

## CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO EN LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE CONTRATOS\*<sup>1</sup>

ÉRIC SAVAUX

*Professeur émérite de l'Université de Poitiers  
Institut Jean Carbonnier*

### RESUMEN

*La reforma del Código Civil francés en materia de derecho de contratos ha optado por establecer disposiciones transitorias específicas para regular la aplicación en el tiempo de los nuevos preceptos legales. Al no haberse acertado en la ordonnance, se retoma la cuestión cuando se aprueba la ley de ratificación. Este complejo expediente ha permitido evitar la aplicación retroactiva de las principales innovaciones de la reforma. Pero no ha impedido el desarrollo, con relación a otras novedades, de una interpretación jurisprudencial del derecho antiguo a la luz de nuevos artículos que conlleva tal aplicación retroactiva.*

### PALABRAS CLAVE

*Derecho de contratos; recodificación; aplicación en el tiempo; Ordonnance de reforma; Ley de ratificación; disposiciones transitorias; principios generales de derecho transitorio; irretroactividad de la ley nueva; aplicación inmediata de la ley nueva; supervivencia de la ley antigua; aplicación anticipada de la ley nueva; cambio jurisprudencial; retroactividad; Convenio Europeo de Derechos Humanos; derecho a un juicio justo.*

---

\* Fecha de recepción: 26-2-2025. Fecha de aceptación: 8-4-2025.

1. El autor agradece a Ignacio Varela Castro, investigador posdoctoral de la Universidad de Santiago de Compostela, la traducción al español del presente texto escrito inicialmente en francés.

## **TRANSITORY LAW QUESTIONS IN THE FRENCH REFORM OF CONTRACT LAW**

### **ABSTRACT**

*The French reform of contract law opted for specific transitory provisions to control the application over time of the new provisions. Having not gone about it properly in the ordonnance, it returned to the issue on the occasion of the ratification law. This rather complex system allowed it to avoid the retroactive application of the main innovations of the reform. But it does not prevent the development, on many other new aspects, of a jurisprudential interpretation of the old law in the light of the new provisions which leads to such a retroactive application.*

### **KEYWORDS**

*Contract law; recodification; application in time; reform ordonnance; Ratification law; transitory provisions; General principles of transitory law; non-retroactivity of the new law; immediate application of the new law; survival of the old law; anticipated application of the new law; reversal of case law; Retroactivity; European Convention on Human Rights; right to a fair trial.*

## SUMARIO

1. Introducción .....	436
I. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS EN LOS TEXTOS DE REFORMA.....	440
A. Las disposiciones de la <i>ordonnance</i> de 10 de febrero de 2016.....	440
B. Las disposiciones de la ley de 20 de abril de 2018.....	442
II. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS MÁS ALLÁ DE LOS TEXTOS DE REFORMA .....	447
A. Manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva .....	447
B. Justificaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva.....	453
Bibliografía.....	460

## 1. INTRODUCCIÓN

**1. Formulación de la cuestión.** En el caso de una recodificación del derecho de contratos, la importancia de las cuestiones de derecho transitorio depende fundamentalmente de la importancia de las innovaciones que las nuevas previsiones comportan en el fondo: casi nula en el caso de una codificación à *droit constant*, pero, al contrario, crucial en el caso de normas que rompen, en mayor o menor medida, con el derecho anterior. En Francia, por tanto, los interrogantes conciernen esencialmente a la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (c. civ., artículo 1171<sup>2</sup>), la eliminación de las cláusulas que privan a la obligación principal de su sustancia (artículo 1170<sup>3</sup>), la revisión del contrato por imprevisión (artículo 1195<sup>4</sup>), el abuso de situaciones de dependencia (artículo 1143<sup>5</sup>), la reducción del precio (artículo 1223<sup>6</sup>), la sanción por la violación de una promesa unilateral de contrato (artículo 1124<sup>7</sup>), la determinación del precio en los contratos marco y los contratos de prestación de servicio (artículos 1164 y 1165<sup>8</sup>), las *actions interrogatoires* relativas a la existencia de un pacto de

---

2. “Dans un contrat d’adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation”.

3. “Toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”.

4. “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe”.

5. “Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif”.

6. “En cas d’exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s’il n’a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d’en réduire de manière proportionnelle le prix. L’acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d’accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix”.

7. “La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l’autre, le bénéficiaire, le droit d’opter pour la conclusion d’un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n’empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l’existence est nul”.

8. “Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l’une des parties, à charge pour elle d’en motiver le montant en cas de contestation. En cas d’abus dans

preferencia (artículo 1123, párrafos 3 y 4<sup>9</sup>), el alcance del poder de representación convencional (artículo 1158<sup>10</sup>) o el ejercicio de una acción en nulidad (artículo 1183<sup>11</sup>), etc.

Estos interrogantes no presentan ninguna especificidad por el hecho de que estemos ante una recodificación. Desde el punto de vista de derecho transitorio, la ley que recodifica el derecho de contratos es una ley ordinaria que obedece a los principios generales de la aplicación de la ley en el tiempo.

Por el contrario, se debe tener en cuenta la particularidad del procedimiento legislativo adoptado. En el ordenamiento jurídico francés se ha optado por reformar el derecho de obligaciones por *ordonnance*<sup>12</sup>. Ello ha supuesto la sucesión de dos leyes. Por un lado,

---

*la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat*"; *"Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat"*.

9. *"Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat"*.

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

11. *"Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé"*.

12. Sobre el recurso a este procedimiento y las críticas que ha suscitado, v. particularmente, PIMONT, S., "Critique de la méthodologie de la réforme. À propos d'une réécriture aristocratique du droit civil", *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du Titre III du Livre III du Code civil*, (director G. Pignarre), Institut universitaire Varenne, 2016, p. 297; LATINA, M., "Apprécier la réforme", *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, 3, p. 615; HAROUEL, J. L., TEBOUL, G., TOURNAFOND, O., "Le droit des contrats réformé par ordonnance?", *D.*, 2014, 19, chron.1099; DESHAYES, O., "Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères?", *RDC*, 2014, 2, p. 157; GALLET, J. L., "Méthode législative et objectifs: la lecture du Conseil d'État", *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, (directores V. Larribau-Terneyre y S. Pellé), Presses de l'Université de Pau, 2016,

la *ordonnance* propiamente dicha por la que el Gobierno legisla, bajo la habilitación del Parlamento, en un ámbito normalmente regulado por la ley y que contiene el derecho reformado<sup>13</sup>. Por otro lado, la ley de ratificación que permite que los nuevos textos adoptados por el Gobierno adquieran fuerza de ley<sup>14</sup>.

Esto es todavía más importante dado que la ratificación no es necesariamente una ratificación “*sèche*”, como se suele decir; esto es, una mera convalidación de la *ordonnance* a ratificar, sin ninguna modificación de fondo. Con ocasión del procedimiento de ratificación, el Parlamento puede modificar en el fondo los textos resultantes de la *ordonnance*. Esto es precisamente lo que hizo la ley de 20 de abril de 2018 en un número limitado de aspectos. No obstante, estos conciernen a algunas de las cuestiones más discutidas de la reforma: en particular, la definición de los contratos de adhesión y de las cláusulas abusivas. Según el caso, existen, por tanto, dos o tres regímenes a articular: el del Código de 1804, el del Código reformado por la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 y, eventualmente, el del Código re-reformado por la ley de 20 de abril de 2018. En definitiva, se trata de un sistema de destacada complejidad que esperamos que otro reformador evite.

Con todas las precauciones que impone la diferencia entre los derechos nacionales, la experiencia francesa puede probablemente alimentar la reflexión sobre si, en el marco de la recodificación del derecho de contratos, conviene adoptar disposiciones transitorias específicas —y, en caso afirmativo, cuáles— o si, como la Propuesta reformada española sobre la modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023 parece dispuesta a hacer, es mejor no incluir ninguna.

**2. Tratamiento de la cuestión. Plan.** La experiencia francesa muestra que, en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión del derecho transitorio en materia de contratos es esencialmente una cuestión atinente a sus fuentes de origen<sup>15</sup>.

p. 19; FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. vol. 1, L'acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., Lefebvre-Dalloz, 2024, n.º 90 s.

13. *Ord. n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO 11 févr. 2016, Texte n.º 26.

14. *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO, 21 avr. 2018, Texte n.º 1. Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional relativa al valor de las *ordonnances* no ratificadas: AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Université, 19.ª ed., Lefebvre-Dalloz, 2023, n.º 95.

15. En derecho francés, las fuentes de derecho transitorio en general son a grandes rasgos las siguientes. En la ley, en sentido amplio, solo existe un principio muy general de no retroactividad enunciado por el artículo 2 del Código Civil (“*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*”). La restante legislación está provista por las disposiciones transitorias enunciadas, para sus propias disposiciones, por innumerables leyes. Así pues, la mayoría de los principios generales que definen y completan la irretroactividad se derivan de una abundante y compleja jurisprudencia judicial, administrativa, constitucional y europea. V. en particular: AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 108 s.

Teniendo en cuenta la importancia de la cuestión para la seguridad de los contratantes, los reformadores no quisieron dejarla en manos de la jurisprudencia, sino regularla ellos mismos mediante la ley. Como en un primer momento no evitaron el desarrollo de un derecho transitorio jurisprudencial, volvieron sobre la cuestión una segunda vez en la ley de habilitación.

Pero a pesar de estos esfuerzos repetidos, no han podido evitar que se desarrolle un derecho transitorio jurisprudencial que va más allá e incluso en contra de las previsiones del legislador<sup>16</sup>. Esta es la lección más interesante para otros reformadores.

Aparte del derecho transitorio legislativo, el que se encuentra en los textos de reforma (I), es preciso prestar la máxima atención al derecho transitorio jurisprudencial, el cual se sitúa más allá de tales textos (II).

---

16. FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 99 s.

## I. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS EN LOS TEXTOS DE REFORMA

**3. Dos fuentes.** En su origen, la cuestión es abordada por el artículo 9 de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016. El precepto resulta a continuación parcialmente modificado por el artículo 16-III de la ley de 20 de abril de 2018.

### A. Las disposiciones de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016

**4. Principios generales.** La *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 reforma el derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones. En lo que respecta al derecho transitorio, la *ordonnance* enuncia, por una parte, los principios generales y, por otra, las disposiciones propias a los contratos. El sistema presenta *a priori* un gran clasicismo. En sustancia, es el siguiente<sup>17</sup>.

A título de principios generales, la *ordonnance* opta en un primer momento por una *aplicación diferida*, en fecha de 1 de octubre de 2016, justificada por la necesidad de dejar tiempo a los operadores del tráfico económico y jurídico para aprehender los nuevos textos. A partir de tal fecha, la *ordonnance* se aplica *inmediatamente* a todas las situaciones jurídicas comprendidas en ella, tanto en lo que concierne a su formación como sus efectos. Otra disposición general regula la cuestión de los efectos de la reforma sobre los procesos judiciales en curso<sup>18</sup>.

17. Para mayores detalles: BENABENT, A., “La ‘digestion’ de la réforme (entrée en vigueur)”, *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, 3, p. 608; FRANÇOIS, J., “Application dans le temps et incidence de la jurisprudence antérieure à l’ordonnance de réforme du droit des contrats”, *D.*, 2016, p. 506; GAUDEMET, S., “Dits et non-dits sur l’application dans le temps de l’ordonnance du 10 février 2016”, *JCP G*, 2016, n.º 19, p. 559; CHANTEPIE, G. y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, 3.ª ed., Dalloz, 2024, n.ºs 44 s.; DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2.ª ed. 2018, p. 19 s.

18. “Lorsqu’une instance a été introduite avant l’entrée en vigueur de la présente ordonnance, l’action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s’applique également en appel et en cassation” (párrafo 4 del citado artículo 9). Muchos autores consideran el texto enigmático o en gran medida inútil. Sin embargo, se trata de una disposición transitoria *habitual*, particularmente en las leyes que producen grandes reformas. Está destinada a resolver una cuestión delicada que puede suponer una injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia. Declarar inaplicable una ley nueva a los procedimientos incoados antes de su entrada en vigor, incluso pendientes ante tribunales de apelación o la Corte de Casación, impide cualquier denuncia de este tipo. Pero es difícil ver qué disposición del nuevo derecho de obligaciones podría criticarse como una intromisión del Estado en litigios privados. En cambio, por lo que respecta a las normas sobre la prueba, la precisión evita la duda de si el nuevo texto no debe aplicarse inmediatamente como norma procesal.



**5. Reglas relativas a los contratos.** Por lo que específicamente respecta a los *contratos*, el artículo 9 enuncia un principio y una excepción.

El principio figura en el párrafo 2 del artículo 9: “*Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne*”. A *contrario* por supuesto, los contratos celebrados después del 1 de octubre de 2016 se rigen automáticamente por los preceptos resultantes de la *ordonnance*.

Se plantea la cuestión de saber cuál es el exacto alcance del precepto. Muchos ven en este una simple plasmación del principio de *supervivencia de la ley antigua* establecido por la jurisprudencia en materia contractual y en virtud del cual los contratos permanecen sometidos, para sus efectos en curso en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, a las normas que les resultaban aplicables en el momento en que son celebrados<sup>19</sup>. Por el contrario, algunos autores han considerado que va más allá. Mediante una afirmación más firme de la pervivencia de la antigua ley, el texto solo permitiría las excepciones previstas en la propia *ordonnance*. Quedarían excluidas las excepciones tradicionalmente recogidas en la jurisprudencia<sup>20</sup>. El informe al Presidente de la República tiene más bien el carácter de un simple recordatorio<sup>21</sup>, pero su alcance es limitado. El Parlamento, por su parte, considera que el texto no era lo suficientemente claro y quiso zanjar la cuestión mediante la ley de ratificación<sup>22</sup>.

La excepción figura en el párrafo 3 del precepto. Este enumera un cierto número de disposiciones declaradas “*applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance*”, es decir, desde el 1 de octubre de 2016. La *ordonnance* por lo tanto retoma aquí la *aplicación inmediata* de la ley, lo cual no es infrecuente en materia contractual, ya que la pervivencia del derecho antiguo carece de valor constitucional en este ámbito<sup>23</sup>. Ello solo concierne a las *actions interrogatoires* en materia de pacto de preferencia<sup>24</sup>, sobre

19. V. particularmente Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1982, n.º 81-11.539, *Bull. civ.* I, n.º 156; Com. 10 mai 2005, n.º 03-17.618, *Bull. civ.* IV, n.º 100; Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juill. 1979, n.º 77-15.552, *Bull. civ.* III, n.º 149. En ocasiones, las sentencias confunden supervivencia de la ley antigua e irretroactividad. V. por ejemplo, Civ. 3<sup>e</sup>, 21 janv. 1971, n.º 70-10.543, *Bull. civ.* III, n.º 44, *JCP* 1971. II. 16776, note Level. La confusión no presenta consecuencias sobre el plano práctico, pues los dos principios conducen a la no aplicación de las nuevas normas. Pero se asienta sobre un error. La irretroactividad solamente exige no someter los efectos anteriores a la nueva ley, pero no prohíbe modificar los efectos venideros de una situación constituida antes de la ley.

20. DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *op. cit.*, p. 22.

21. Precisa que el párrafo 2 del artículo 9 “*rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle*”, con las excepciones que tradicionalmente lo acompañan. Esta parece ser la intención de los redactores de la *ordonnance*, que los jueces deberían haber tenido en cuenta.

22. V. *infra*, n.º 8.

23. AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 116.

24. Artículo 1223, párrafos 3 y 4: “*Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il*

alcance del poder de representante convencional<sup>25</sup> y en materia de nulidad<sup>26</sup>. Este nuevo mecanismo, destinado a combatir ciertas incertidumbres que podrían afectar a la suerte del contrato, se ha considerado lo suficientemente importante, por la certidumbre que se supone que aporta, como para aplicarse a todos los contratos, incluidos los celebrados antes de la entrada en vigor de la *ordonnance*.

La principal dificultad que este sistema ha suscitado es lo que se conoce como la aplicación por anticipación de la reforma; dicho de otra manera, la sujeción al nuevo derecho de los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016. En un intento de resolver la cuestión, la ley de ratificación modifica el artículo 9 de la *ordonnance*.

## B. Las disposiciones de la ley de 20 de abril de 2018

**6. Entrada en vigor de la ley de ratificación. Principio.** La ley de 20 de abril de 2018 contiene en realidad dos tipos de disposiciones transitorias.

Las primeras conciernen su propia entrada en vigor. Su existencia es más normal que la de las segundas, referidas a las disposiciones transitorias de la *ordonnance*<sup>27</sup>, ya que la ratificación, como se ha indicado, no es total y la ley modifica el fondo de algunas disposiciones de la *ordonnance*. No obstante, acrecientan la complejidad del derecho transitorio de contratos. La ley contiene, una vez más, un principio y excepciones.

El *principio* se enuncia en el artículo 16, I, párrafo 1: la ley entra en vigor el 1 de octubre de 2018. El legislador optó, por tanto, por una *aplicación diferida*, siguiendo el modelo de la *ordonnance*. Sin embargo, mientras que la aplicación diferida de esta última puede haber estado justificada por la importancia de los cambios introducidos en el derecho de obligaciones, los cambios resultantes de la ley de ratificación apenas la justifican<sup>28</sup>.

---

*entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat".*

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

*L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte".*

26. Artículo 1183: "*Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé".*

27. V. *infra*, n.º 8.

28. El artículo 16, I, párrafo 2, enumera a continuación, de forma un tanto inútil porque la solución se deriva del principio del párrafo primero, los preceptos modificados que solo son aplicables a los "*actes juridiques conclus ou établis*" tras su entrada en vigor. La precisión se explica por la voluntad de distinguirlas claramente de los que son objeto de una aplicación retroactiva.

**7. Entrada en vigor de la ley de ratificación (continuación). Excepciones; las normas interpretativas.** La entrada en vigor diferida al 1 de octubre de 2018 se acompaña de excepciones que son de dos tipos.

En primer lugar, el párrafo 3 del citado precepto declara que las modificaciones realizadas en un determinado número de normas tienen un carácter interpretativo. Se trata en particular de las que precisan el daño reparable en caso de *faute* en las negociaciones (artículo 1112, párrafo 2<sup>29</sup>) o de las condiciones del abuso de la situación de dependencia (artículo 1143)<sup>30</sup>. La *ley interpretativa* es una figura bien conocida en el derecho transitorio francés. Se trata de una norma que se limita a “*préciser le sens d’une loi antérieure*”<sup>31</sup>. Este carácter confiere a la disposición en cuestión una *retroactividad natural*, ya que se supone que forma un todo con la ley cuyo sentido revela. En este caso, afirmar que los textos mencionados son declarativos significa que se aplican *al mismo tiempo que la ordonnance* que interpretan, es decir, a partir del 1 de octubre de 2016. Esta afirmación expresa del carácter interpretativo es, en principio, vinculante para el juez.

Pero el proceso es arriesgado, porque los tribunales se han atribuido la facultad de comprobar la realidad de dicho carácter interpretativo para impedir que el legislador oculte de este modo normas retroactivas. Según la Corte de Casación, “*une loi ne peut être considérée comme interprétative qu’autant qu’elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu’une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse*”<sup>32</sup>, o, dicho de otra manera, “*à interpréter (una norma) que sa rédaction avait rendu susceptible de controverses*”<sup>33</sup>.

Ahora bien, la calificación como ley interpretativa no procede de forma manifiesta para determinadas disposiciones que, sin embargo, así han sido calificadas. Es el caso de la limitación de la situación de dependencia, que puede dar lugar a abuso, a la que resulte de la posición de una parte “*à l’égard*” de la otra, mientras que el Gobierno

29. “*En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni (loi du 20 avril 2018) la perte des avantages attendus du contrat non conclu ni la perte de chance d’obtenir ces avantages (Ibid)*”.

30. Para ser completo, hay que añadir los artículos 1165 (sanciones por abuso en la fijación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicio), 1216-3 (condiciones del mantenimiento de las garantías otorgadas por el cedente en la cesión del contrato), 1217 y 1223 (condiciones de la reducción del precio por el acreedor en caso de cumplimiento imperfecto), 1304-4 (momento de la renuncia de una condición), 1305-5 (inoponibilidad del vencimiento del término a los fiadores del deudor), 1327-1 (oponibilidad de la cesión de la deuda al acreedor), 1328-1 (condiciones del mantenimiento de las garantías otorgadas por el deudor en la cesión de la deuda), 1347-6 (oponibilidad de la compensación por la caución) y 1352-4 (alcance de las restituciones debidas por un menor no emancipado o un adulto protegido).

31. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, pref. Gobert, LGDJ, “Bibl. droit privé”, t. 133, 1977.

32. Com. 22 oct. 2002, n.º 00-10.715, *Bull. civ.* IV, n.º 150.

33. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 2005, n.º 04-14.268, *Bull. civ.* I, n.º 365.

pretendía abarcar todas las formas de vulnerabilidad (artículo 1143)<sup>34</sup>. Esto es aún más cierto en el caso de la restricción de la prohibición del cumplimiento en especie desproporcionado en beneficio del deudor de buena fe (artículo 1221)<sup>35</sup>. También el caso de la modificación del artículo 1165 relativa a la determinación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicio. Inicialmente, el juez no tenía el poder para sancionar el abuso de la fijación unilateral del precio por el acreedor, mediante la resolución del contrato (artículo 1165). La adición de esta facultad a la de obtener indemnización por daños y perjuicios, siguiendo el ejemplo de lo que se prevé respecto los contratos marco (artículo 1164), difícilmente puede considerarse como un modo de resolver una simple dificultad de interpretación planteada por la redacción anterior<sup>36</sup>. En los tres casos, se trata de modificaciones sustanciales que no ponen fin a interpretaciones jurisprudenciales divergentes causadas por una redacción imperfecta. Si el juez les denegase el carácter interpretativo indicado en la ley, podría, por tanto, rechazar la aplicación de estas previsiones a partir el 1 de octubre de 2016 y admitirla solo a partir del 1 de octubre de 2018. Por el momento, no hay un ejemplo conocido al respecto en la jurisprudencia.

**8. Entrada en vigor de la ley de ratificación (fin). Excepciones (continuación); la modificación de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016.** La segunda excepción a la entrada en vigor de la ley de ratificación el 1 de octubre de 2018, concierne la modificación que esta realiza en la disposición transitoria de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016.

El párrafo 2 del artículo 9 de la *ordonnance* precisaba un tanto inútilmente<sup>37</sup>, tras el principio enunciado en el párrafo primero, que “*les contrats conclus avant* (el 1 de octubre de 2016) *demeurent soumis à la loi ancienne*”. La ley de ratificación añade “*y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public*”. Esta modificación se declara aplicable a partir del 1 de octubre de 2016, es decir, al mismo tiempo que la propia *ordonnance*. Se trata, por tanto, de una disposición expresamente retroactiva, lo cual es posible. La irretroactividad de la ley carece efectivamente de valor constitucional en materia contractual<sup>38</sup>. No obstante, la admisión de la retroactividad se subordina a un “*motif impérieux d'intérêt général*”<sup>39</sup> cuya existencia podría ser discutida. El objetivo

34. FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 417 s.

35. “*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier*”. V. *Ibid.*, n.º 878 s.

36. *Ibid.*, n.º 502.

37. A menos que se considere que no se trata de una simple reiteración de la jurisprudencia anterior, sino que refuerza el principio de la supervivencia del derecho antiguo. V. *supra*, n.º 5.

38. Cons. const. n.º 119 DC du 22 juill. 1980. En este caso, el legislador tomó esta decisión porque, obviamente, la norma no podía declararse interpretativa.

39. Cons. const., 14 févr. 2014, n.º 2013-366 QPC, *RTD civ.* 2014. 605, obs. Deumier, *RFDA* 2014. 589, note Roblot-Troizier; Ass. plén., 24 janv. 2003, n.º 01-41.757 *Bull. ass. plén.*, n.º 3 (esta resolución admite la intervención retroactiva del legislador para salvaguardar la continuidad del

del legislador es no dejar ninguna laguna temporal, en su poder de control de la aplicación de la ley en el tiempo, contra lo deseado por la jurisprudencia.

**9. Función de la adición de la ley de ratificación.** Esta adición del Parlamento con motivo de la ratificación de la *ordonnance* representa el punto central de la competencia entre la ley y la jurisprudencia por el control del derecho transitorio en materia de contratos. La aplicación del principio de la supervivencia de la ley antigua para los efectos legales y para las disposiciones de orden público está destinada a privar a la jurisprudencia de los medios que ella misma ha inventado para modular la ley antigua en el tiempo.

La jurisprudencia, en efecto, consagra la *aplicación inmediata* de la ley en dos casos. Por un lado, cuando la modificación concierne a lo que ella denomina *los efectos legales del contrato*. La noción no está claramente definida. A grandes rasgos, designa los aspectos del régimen contractual que no se derivan del acuerdo de las partes, sino que resultan de la aplicación de un estatuto especial. Así se ha sostenido, por ejemplo, en relación con los arrendamientos de vivienda, respecto a la devolución de la fianza, en presencia de un artículo de la Ley n.º 2014-366, de 24 de marzo de 2014, para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado (denominada Ley ALUR), pese a estar redactado como el artículo 9 de la *ordonnance*<sup>40</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia también deroga la aplicación de la ley antigua cuando existe *un motivo de orden público particularmente imperioso*. Su existencia se ha reconocido por ejemplo a propósito de la ley de 15 de mayo de 2001 que modifica el artículo L. 441-6 c. com. al sancionar la falta de comunicación del baremo de precio y condiciones de venta por parte de los productores, prestadores de servicio, etc.<sup>41</sup>. En estas dos hipótesis, si la formación del contrato y sus efectos pasados siguen sujetos a la antigua ley, los efectos futuros, es decir, los posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley, se rigen por esta.

Se podía plantear la cuestión, ya sea con relación a una u otra de estas dos excepciones, respecto a disposiciones emblemáticas de la *ordonnance*, como la sanción del abuso de la situación de dependencia, la revisión del contrato por imprevisión, la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, etc. Al entender que tales disposiciones conciernen los efectos legales del contrato o que la modificación de la ley se basa en un motivo de orden público particularmente imperioso, los jueces podrían

---

servicio público sanitario y de protección social v. también Ass. plén., 23 janv. 2004, n.º 03-13.617, *Bull. ass. plén.*, n.º 2, D. 2004. 1108, note Gautier, *RTD civ.* 2004. 603, obs. Deumier, 2004. 341, obs. Théry et 2004. 371, obs. Raynard, *JCP G* 2004. II. 10030, note Billiau.

40. Civ. 3º, 17 nov. 2016, n.º 15-24.552, *publié au Bulletin*, *RTD civ.* 2017. 118, obs. Barbier, *AJDI* 2017. 281, obs. Damas, *RDC* 2017/1. 67, obs. Seube; v. igualmente avis, 16 févr. 2015, n.º 14-70.011, D. 2015, *AJDI* 2015. 608, obs. Damas, *RTD civ.* 2015. 569, obs. Deumier.

41. Com., 3 mars 2009, n.º 07-16.527, *Bull. civ.* IV, n.º 31, CCC 2009. Comm. 156, obs. Leveneur (por el contrario, basando la aplicación inmediata en el mero carácter de orden público del texto, tradicionalmente insuficiente: Civ. 3º, 9 févr. 2017, n.º 16-10.350, *publié au Bulletin*, D. 2017. 1107, note Casu, *RDC* 2017/2. 227, obs. Laithier (sobre el artículo L. 145-7-1 c. com. Resultante de la ley de 2 de julio de 2009 sobre las condiciones de resolución de los contratos de arrendamientos comerciales).

haber decidido que una y/u otra excepción se aplica(n), a partir del 1 de octubre de 2016, a los contratos celebrados antes de esta fecha. Para evitar esta aplicación inmediata, cuando no en algunos casos incluso retroactiva, el Parlamento modifica el artículo 9 de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 en el sentido ya expuesto.

En síntesis, se trata del sistema un tanto complicado y puesto en marcha por el legislador en dos etapas para controlar la aplicación de la reforma en el tiempo. Sin embargo, no lo ha conseguido del todo, tal y como lo demuestra, más allá de los textos de reforma, el derecho transitorio jurisprudencial.

## II. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS MÁS ALLÁ DE LOS TEXTOS DE REFORMA

**10. Presentación general.** Al analizar la jurisprudencia, se tiene rápidamente la impresión de que el legislador ha fracasado parcialmente en su intento de controlar la aplicación en el tiempo de la reforma del derecho contractual. No obstante, para evitar malentendidos sobre el alcance del fenómeno, es preciso aclarar en primer lugar dos puntos.

Por un lado, ello no significa evidentemente que los jueces deciden de manera general en contra de lo dispuesto por la ley. Cuantitativamente, las decisiones que aplican el derecho transitorio elaborado por la *ordonnance* y la ley de ratificación son infinitamente más numerosas que aquellas que se alejan de aquel. Ello se constata particularmente con relación a determinadas innovaciones de trascendencia, como la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la revisión del contrato cuyo cumplimiento deviene excesivamente oneroso<sup>42</sup>.

Por otro lado, la derogación de los principios enunciados por el legislador presenta un sentido único. No existe decisión alguna que haya rechazado aplicar los nuevos textos al contrato celebrado tras la entrada en vigor de los textos en cuestión. Por el contrario, hay numerosas decisiones que los aplican a contratos celebrados antes de la reforma y que deberían, por tanto, quedar sometidos a la ley antigua. Se trata de una aplicación que se remonta en el tiempo, lo que la doctrina denomina *aplicación anticipada*, que el legislador no podía prevenir. De hecho, se trata de una *aplicación retroactiva*, más o menos criticable según los casos.

Cabe analizarlo presentando, en primer lugar, las manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva (A) y, a continuación, su justificación (B).

### A. Manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva

**11. Diversidad.** Las aplicaciones jurisprudenciales que se denominan “anticipadas” de la reforma, pero que en realidad son retroactivas, son diversas. En la forma, en ocasiones son explícitas, cuando las resoluciones evocan en sus fundamentos los textos nuevos o la evolución del derecho de obligaciones en general, o, lo más habitual, implícitas cuando se inspiran directamente en el nuevo derecho, pero sin decirlo<sup>43</sup>. En el fondo, son más o menos conciliables con el derecho anterior, dependiendo de si la solución nueva que consagran lo contradice en mayor o menor medida.

42. V. *infra*, n.º 15.

43. Para un ejemplo de este segundo tipo: Civ. 3º, 23 juin 2021, n.º 20-17.554, *publié au Bulletin*, D. 2021. 1574, obs. Molina, *RTD civ.* 2021. 630, obs. Barbier, *JCP G* 2021, doct. 787, obs. Loiseau et 858, obs. Najjar.

No atenderemos, como línea de principio, a estos criterios para presentarlas, sino que adoptaremos un orden cronológico. Ello es preferible en la medida en que permite observar que, después de haber sido algo dubitativa, la Corte de Casación se inclina ahora cada vez más a menudo en favor de la aplicación del derecho nuevo a situaciones normalmente sujetas al derecho antiguo por la vía de una interpretación de este último a la luz de los nuevos textos.

**12. Anterioridad del fenómeno a la entrada en vigor de las nuevas normas.** Antes de precisamente examinar este fenómeno, y de nuevo en términos de cronología, hay que señalar que la influencia del nuevo derecho de obligaciones sobre el antiguo se manifestó, desde la adopción de la *ordonnance* por la que se reformó el derecho de contratos, incluso antes de que esta entrase en vigor.

Así, en una sentencia de 20 de marzo de 2016, la sala de lo mercantil, cambiando de jurisprudencia, sentenció, como las otras salas de la Corte de Casación, que la cesión de un bien (en este caso, títulos de sociedad) por un precio irrisorio está sancionada por la nulidad relativa y no la absoluta<sup>44</sup>. Para tal decisión, se basó, sin evocarlo expresamente, en el criterio de calificación de nulidades enunciado en el nuevo artículo 1179 del Código Civil<sup>45</sup>.

**13. Evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación. Primera etapa.** Tras la entrada en vigor de la *ordonnance*, se acentúa la influencia del nuevo derecho sobre el antiguo en la jurisprudencia de la Corte de Casación, pero en dos fases.

Inicialmente, la Corte se pronuncia de forma diferente en función de si el derecho anterior, que se trataba de derecho jurisprudencial, era incierto o no.

Cuando dudaba sobre la solución aplicable, la Corte ha interpretado el derecho antiguo a la luz de los nuevos textos que aportan elementos de clarificación. En varias sentencias, ha considerado que la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 conduce a apreciar y aplicar de forma diferente el derecho anterior. Así lo ha hecho para decidir el carácter relativo o absoluto de la nulidad del mandato de agencia inmobiliaria por irregularidad en la forma. Operando un cambio de jurisprudencia, una sala mixta ha considerado que la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 conduce a apreciar de forma diferente el objetivo perseguido por las disposiciones relativas a los requisitos formales que debe respetar el mandato. De ahí ha deducido que la sola finalidad de protección del mandante en sus relaciones con el mandatario que contemplan las formalidades conduce a decidir que su incumplimiento debe sancionarse con la nulidad

44. Com. 20 mars 2016, n.º 14-14.218, publié au Bulletin, *RTD civ.* 2016. 343, obs. Barbier, D. 2017. 375, obs. Mekki, *JCP G* 2016, doctr. 797, obs. Serinet, *Dr. sociétés* 2016, n.º 17, comm. 120, obs. Mortier, *RDC* 2016/3. 435, obs. Laithier et 481, obs. Sautonie-Laguionie et Wicker.

45. “La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé”.



relativa<sup>46</sup>. De la misma manera, ha calificado una *promesse d'embauche* como oferta de contrato de trabajo y no como promesa de contrato, sobre la base de criterios derivados de la evolución del derecho de obligaciones<sup>47</sup>.

Por el contrario, cuando el derecho anterior estaba claramente determinado, la Corte ha rechazado aplicar a los antiguos contratos los nuevos textos que lo contradicen. Así lo ha hecho manteniendo su jurisprudencia muy controvertida, pero firme, que rechaza sancionar la revocación irregular de la promesa unilateral de compraventa mediante la formación del contrato, jurisprudencia que no obstante rechaza el nuevo artículo 1124 del Código Civil<sup>48</sup>. Independientemente de lo que se piense del fondo de la sanción, desde el punto de vista del derecho transitorio, la solución era adecuada. Respondía al deseo de moderación y a las preocupaciones expresadas por los parlamentarios durante el debate de la ley de ratificación sobre una aplicación judicial retroactiva de la *ordonnance*<sup>49</sup>.

**14. Evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación (continuación). Segunda etapa.** Pero la tercera sala de lo civil finalmente abandona su jurisprudencia clásica, criticada pero firme, mediante una sentencia de 23 de junio de 2021. Aprueba la decisión de los tribunales de instancia según la cual la revocación del promitente no constituye una circunstancia que impida la formación de la compraventa, tal y como prescribe el nuevo artículo 1124<sup>50</sup>. Siempre desde un punto de vista de derecho transitorio, para los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016, se trata de un cambio contrario a las previsiones de los contratantes y de una aplicación retroactiva del precepto disimulada.

Esta decisión representa un punto de inflexión en el derecho transitorio jurisprudencial porque, a partir de esa fecha, la Corte de Casación ha aplicado cada vez más textos antiguos a la luz de la evolución del derecho de obligaciones, sin tener en cuenta la

46. Ch. mixte 24 févr. 2017, n.º 15-20.411, *publié au Bulletin*, D. 2017. 793, obs. Fauvarque-Cosson, D. 2018. 371, obs. Mekki, *AJ contrat* 2017. 175, obs. Houtcieff, *RDC* 2017/3. 415, obs. Genicon, *RTD civ.* 2017. 377, obs. Barbier. v. igualmente Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2017, n.º 16-12.906, *publié au Bulletin*, *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier.

47. Soc. 21 sept. 2017, n.º 16-20.103 et n.º 16-20.104, *publié au Bulletin*, D. 2017. 2007, obs. D. Mazeaud, D. 2018. 371. obs. Mekki, *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier, *JCP G* 2017. 1238, note Molfessis et 1269, obs. Loiseau; *Dr. soc.* 2018. 170, obs. Vatinet. Reafirmando la solución: Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, *inédit*, *JCP G* 2024, doct. 277, obs. Loiseau.

48. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 déc. 2018, n.º 17-21.170 et 17-21.171, D. 2019. 298, avis Brun et 301, obs. Mekki, *RTD civ.* 2019. 317 obs. Barbier, *RDC* 2019/1. 22, obs. Laithier, *CCC* 2019, n.º 3, comm. 39, obs. Leveneur, *JCP E* 2019. 1109, obs. Mainguy.

49. PILLET, F., *Rapport présenté au nom de la commission des lois avant l'examen en première lecture du projet de loi de ratification*, 11 oct. 2017, p. 24.

50. La sentencia añade que habían “*exactement déduit que, les consentements des parties s’étant rencontrés lors de la levée de l’option par les bénéficiaires, la vente était parfaite*”: Civ. 3<sup>e</sup>, 23 juin 2021, n.º 20-17.554, *publié au Bulletin*, D. 2021. 1574, obs. Molina, *RTD civ.* 2021. 630, obs. Barbier, *JCP G* 2021, doct. 787, obs. Loiseau et 858, obs. Najjar, préc.

incertidumbre que podía o no haber afectado al derecho anterior. En lo sucesivo, esto la ha llevado a adoptar soluciones que contradicen directamente principios que antes se habían afirmado con firmeza.

**15. Islotes de resistencia a la aplicación jurisprudencial retroactiva.** Antes de examinar las manifestaciones más recientes y flagrantes de la aplicación jurisprudencial retroactiva del derecho de contratos reformado, hay que precisar que hay cuestiones que se resisten a ella. Estas conciernen precisamente a algunas de las mayores innovaciones de la *ordonnance* de las que el legislador quería evitar su aplicación retroactiva. Desde este punto de vista, cabe señalar que los jueces siguen tales directivas y que, sobre estas cuestiones, la ley ha conseguido alcanzar su objetivo de controlar el derecho transitorio de contratos.

Así, los jueces de instancia descartan de forma abrumadora la aplicación a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* del nuevo artículo 1171, que considera no escritas las cláusulas que crean un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de adhesión<sup>51</sup>. También se fijan en si el contrato se celebró antes o después del 1 de octubre de 2018 para aplicar la definición original o corregida de contrato de adhesión<sup>52</sup>.

También rechazan aplicar a los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016 el nuevo procedimiento de adaptación del contrato en caso de cumplimiento excesivamente oneroso a causa de un cambio imprevisible de las circunstancias (artículo 1195). Tal rechazo se ha manifestado particularmente con ocasión de la crisis sanitaria causada por el covid-19. Algunos profesionales que tuvieron que cerrar sus establecimientos, debido a las decisiones administrativas adoptadas durante la epidemia, intentaron conseguir la reducción de las rentas de los arrendamientos comerciales celebrados antes del 1 de octubre de 2016 sugiriendo a los jueces interpretar el antiguo artículo 1134 a la luz de la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance*. Los jueces de instancia rechazaron esta aplicación anticipada del artículo 1195, calificándola algunos con razón de aplicación retroactiva con el pretexto de interpretar la antigua ley a la luz de la nueva<sup>53</sup>. Este rechazo también se manifestó fuera del contexto de la epidemia del Coronavirus, en relación con un préstamo en divisa extranjera, reembolsable en euros, celebrado antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* y cuyo coste de reembolso había aumentado considerablemente como

51. CHANTEPIE G. y LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations*, 3<sup>e</sup> ed., Dalloz, 2024, n.º 449-2 y las decisiones citadas.

52. V. por ejemplo: Paris, Pòle 5, ch. 3, n.º 20/02499, que se basa en la ausencia de condiciones particulares para concluir que se trata de condiciones generales “*au sens de l'article 1171 en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016*”.

53. TJ Paris, 1<sup>re</sup> ch. 2<sup>e</sup> sec., 21 mars 2024, n.º 21/00742, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 15, 2, obs. Houtcief.

consecuencia de la variación del tipo de cambio<sup>54</sup> y de un mercado de construcción à *fortait* perturbado por el considerable aumento del coste de obra<sup>55</sup>.

**16. Alcance de la aplicación jurisprudencial retroactiva.** Pero fuera de estas materias sobre las que los reformadores tomaron claramente partido, nada parece realmente resistirse a la aplicación jurisprudencial retroactiva del nuevo derecho de contratos.

En primer lugar, hay que señalar que la nueva sanción por revocación irregular de una promesa unilateral de contrato se generalizó en la jurisprudencia después de que la Sala de lo Mercantil adoptara la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Civil en sentencia de 15 de marzo de 2023<sup>56</sup>. Se trata de una decisión importante, sobre la que volveremos al analizar las justificaciones de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia<sup>57</sup>.

Más allá de esta cuestión emblemática, la Corte de Casación aplica la antigua ley, a la luz de la nueva, con relación a otras cuestiones. Sin decirlo y, a diferencia de otros casos, sin invocar expresamente cambios en el derecho de obligaciones, la Corte de Casación ha aplicado anticipadamente la nueva sanción de la perpetuidad<sup>58</sup> a un contrato celebrado antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016<sup>59</sup>. Procediendo del mismo modo, la Sala de lo Mercantil ha aplicado anticipadamente el nuevo artículo 1157, que prevé de manera general la sanción por abuso de poder, a un mandato regido por la antigua ley<sup>60</sup>.

**17. Manifestación extrema de la aplicación jurisprudencial retroactiva.** La manifestación más espectacular y una de las más criticables se refiere a una innovación muy controvertida de la *ordonnance*: la exclusión del cumplimiento *in natura* en caso de desproporción manifiesta entre su coste para el deudor de buena fe y su interés para el acreedor (artículo 1221).

54. Paris, 9 mai 2019, n.º 17/04789, *Gaz. Pal.* 2019, n.º 31. 21, obs. Houtcieff.

55. Paris, p. 4, ch. 6, 4 juin 2021, n.º 19/10047, *Gaz. Pal.* 2021, n.º 31. 25, obs. Houtcieff.

56. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, *publié au Bulletin, D.* 2023. 985, note Tisseyre, *RTD civ.* 2023. 345, obs. Barbier, *JCP G* 2023, act. 671, note Traullé, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 15, 2, obs. Houtcieff et 18, note François, *Rev. soc.* 2023, 517, note Pillet.

57. *V. infra*, n.º 20.

58. La posibilidad para cada contratante de poner fin al contrato en las condiciones previstas para los contratos de duración indeterminada (artículo 1210, párrafo 2).

59. Com. 21 sept. 2022, n.º 20-16.994, *publié au Bulletin, D.* 2023. 254, obs. Mekki, *RTD civ.* 2022. 879, obs. Barbier, *JCP G* 2022, doct. 1292, note Schiller et doct. 1426, obs. Loiseau, *RDC* 2023/1. 54, obs. Hamelin.

60. Com. 29 mars 2023, n.º 22-10.001, *publié au Bulletin, RDC* 2023/3. 14, obs. Pellet. La sentencia considera que resulta del artículo 1998 del Código Civil —que, sin embargo, no dice absolutamente nada sobre el abuso de poder— “*que, même lorsque le mandataire détourne ses pouvoirs au détriment du mandant, les engagements pris par le mandataire à l'égard d'un tiers obligent le mandant, sauf si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer*”. Es lo que precisamente resulta del nuevo artículo 1157.

El litigio se refiere a acciones de demolición/reconstrucción de edificios interpuestas por propietarios de inmuebles ante obras defectuosas. Inicialmente, la Corte de Casación no parecía dispuesta a cambiar su jurisprudencia, que consistía en ordenar la medida, independientemente del alcance de los defectos<sup>61</sup>. Pero en dos sentencias de 13 de julio de 2022, aplica el artículo 1221 sin decirlo<sup>62</sup>. En un caso regulado por la antigua ley, aprueba la desestimación por los tribunales de instancia de una solicitud de demolición de un edificio construido infringiendo el pliego de condiciones de una zona residencial y en su lugar concede una indemnización por daños y perjuicios. Considera que se pudo proceder así tras estimar que era totalmente desproporcionado exigir la demolición de un bloque de viviendas con el único fin de evitar a los propietarios de un chalé las molestias de esta vecindad, cuando el edificio había sido construido conforme a lo dispuesto en el régimen de parcelación y no causaba ninguna pérdida de vista o de perspectiva. El tribunal de apelación destacó así la existencia de una desproporción manifiesta entre el coste de la demolición para el deudor y su interés para los acreedores. La fórmula es exactamente la del artículo 1221, que inspiró la decisión. Es tanto más notable, y lamentable, cuanto que operando un cambio de orientación<sup>63</sup>, constituye en realidad una aplicación *retroactiva* del citado precepto. Esto es contrario a la voluntad del legislador y compromete las expectativas de las partes contratantes.

Sin embargo, la solución es confirmada y ampliada por una sentencia de 6 de julio de 2023 que aplica el antiguo artículo 1184, que no mencionaba la cuestión en absoluto, del mismo modo que el nuevo artículo 1221. La Corte estima, en forma de principio que *“le juge saisi d’une demande de démolition-reconstruction d’un ouvrage en raison des non-conformités qui l’affectent, que celle-ci soit présentée au titre d’une demande d’exécution forcée sur le fondement de l’article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 ou, depuis la date d’entrée en vigueur de cette ordonnance, sur le fondement de l’article 1221 du même code, ou sous le couvert d’une demande en réparation à hauteur du coût de la démolition-reconstruction, doit rechercher, si cela lui est demandé, s’il n’existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées”*<sup>64</sup>.

61. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mars 2021, n.º 19-24.176, inédit, JCP G 2021, n. 28. 787, obs. Grosser. La tercera sala de lo civil invoca la violación del antiguo artículo 1184 para casar una decisión que había rechazado la solicitud de demolición-reconstrucción de una casa y de una piscina alegando que las obras se habían realizado conforme a la *lex artis*, aunque se había modificado el proceso de construcción, y que la sustitución de materiales no presentaba ningún inconveniente, mientras que, según la Corte de Casación, las obras no se ajustaban a las estipulaciones contractuales.

62. Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juil. 2022, n.º 21-16.407 et 21-16.408, publiés au Bulletin, D. 2022. 1647, obs. Genicon, D. 2023. 254, obs. Boffa, JCP G 2022, doct. 1426, obs. Grosser, RDC 2022/4. 10, obs. Dournaux.

63. Aunque la Corte invoque un precedente que auguraba cierta cabida a la proporcionalidad: 3<sup>e</sup> Civ., 21 janv. 2016, n.º 15-10.566, Bull. civ. III, n.º 14. V. la jurisprudencia citada ss n.º 765.

64. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2023, n.º 22-10.884, publié au Bulletin, D. 2023. 1843, note Cormier, D. 2024. 275, obs. Mekki, RTD civ. 2023. 622, obs. Barbier, JCP G 2024, doct. 783, obs. Bloch, RDC 2023/4. 14, note Dournaux, Gaz. Pal. 2023, n.º 26, 5, obs. Houtcieff, CCC 2023. Comm. 164, obs. Leveneur.

Por obra de la Corte de Casación, no solo las acciones para exigir el cumplimiento de los contratos regulados por la antigua ley, sino también las acciones de indemnización de daños y perjuicios para compensar la pérdida causada por el incumplimiento<sup>65</sup> están sujetas, por tanto, de manera muy cuestionable, a la excepción de desproporción manifiesta introducida, solo para los contratos celebrados después de su entrada en vigor y solo para la pretensión de cumplimiento, por la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016.

Queda por ver qué puede justificar tal postura de la Corte de Casación.

## B. Justificaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva

**18. La evolución del derecho de obligaciones.** Raramente se ofrecen las justificaciones de la aplicación retroactiva del nuevo derecho de contratos porque, como hemos visto, suele estar implícita. Se encuentran en las pocas sentencias en las que es explícita y, en particular, en aquellas que han utilizado la motivación desarrollada para apoyar su decisión. Estas justificaciones son escasas.

La primera, sistemáticamente invocada y claramente enunciada, es que la evolución del derecho de obligaciones obliga a reconsiderar el derecho anterior<sup>66</sup>. Subyace la idea del progreso del derecho, la suposición de que el derecho de hoy es mejor que el de ayer y que, por lo tanto, convendría garantizar que el derecho reformado tenga un ámbito de aplicación temporal lo más amplio posible. Se trata de un argumento débil, genérico y peligroso. En general, no es seguro, aunque este sea el objetivo perseguido en general, que las nuevas normas sean más útiles o más justas que las antiguas, sobre todo para situaciones creadas en un momento en que no existían. Esto es aún más cierto en asuntos contractuales, donde están en juego intereses privados y una modificación de la ley suele beneficiar a una de las partes contratantes en litigio en detrimento de la otra. Más concretamente, el argumento puede conducir a cambios en las normas y soluciones a raíz de curiosos análisis, tanto desde el punto de vista de derecho sustantivo como del de derecho transitorio<sup>67</sup>.

Respecto al primer punto, podemos citar esta reciente decisión de la sala de lo social que considera que *“il résulte des articles 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, et L. 1221-1 du code du travail que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une*

65. Sin embargo, esta solución no se aplica cuando el demandante actúa sobre la base de la responsabilidad extracontractual.: Civ. 3º, 4 avr. 2024, n.º 22-21.132, *publié au Bulletin, JCP G* 2024, act. 653, note Borghetti, *RC Ass.* 2024, comm. 138, note Vitale que considera, basándose particularmente en el principio de reparación integral, que *“en matière extracontractuelle, les juges du fond ne peuvent apprécier la réparation due à la victime au regard du caractère disproportionné de son coût pour le responsable du dommage”*.

66. Se invoca en particular por: Ch. mixte, 27 févr. 2017, n.º 15-20.411 préc.; Soc. 21 sept. 2017, n.º 16-20.103 et n.º 16-20.104, préc.; Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, *inédit*; Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, préc.

67. Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, préc.

*partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire*". Todos sabemos que el antiguo artículo 1134 establecía que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi". En cuanto al artículo L. 1221-1 del Código de Trabajo, prevé que "le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter". Hace falta mucha imaginación para llegar a una definición de promesa unilateral de contrato de trabajo en realidad directamente inspirada en la definición de promesa unilateral de contrato establecida en el nuevo artículo 1124 párrafo primero.

Por lo que se refiere al derecho transitorio, nos atendremos a la motivación de la sentencia de la sala de lo mercantil de 15 de marzo de 2023 que considera que " *si, conformément à son article 9, les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont applicables qu'aux contrats souscrits postérieurement à son entrée en vigueur, il apparaît nécessaire, compte tenu de l'évolution du droit des obligations, de modifier la jurisprudence de la Cour pour juger, désormais, à l'instar de la troisième chambre civile (3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n.º 20-17.554, publié au Bulletin; 3e Civ., 20 octobre 2021, pourvoi n.º 20-18.514, publié au Bulletin), que le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès cette promesse et ne peut pas se rétracter, même avant l'ouverture du délai d'option offert au bénéficiaire, sauf stipulation contraire*<sup>68</sup>".

La alusión al artículo 9 de la *ordonnance* es una concesión puramente formal a la voluntad del legislador, ya que no impide que la nueva sanción para la revocación se aplique a un contrato celebrado antes de su entrada en vigor.

**19. Igualdad de trato de los litigantes.** La segunda justificación para la aplicación jurisprudencial retroactiva del derecho de contratos reformado es implícita y mucho menos frecuente, como si el desarrollo del derecho de obligaciones pudiera servir para todo. Surge de la citada sentencia de la sala tercera de lo civil de 6 de julio de 2023<sup>69</sup> y radica en el carácter injustificado de la diferencia de trato entre partes que se encuentran en una situación similar.

Formalmente, el argumento solo se desarrolla desde un punto de vista sustantivo, en relación con el constructor responsable de defectos de construcción, que se enfrenta bien a una acción de cumplimiento en forma de demolición/reconstrucción, bien a una reclamación de daños y perjuicios. La Corte estima: "10. *En l'état de la jurisprudence, la demande de démolition et de reconstruction peut faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité lorsqu'elle est formée au titre de l'exécution forcée ou en nature du*

68. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, *préc.*

69. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2023, n.º 22-10.884, *publié au Bulletin*, D. 2023. 1843, note Cormier, D. 2024. 275, obs. Mekki, *RTD civ.* 2023. 622, obs. Barbier, *JCP G* 2024, doct. 783, obs. Bloch, *RDC* 2023/4. 14, note Dournaux, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 26, 5, obs. Houtcieff, *CCC* 2023. Comm. 164, obs. Leveneur.

*contrat, tandis que si elle est présentée sous le couvert d'une demande de dommages-intérêts d'un montant égal à celui de la démolition et de la reconstruction, le juge saisi, qui apprécie souverainement les modalités de réparation et leur coût, n'est pas tenu à un tel contrôle. 11. La différence de traitement qui en résulte, tant au regard des droits et obligations des parties placées dans une situation semblable qu'en ce qui concerne l'office du juge, n'apparaît pas justifiée”.*

Pero a la vista de la amalgama que la sentencia realiza entre el derecho antiguo y el Código Civil reformado, cabe pensar, sin excesiva extrapolación, que en el argumento subyace también la aplicación retroactiva del rechazo de la pretensión de cumplimiento en caso de coste manifiestamente desproporcionado. En efecto, continua señalando la sentencia: “12. Il résulte des considérations qui précèdent que le juge saisi d'une demande de démolition-reconstruction d'un ouvrage en raison des non-conformités qui l'affectent, que celle-ci soit présentée au titre d'une demande d'exécution forcée sur le fondement de l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 ou, depuis la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, sur le fondement de l'article 1221 du même code, ou sous le couvert d'une demande en réparation à hauteur du coût de la démolition-reconstruction, doit rechercher, si cela lui est demandé, s'il n'existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées”. El artículo 1184 disponía: “La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts”. Nada en el artículo 1184 restringía la posibilidad de que el acreedor obtuviera el cumplimiento de la prestación e incluir en el precepto la excepción de desproporción manifiesta resulta evidentemente forzado.

¿Lo justifica la igualdad de trato “des parties placées dans une situation semblable”, como dice la Corte de Casación? Es dudoso. En primer lugar, significa considerar la cuestión desde el punto de vista de una sola de las partes contratantes, y no desde el de la otra o desde un punto de vista general. Así, en este caso, se toma en consideración la situación del constructor responsable de los defectos de construcción, no la del propietario del inmueble. Además, para considerar que las situaciones son similares, es necesario prescindir del estado del derecho, que precisamente no es el mismo antes y después de la entrada en vigor de los nuevos textos y en el que se basan las partes contratantes.

**20. Inanidad de las objeciones basadas en la legislación europea sobre derechos humanos.** Como no parece haber nada en el derecho francés que limite la aplicación jurisprudencia retroactiva de la reforma del derecho de contratos cuando no choca con la voluntad firme del legislador, algunos litigantes han tenido la idea de apoyarse en el derecho europeo sobre derechos humanos para limitarla.

En el asunto que da lugar a la citada sentencia de la sala de lo mercantil de 15 de marzo de 2023<sup>70</sup>, el demandado en casación invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los litigantes para que no se aplique en el caso de autos la nueva sanción ante la revocación irregular de una promesa unilateral de contrato. Más concretamente, alega que el cambio de jurisprudencia que la sala de lo mercantil efectúa mediante la sentencia, consistente en sostener, como ahora hace la sala tercera de lo civil, que el promitente que suscribe una promesa unilateral de compraventa queda definitivamente obligado a vender desde el momento de dicho compromiso y no puede retractarse, ni siquiera antes de que haya comenzado el plazo de opción ofrecido al beneficiario, salvo estipulación en contrario, no puede aplicarse inmediatamente al presente litigio sin menoscabar injustificada y desproporcionadamente el principio de seguridad jurídica y el derecho a un proceso justo<sup>71</sup>. El demandado, por lo tanto, no contesta sobre el fondo el cambio de jurisprudencia. Solo critica su aplicación inmediata al litigio en curso, entendiendo que solo era posible, en atención a la seguridad jurídica, su aplicación a litigios futuros; dicho con otras palabras, lo que se denomina un cambio jurisprudencial para el avenir<sup>72</sup>. Lo hacía basándose no en los principios del derecho transitorio francés, sino en los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades fundamentales.

Siguiendo la orientación tomada por la Corte de Casación después de varios años, la sala de lo mercantil acepta someter el cambio que se propone operar a este control convencional. Lo hace basándose naturalmente, primero, en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita y que permiten precisar el alcance de los derechos invocados. De ahí resulta que las exigencias de la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima de los justiciables no consagran el derecho a una jurisprudencia constante, *“une évolution de jurisprudence n’(étant) pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dans la mesure où l’absence d’une approche dynamique et évolutive serait susceptible d’entraver tout changement ou amélioration”*. Considera que, en el caso de autos, el promitente no puede prevalerse de un derecho definitivamente adquirido, en la medida en que la sentencia del tribunal de apelación que rechaza la demanda de ejecución *in natura* de la compraventa era susceptible de un recurso en casación según las formas y plazos previstos por el Código sobre el proceso

70. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, publié au Bulletin, préc. V. *supra*, n.º 15.

71. También invocó una infracción similar del derecho de propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 del Convenio.

La Corte lo desestimó alegando que el promitente que se había retractado ilícitamente no tiene un crédito exigible en este caso, en la medida en que la sentencia de la corte de apelación que solo le había condenado al pago de daños y perjuicios no había devenido firme. Tampoco tiene *“une ‘espérance légitime’ de ne pas être condamné à l’exécution forcée du contrat, compte tenu de la controverse qui existait sur la jurisprudence antérieure et de la réforme du droit des contrats qui y a mis fin pour l’avenir”*. Para el futuro, en efecto, y no para el pasado, se tiene la tentación de observar...

72. Sobre esta figura y, en general, sobre la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, v. AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 180 s.



civil. Añade que el nuevo estado del derecho, resultante del cambio de la tercera sala de lo civil, no era imprevisible en el día en que el beneficiario de la promesa presentó su recurso. Una gran mayoría de la doctrina sostenía esta opinión mucho antes de la celebración de la promesa. La reforma del derecho de contratos, realizada con anterioridad a la retractación, y que pone fin a esta para los contratos celebrados tras su entrada en vigor, confirma las dudas preexistentes en cuanto al correcto fundamento, y por tanto, al mantenimiento, de la jurisprudencia anterior. Así, concluye la sala de lo mercantil que el cambio que realiza mediante su sentencia no tiene por efecto privar, incluso retroactivamente, al promitente de su derecho a un proceso justo.

Añade que las consecuencias para el promitente de este cambio jurisprudencial no parecen desproporcionadas dado que, conforme a la jurisprudencia anterior, este habría debido de indemnizar los daños y perjuicios para reparar el perjuicio causado por su *faute*, mediante un montante destinado a situar, en la medida de lo posible, al beneficiario en la situación que se habría encontrado si el promitente no se hubiese retractado de forma ilícita. Precisa la Corte además que si el promitente percibe como una injusticia el hecho de que el beneficiario gane el caso, esta situación es inherente a todo cambio de solución jurídica y que la aplicación del cambio tiene como sola consecuencia el sujetar al primero, más que al segundo, a las consecuencias de su revocación ilícita al imponérsele ceder sus títulos para respetar sus compromisos.

**21. Apreciación crítica.** La decisión y su motivación precisarían, en sí, un estudio en profundidad que no puede llevarse aquí a cabo y que, por suerte, no es indispensable, al tratarse únicamente de una pieza entre otras sobre la cuestión que tratamos. Desde el punto de vista más general que ahora nos interesa sobre el derecho transitorio de contratos, cabe formular, no obstante, las siguientes breves observaciones.

La decisión parece poco discutible, en lo que respecta al derecho europeo sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte de Casación, así como en lo que respecta a los principios sobre los que se funda al tratarse de una evolución de la jurisprudencia. Pero la aplicación concreta de cada uno de los argumentos mencionados suscita importantes reservas.

En primer lugar, respecto a los motivos de la ausencia de contravención al derecho a un proceso justo. Fundar la previsibilidad del nuevo estado del derecho sobre las críticas doctrinales dirigidas contra la jurisprudencia anterior supone otorgar un rol y una importancia a la doctrina que la Corte de Casación no acostumbra a hacer. Sobre todo, supone olvidar que, durante años, la Corte ha mantenido firmemente su jurisprudencia contra estas críticas, pudiendo así dar base para una creencia legítima sobre su perdurabilidad. Siguiendo con esta objeción, cabe admitir que el nuevo derecho de contratos, que se aparta de la jurisprudencia, refuerza las dudas sobre su correcto fundamento, pero no sobre el mantenimiento de la jurisprudencia. En todo caso, no sobre su mantenimiento tal y como la Corte lo entiende. Por supuesto, tras la entrada en vigor de la *ordonnance*, esta no puede mantener su jurisprudencia anterior, que sería entonces claramente *contra legem*. Pero esto solo es así en las condiciones fijadas en la *ordonnance*, es decir, para los contratos celebrados a partir del 1 de octubre de 2016.

Para aquellos celebrados con anterioridad, el nuevo texto reformado nada impone y el cambio de jurisprudencia era tanto menos previsible cuanto que, inicialmente, la Corte de Casación se negó a hacerlo<sup>73</sup>.

También son discutibles las razones por las que las consecuencias de la aplicación inmediata del cambio de jurisprudencia, que implica una aplicación retroactiva del nuevo derecho de contratos, no se consideran desproporcionadas. Contrariamente a las apariencias, la motivación se muestra liviana, por no decir más. Por un lado, no habría desproporción porque, en el derecho anterior, el promitente habría debido en todo caso reparar el perjuicio causado al beneficiario de la promesa por la revocación irregular. Pero esto supone ignorar que el reconocimiento de la indemnización no equivale en absoluto a la pretensión de cumplimiento, que se traduce en la celebración del contrato prometido (en el caso de autos, la cesión de participaciones sociales). Esto es cierto para el beneficiario, que no obtiene la misma ventaja, pero también para el promitente, que no se ve sometido a las mismas exigencias. Solo en un caso está obligado a ceder la propiedad de los bienes objeto de la promesa. La sala de lo mercantil se esfuerza en atenuar la diferencia al indicar que la indemnización de los daños y perjuicios deben ser de un montante destinado a situar al beneficiario, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si el promitente no hubiese realizado la revocación de manera ilícita<sup>74</sup>. Ello supone olvidar que la valoración de los daños y perjuicios destinados a indemnizar al beneficiario de la promesa por el perjuicio causado por la revocación irregular era discutida y que no era seguro que pudieran incluir la indemnización por la pérdida de las ventajas que el beneficiario habría obtenido del contrato prometido si este finalmente se hubiera celebrado. Incluso desde este punto de vista, la equivalencia de las sanciones no está asegurada<sup>75</sup>.

Lo peor, sin embargo, es la intromisión en la psicología del promitente y la eliminación de cualquier sentimiento de injusticia que pueda sentir. Básicamente, el argumento de la Corte es que esta consecuencia es inevitable para una de las partes del proceso cuando cambia la ley y que, en este caso, el promitente solo puede responsabilizarse a sí mismo, ya que es él quien, por su culpa, ha causado el problema. Se trata de una curiosa forma de valorar la proporcionalidad de las consecuencias de un cambio de

73. V. *supra*, n.º 13.

74. Se trata de una formulación del principio de evaluación de los daños y perjuicios en materia extracontractual según el cual la finalidad de la responsabilidad civil es restablecer, con la mayor exactitud posible, el equilibrio destruido por el daño y volver a colocar a la víctima en la situación en que se encontraría si no se hubiera producido el hecho dañoso. V. en particular, en la abundante jurisprudencia: Soc. 23 nov. 2005, n.º 03-40.826, *Bull. civ.* V, n.º 332; Civ. 2º, 18 janv. 1973, n.º 71-14.282, *Bull. civ.* II, n.º 27; Civ. 2º, 1º avr. 1963, *Bull. civ.* III, n.º 309, *D.* 1963. 453, note Molinier, *JCP* 1963. II. 13408, note Esmein.

75. En realidad, esta no es indispensable para la conformidad con el Convenio del cambio de la jurisprudencia con efecto inmediato. Basta con que la sustitución de una (el cumplimiento *in natura* de la promesa mediante la celebración del contrato prometido) por la otra (la indemnización de daños y perjuicios) no tenga consecuencias desproporcionadas para quien la sufre. La Sala de lo Mercantil prescinde de la necesidad de demostrarlo avanzando una equívoca equivalencia.

jurisprudencia. Evidentemente, tal proporcionalidad no puede desprenderse del carácter inevitable de estos últimos, pues de lo contrario se consideraría que un cambio en el estado del derecho nunca tiene consecuencias desproporcionadas, incluso cuando resulta, como en el presente caso, de una aplicación retroactiva del nuevo derecho causado por un cambio jurisprudencial con efecto inmediato. En cuanto a la *faute* del promitente en el origen del conflicto, puede constituir, a lo sumo, un elemento entre otros a la hora de evaluar las consecuencias del cambio de sanción, pero no su único fundamento. El contratante que falta a su palabra no tiene que soportar cualquier tipo de consecuencias por su incumplimiento, sino solo las previstas por la ley. Si esta última cambia, las nuevas sanciones solo se aplican en las condiciones previstas por la ley transitoria, especial o general. La modificación puede resultar de un cambio con efecto inmediato, siempre que se demuestre que no tiene consecuencias desproporcionadas, cosa que la sentencia no logra a pesar de sus pretensiones.

\* \* \*

**22. Conclusión.** Tras este recorrido por el derecho transitorio de contratos francés, es posible tener la impresión de que sale reforzada la opción de la Propuesta española revisada de no adoptar disposiciones transitorias propias.

La experiencia francesa demuestra que el legislador ha realizado esfuerzos repetidos y algo torpes para controlar la aplicación en el tiempo del derecho contractual reformado, pero que no lo ha conseguido del todo. Así pues, nos encontramos con un derecho transitorio legislativo complicado, en parte desbordado por una jurisprudencia no siempre bien fundada. ¿Acaso no es mejor abstenerse y confiar en los principios generales del derecho transitorio? Aunque desconfiemos de dar consejos que pudieran estar fuera de lugar, parece que la respuesta ha de ser matizada.

En primer lugar, conviene recordar que algunas de las dificultades se derivan del procedimiento particular adoptado por los reformadores franceses: la “legislación” mediante *ordonnance*. Pero uno de los posibles procedimientos de reforma en España podría quizá suscitar cuestiones similares.

En segundo lugar, las fuentes del derecho transitorio francés se caracterizan por una concurrencia relativamente viva entre la ley y la jurisprudencia, que no sabemos si tiene equivalente en España.

Por último, la experiencia demuestra que, en un sistema de este tipo, la adopción de disposiciones transitorias especiales sigue permitiendo limitar la inclinación de los jueces a aplicar la nueva legislación de forma inmediata, o incluso retroactiva. Para renunciar a esta vía, es preciso que la aplicación de los principios generales del derecho transitorio sea suficientemente previsible y segura y conducir a resultados adecuados.

Santiago de Compostela, julio de 2024.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Université, 19.<sup>e</sup> ed., Lefebvre-Dalloz, 2023.
- BÉNABENT, A., “La ‘digestion’ de la réforme (entrée en vigueur)”, *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, 3, pp. 608 s.
- CHANTEPIE, G. y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, 3.<sup>e</sup> ed., Dalloz, 2024.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, pref. Gobert, LGDJ, “Bibl. droit privé”, t. 133, 1977.
- Deshayes, O., “Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères?”, *RDC*, 2014, 2, pp. 157 s.
- DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2.<sup>a</sup> ed. 2018.
- FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. vol. 1, L’acte juridique*, Sirey-Université, 18.<sup>e</sup> ed., 2024, Lefebvre-Dalloz, 2024.
- FRANÇOIS, J., “Application dans le temps et incidence de la jurisprudence antérieure à l’ordonnance de réforme du droit des contrats”, *D.*, 2016, p. 506 s.
- GALLET, J. L., “Méthode législative et objectifs: la lecture du Conseil d’État”, *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, (directores V. Larribau-Terneyre y S. Pellé), Presses de l’Université de Pau, 2016, pp. 19-28.
- GAUDEMET, S., “Dits et non-dits sur l’application dans le temps de l’ordonnance du 10 février 2016”, *JCP G*, 2016, n.º 19, p. 559 s.
- HAROUEL, J. L., TEBOUL, G. y TOURNAFOND, O., “Le droit des contrats réformé par ordonnance?”, *D.*, 2014, 19, chron. 1099 s.
- LATINA, M., “Apprécier la réforme”, *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, 3, p. 615 s.
- PIMONT, S., “Critique de la méthodologie de la réforme. À propos d’une réécriture aristocratique du droit civil”, *Le droit des obligations d’un siècle à l’autre. Dialogues autour de la réforme du Titre III du Livre III du Code civil* (director G. Pignarre), Institut universitaire Varenne, 2016, pp. 297-312.