes bajo el fundamento de la concepción objetiva del contrato

Desde GAUDEMET se está desarrollando una concepción objetiva del contrato. DURAND podía ver en el contrato, desde 1960, un bien de la empresa. ¿Un contrato al servicio de la empresa? El derecho de procedimientos colectivos lo confirma. ¿Esto no podría justificar entonces, para el empresario, una adaptación unilateral del contrato de acuerdo a las necesidades de la empresa?

²⁵ V. *supra*, Introducción.

Fue esta idea la que inspiró la elaboración de la ley del 12 de mayo de 1965, modificatoria del decreto del 30 de septiembre de 1953, sobre arrendamiento de locales comerciales, que fue redactado con el fin de facilitar la adaptación del comercio a las diferentes formas de competencia, así como a las necesidades cambiantes de la clientela²⁶. El artículo 34 del decreto autoriza al arrendatario a añadirle a la actividad prevista en el contrato de arrendamiento, actividades conexas o complementarias; el arrendatario puede imponer esta modificación al arrendador, quien solamente puede objetar el carácter conexo o complementario de la actividad.

Aprehendiendo el contrato como un bien, se concibe que la ley admita tal decisión unilateral de modificación. Sin embargo, en otras circunstancias la jurisprudencia se ha negado a admitirla.

2. El rechazo a la decisión de una sola de las partes contratantes, bajo el fundamento de la concepción subjetiva de contrato

Una importante corriente doctrinal se funda en la concepción objetiva del contrato, que ve en él un valor patrimonial que goza de cierta autonomía en relación con quienes lo han celebrado²⁷. Esta concepción de contrato engendra determinadas consecuencias en cuanto al régimen de su cesión. En efecto, bajo esta óptica, el consentimiento del contratante cedido sería en principio indiferente en lo que se refiere al principio de tal cesión. En apoyo a esta tesis se encuentra el hecho que al momento de la celebración del contrato, el consentimiento del cedido se centra en los elementos objetivos del mismo, más que en la persona misma de su cocontratante²⁸. Así las cosas, podría haber modificación del contrato reemplazando a uno de los contratantes y solo en virtud de la decisión de uno solo de los contratantes iniciales.

Sin embargo, esta tesis parece no haber sido acogida por la Corte de Casación quien en Sentencia del 6 de mayo de 1997, parece exigir, para que la cesión pueda ser operada, el consentimiento del contratante cedido en substitución de su contratante²⁹.

Ver el contrato como un bien sirve para legitimar la decisión de una sola de las partes contratantes, pero únicamente a título excepcional. Sin duda, es posible

²⁶ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 16 ed., Paris, 1996, n.º 398.

²⁷ V. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, tesis Paris II, Paris, 1984 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les obligations*, Paris, 1998, n.º 778 y ss.; D. MAZEAUD, nota a la sentencia de la Sala Comercial de la Corte de Casación, del 6 de mayo de 1997: *Defrénois* 1997, art. 36633, p. 977.

²⁸ PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op.cit.*, n.º 790.

²⁹ Corte de Casación, Sala Comercial, sentencia del 6 de mayo de 1997, *Bull.Civ.* IV, n.º 117; *Defrénois* 1997, art. 36633, nota D. Mazeaud; D. 1997, p. 588, nota Ch. Jamin y M. Billiau; *Contrats, conc., consomm* 1997, N.º 146, obs. L. Leveneur. *Adde*, L. Aynès, "Cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé", D. 1998, chr.25, sobre el punto de saber si esta sentencia condena o no la noción misma de cesión translativa.

llegar a la misma conclusión cuando se intenta constatar de qué manera el contrato, visto esta vez como un vínculo, puede o podría autorizar ciertas modificaciones unilaterales.

B. Porque el contrato es un vínculo

Es porque el contrato es un vínculo –la visión objetiva de contrato no borra totalmente la dimensión subjetiva de la relación jurídica– que la decisión de modificación unilateral es de *lege lata* y podría ser admisible de *lege ferenda*. Que la visión subjetiva permita concebir la modificación unilateral, se explica en primer lugar, por la obligación de buena fe que pesa sobre los contratantes (1), y en segundo lugar, por ciertas explicaciones que responden al principio de la fuerza obligatoria del contrato (2).

1. Buena fe y decisión unilateral de modificación del contrato

Gracias a la buena fe se admite que la ley contractual no es una ley implacable para las partes. Es por ello que la buena fe es entendida sobre todo como la lealtad esperada de parte del deudor: él debe ejecutar fielmente sus obligaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia admite que si los esfuerzos desplegados por el deudor han permitido alcanzar el objetivo esperado por el contrato, incluso si las prestaciones por él efectuadas no eran exactamente conformes a las previsiones contractuales, nada puede serle reprochado, lo que se debe en cierta forma, a que se condujo de buena fe y a que el objetivo del contrato fue logrado. Estas son las razones que han llevado a la jurisprudencia a tolerar que el deudor no respete escrupulosamente las estipulaciones contractuales, es decir, que las modifique, pero solo en puntos necesariamente menores, puesto que de lo contrario el objetivo del contrato no se habría logrado³⁰.

2. Fuerza obligatoria y decisión unilateral de modificación del contrato

Las explicaciones que algunos han querido dar a la fuerza obligatoria podrían, si hubiesen sido admitidas en el derecho francés, abrir un campo más vasto a la modificación unilateral. Pensamos en la doctrina de origen anglo-americano que funda la fuerza obligatoria del contrato en la idea de expectativas o *expectations*: lo que fundaría la fuerza obligatoria del contrato sería la expectativa del acreedor, que como tal debe ser respetada, lo que implica que la obligación del deudor tiene como límite lo que espera el acreedor o lo que razonablemente puede esperar. De esta doctrina es posible llegar a ciertas conclusiones, por ejemplo: en lo que concierne a los daños y perjuicios debidos en caso de incumplimiento contractual,

³⁰ Corte de Casación, req., 31 de enero de 1997: S. 1887, 1, p. 420.

éstos deberían ser calculados no con base en el valor de la prestación no ejecutada, sino con base en el valor, inferior, de la expectativa razonable³¹. Conservando esta misma lógica, es posible concluir que el deudor podría ejecutar, no la obligación tal como está prevista en el contrato, sino aquella razonablemente esperada por el acreedor, lo que implicaría reconocerle al deudor una posibilidad de modificar el contrato para adaptarlo a la expectativa razonable del acreedor.

Dicha concepción, incluso si ha podido influenciar ciertos elementos del derecho francés³², no puede ser acogida sin reserva alguna. ¿Es posible admitir que el deudor se convierta en juez al decidir lo que razonablemente espera su acreedor, o esta facultad debe ser reconocida exclusivamente al juez? Solamente en este último caso la teoría sería incapaz de sostener de manera "universal" la fuerza obligatoria del contrato.

En conclusión, es posible establecer el siguiente balance:

En primer lugar, el derecho francés conoce hipótesis de perfecto unilateralismo en cuanto a la iniciativa de la modificación cuyo unilateralismo desaparece en el momento de la decisión, sea porque la decisión es puramente convencional, sea porque es judicial, o porque emana de una autoridad administrativa (eventos en los que la voluntad del otro contratante es sustituida por la del juez o por la de la autoridad administrativa). Estos eventos no constituyen realmente casos de modificación unilateral.

En segundo lugar, el derecho francés conoce hipótesis de perfecto unilateralismo en cuanto a la iniciativa de la modificación cuyo unilateralismo caracteriza imperfectamente la decisión. Es la hipótesis de modificación del contrato de trabajo o el caso en el que la jurisprudencia, bajo el fundamento de la buena fe, impone a un contratante ofrecer al otro modificar el contrato. Son casos de modificación unilateral del contrato, pero imperfectos.

En tercer lugar, el derecho francés conoce hipótesis de perfecto unilateralismo en cuanto a la iniciativa de la modificación, cuyo unilateralismo caracteriza perfectamente la decisión de modificación: Es el caso de la suspensión de la 'especialización' de los arrendamientos de locales comerciales, o el del deudor de buena fe, quien cumple el objetivo asignado al contrato pero sin tomar exactamente

³¹ Sobre todos estos aspectos, v., J. CARBONNIER, "Introduction", *L'evolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 1985, pp. 29 y ss.

³² Puede observarse en una decisión proferida por la Sala Comercial de la Corte de Casación, del 17 de junio de 1997 (*JCP* 1997, ed. E., II, 1007, nota D. Legeais), una nueva huella de la teoría de las *expectations*. En los hechos, una persona física se constituyó en aval, en beneficio de un banco, de todas las deudas de la sociedad de cuya junta era presidente, por un monto de 20.000.000 francos. Su patrimonio personal era inferior a 4.000.000 de francos y percibía como salario mensual la suma de 37.550 francos. La Corte de Casación dio razón a los jueces de segunda instancia que condenaron al banco al pago de daños y perjuicios por un monto de 15.000.000 de francos, al haberlo encontrado responsable por haber exigido y constituido ese aval, manifiestamente desproporcionado con relación a los recursos del avalista. Haciendo uso de una compensación, este último tuvo que pagar solamente el monto de 5.000.000 de francos. ¿No es esto finalmente lo que el banco podía razonablemente esperar de su deudor?

los caminos contractualmente previstos para lograrlo. Son casos de modificación unilateral del contrato perfectos.

Así las cosas, analizando cuantitativamente todas estas hipótesis de modificación unilateral del contrato, si sumamos los casos imperfectos a los perfectos, se llega a la constatación de que en derecho francés las hipótesis de modificación unilateral continúan siendo muy marginales.