

LA RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO ESPECIAL DE CONTRATOS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES*¹

ROSE-NOËLLE SCHÜTZ

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

RESUMEN

El artículo 1105 del Código Civil francés, resultado de la reforma del derecho de contratos, tras reafirmar la coexistencia de la teoría general del contrato (“le droit commun des contracts”, en la terminología francesa) y el derecho especial de contratos, establece una nueva disposición para regir las relaciones entre estos dos cuerpos de reglas y conforme a la cual “les règles générales s’appliquent sous réserve de ces règles particulières”. La jurisprudencia ya ha recurrido a tal previsión para aplicar el principio de subsidiariedad del droit commun. Los proyectos de reforma del derecho de contratos en especial, también la aplican, pero a veces la eluden o incluso la ponen en entredicho.

PALABRAS CLAVE

Teoría general del contrato; droit commun du contrat; derecho de contratos en particular; relación entre reglas generales y reglas especiales; incidencia de la reforma francesa del derecho de contratos; artículo 1105 del Código Civil francés; subsidiariedad del droit commun; aplicación exclusiva de las reglas especiales en caso de contrariedad con las reglas generales; proyectos de reforma de los contratos en particular; aplicación del principio de subsidiariedad; excepciones al principio de subsidiariedad.

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 18-3-2025.

1. La autora 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.

THE INTERACTIONS BETWEEN THE GENERAL LAW OF CONTRACTS AND THE LAW OF SPECIAL CONTRACTS IN THE CONTEXT OF THE FRENCH REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

Article 1105 of the French Civil Code, introduced through the reform of contract law, reaffirms the coexistence of the general law of contracts and special contract law, and establishes a new provision regulating the relations between the two sets of rules providing that “the general rules apply subject to these special rules”. Judicial decisions have already relied on this provision to apply the principle of subsidiarity of the general law of contracts. The draft reforms of special contract law also apply this principle, though they occasionally circumvent or even challenge it.

KEYWORDS

Subsidiarity of common law; exclusive application of special rules in the event of conflict with general rules.

SUMARIO

1. Introducción	374
I. La relación entre las reglas generales y las reglas especiales en la teoría general del contrato	376
A. El texto legal (artículo 1105 del Código Civil)	376
B. La aplicación jurisprudencial del precepto	382
II. La relación entre las reglas generales y las reglas especiales en los proyectos de reforma del derecho de contratos en particular	387
A. La aplicación del principio de reparto establecido por la teoría general...	387
B. La superación del principio de reparto establecido en la teoría general ..	391
Bibliografía.....	395

1. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la relación entre la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos presenta gran importancia, tanto en el plano teórico como el práctico, en la regulación de los contratos. El antiguo artículo 1107 del Código Civil francés contenía desde su origen una disposición que evocaba la coexistencia de los contratos nominados —especialmente regulados por disposiciones especiales, como la compraventa, el arrendamiento o el mandato— y los contratos innominados. Los primeros, además de las reglas especiales aplicables a cada uno de ellos, quedaban en principio sujetos a las reglas generales². Los segundos, que no eran objeto de una regulación particular, estaban solamente sujetos a las reglas generales contenidas en el *droit commun* del contrato³.

Curiosamente, frente al anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y del derecho de la prescripción, denominado proyecto CATALA⁴, el proyecto de reforma del derecho de contratos de la *Académie des sciences morales et politiques*, denominado proyecto TERRÉ⁵, y otros textos preparatorios de la reforma del derecho de contratos, el proyecto de *ordonnance* no hacía referencia a tal distinción. La doctrina criticaba su ausencia, en particular porque podía dar a entender que el *droit commun* ya no tendría

2. El Código Civil español de 1889, aunque inspirado en el Código Civil francés de 1804, no contenía una disposición similar. La única previsión que habría podido resultar cercana es el artículo 16 del Título preliminar del Código: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”. Según disponía este precepto: “En las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código”. La reforma del Título preliminar del Código español de 1974 ha mantenido esta disposición que figura ahora en el artículo 4.3.

3. Esta distinción tiene su origen en el derecho romano. Pero su sentido es diferente. En virtud del carácter procedural del derecho romano, solo los contratos que se ajustaban a un molde preestablecido —los contratos “nominados”— eran obligatorios; los contratos innominados sin embargo podían ser fuente de obligación si una de las partes había ejecutado su prestación. V., en particular, junto a las referencias citadas, LATINA, M., *Rép. Civ.*, Dalloz, *Contrats: Généralités*, n.º 230.

4. Artículo 1103 del proyecto Catala: “*Les contrats, soit qu’ils aient une dénomination propre, soit qu’ils n’en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l’objet du présent titre.*

Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent code relatifs à chacun d’eux, soit par d’autres codes et lois, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur.

Les contrats innommés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n’y met pas obstacle”.

5. Artículo 11 del proyecto Terré: “*Les contrats, soit qu’ils aient une dénomination propre, soit qu’ils n’en aient pas, sont soumis à des dispositions générales, qui sont l’objet du présent titre.*

Les règles propres à certains contrats sont établies soit sous les titres relatifs à chacun d’eux soit par d’autres codes et lois”.

más que una vocación residual en atención a la multiplicación de regulaciones especiales⁶. Ello podría haber conllevado riesgos de fragmentación y pérdida de coherencia del derecho de contratos⁷. Finalmente, la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones no solo ha reiterado, en el nuevo artículo 1105 del Código Civil, la coexistencia de la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos, sino que ha ido más lejos al establecer una disposición que precisa la relación entre estos dos cuerpos de reglas⁸. Las reglas generales se aplican a los contratos nominados, pero bajo la reserva de las reglas especiales propias a cada uno de ellos. Por tanto, se enuncia expresamente el principio de subsidiariedad de la teoría general con relación al derecho especial, desde hace tiempo configurado por la jurisprudencia.

2. En Francia, la relación entre la teoría general del contrato y el derecho de los contratos en particular es una cuestión que, en efecto, interesa, desde hace mucho tiempo, a los juristas: el legislador, los jueces y la doctrina.

En un período de recodificación, evidentemente, la ley es la principalmente concernida, más precisamente el *droit commun*. En su seno debe tomarse posición sobre sus relaciones con el derecho especial. Este solo debe seguirla. Sin embargo, las cosas no son tan simples, porque el derecho de contratos en particular puede seguir los pasos de la teoría general del contrato de distintas maneras.

Además, cuando se fracciona la recodificación, como es el caso de Francia, puede existir la tentación de volver a abordar cuestiones propias del *droit commun*, aunque solo sea marginalmente, cuando se procede a refundir el derecho de contratos en particular⁹. Se trata de un inconveniente, entre otros, resultante del fraccionamiento de la reforma del derecho de contratos.

3. Tratamiento de la cuestión. Plan. Para dar cuenta de la experiencia francesa, en primer lugar se evocará la cuestión de las relaciones entre las reglas generales y las reglas especiales *establecida* en la teoría general del contrato (I), antes de abordar cómo se *retoma* la misma cuestión en los proyectos de reforma de los contratos en particular (II).

6. En este sentido, TERRE, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHENEDE, F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, colección “Précis”, 13ª ed., 2022, n.º 122. V. también, BALAT, N., “Réforme du *droit commun* des contrats : et les conflits entre *droit commun* et *droit spécial*?”, *D.*, 2015, 699; BLANC, N., “Contrats nommés et contrats innomés, un article disparu?”, *RDC*, 2015/3, 810; LEQUETTE, Y., “Y aura-t-il encore en France l’an prochain, un *droit commun* des contrats?”, *RDC*, 2015/3, 616, n.º 4.

7. FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L’acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., 2024, n.º 136.

8. V. *infra*, n.º 6 s.

9. V. *infra*, n.º 22 s.

I. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS GENERALES Y LAS REGLAS ESPECIALES EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

4. La *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 ha regulado la cuestión de la relación entre las reglas generales y las reglas especiales en una de las disposiciones preliminares del subtítulo dedicado al contrato: el nuevo artículo 1105 del Código Civil. El texto del precepto suscita una serie de interrogantes (A). Su aplicación por la jurisprudencia comienza a ofrecer algunas indicaciones sobre su comprensión y aplicación (B).

A. EL TEXTO LEGAL (ARTÍCULO 1105 DEL CÓDIGO CIVIL)

5. El artículo 1105 reemplaza al antiguo artículo 1107 del Código Civil. Con relación a este, presenta cierta continuidad, pero también una novedad.

<p>Artículo 1105, párrafo 1, del Código Civil reformado</p> <p><i>Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.</i></p>	<p>Antiguo artículo 1107, párrafo 1, del Código Civil</p> <p><i>Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.</i></p>
<p>Artículo 1105, párrafo 2, del Código Civil reformado</p> <p><i>Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.</i></p>	<p>Antiguo artículo 1107, párrafo 2, del Código Civil</p> <p><i>Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transaction commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.</i></p>
<p>Artículo 1105, párrafo 3, del Código Civil reformado</p> <p><i>Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.</i></p>	<p>Sin equivalente</p>

6. Continuidad del *droit commun* reformado. La continuidad concierne a la delimitación de los respectivos ámbitos del *droit commun* que el Código reformado, siguiendo al de 1804, denomina “*règles générales*” y del derecho especial denominado, también como en la anterior versión del Código, “*règles particulières*”. En sentido estricto, no se trata todavía del tratamiento de la relación entre ambos cuerpos normativos, sino de un paso previo necesario.

Según el artículo 1105, párrafo primero, las reglas generales son las que “*sont l’objet du présent sous-titre*”, mientras que el antiguo artículo 1107 se refería a las que “*sont l’objet du présent titre*”. La modificación es consecuencia de la restructuración del Código Civil. En el fondo, no se produce ningún cambio.

Las reglas concernidas son las mismas; engloban todo el régimen del contrato: su conclusión y validez, la nulidad, sus efectos, su incumplimiento, etc.¹⁰

Su ámbito se fija de la misma manera que en 1804. Se trata de contratos, ya tengan una denominación propia o no; dicho de otra manera, todos los contratos.

7. Ámbito sensiblemente diferente de las reglas especiales en el derecho reformado. El ámbito de las reglas particulares se enuncia, sin embargo, de manera sensiblemente diferente.

El antiguo artículo 1107, párrafo 2, solo aludía a las reglas “*établies sous les titres relatifs à chacun d’eux*”. Por lo tanto, solo concernía a las reglas que figuran en los Títulos V a XVII del Libro III del Código Civil dedicadas a los contratos en particular. El precepto precisaba además que “*les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce*”, dicho de otra manera, por el Código de Comercio y los textos legales no codificados de derecho comercial que atañen a los contratos.

El párrafo 2 del nuevo artículo 1105 del Código Civil presenta diferencias con el texto anterior en dos puntos.

1) Las “*règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d’eux*”. Por tanto, su ámbito de aplicación ya no está solo limitado a las disposiciones del Código Civil dedicadas a los contratos en particular. También concierne a todos los regímenes legales situados fuera del Código Civil¹¹ lo cual, en verdad, ya se admitía generalmente antes de la reforma a pesar de la letra del Código Civil.

2) A primera vista, ha de tratarse, sin embargo, de un régimen específico de un determinado contrato, y no de reglas relativas a una categoría de contratos. Por tanto, el precepto no atañe al derecho de consumo —a salvo quizás el caso de que la regulación

10. La verdadera novedad reside únicamente, por tanto, en los cambios de fondo de estas reglas.

11. Por ejemplo, el contrato de construcción de viviendas individuales regulado en el Código de la Construcción y la Habitación, artículo L 230-1 s.

concierna a un contrato particular como el préstamo hipotecario o de consumo— o el derecho de la competencia¹².

En el nuevo artículo 1105, ya no se alude a las “*transactions commerciales et des lois relatives au commerce*” contempladas por el antiguo artículo 1107 y que podría haberse utilizado para fijar el ámbito de aplicación del *droit commun* en presencia de reglas especiales del derecho de la competencia o de consumo.

El precepto, por tanto, no tiene literalmente por objeto fijar el ámbito de aplicación de las reglas relativas a una categoría de contratos (“*droits catégoriels*”, en la terminología francesa). Sin embargo, el gobierno desde el principio¹³ y el parlamento¹⁴, seguidos por la jurisprudencia¹⁵, son de una opinión distinta¹⁶.

8. La novedad del artículo 1105, párrafo 3, del Código Civil; presentación. Según el precepto, “*les règles générales s’appliquent sous réserve de ces règles particulières*”. Esta disposición, que carece de equivalente en el Código de 1804 y fue introducida por sugerencia de la doctrina, se destina a regular la relación entre la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos. Consagra el principio *specialia generalibus derogant* ampliamente aplicado antes de la reforma. El precepto merece una breve exégesis.

12. Contra LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 3.ª ed. 2024, n.º 115, quien no se ciñe a la letra del precepto y considera que se aplica a los contratos de consumo incluso si el criterio de cualificación depende de la calidad de las partes y no del tipo de contrato celebrado. No obstante, excluye su aplicación al derecho de la competencia.

13. V. la evaluación de impacto, p. 35 y 37 y las observaciones sobre el artículo en el informe al presidente de la República. V. también, en particular, CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2023-2024, n.º 121.32; FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L’acte juridique*, *op. cit.*, n.º 127-2.

14. PILLET, F., *Rapport au nom de la Commission des lois en première lecture au Sénat*, p. 22.

15. Invocando expresamente la intención del legislador revelada en los trabajos parlamentarios, por sentencia de 26 de enero de 2022, la sala de lo mercantil de la Corte de Casación consideró que el artículo 1171 se aplica a los contratos, incluso celebrados entre productores, comerciantes, industriales o personas registradas en el *répertoire des métiers*, cuando tales contratos no están cubiertos por el artículo L. 442-6, I, 2.º del Código de Comercio, aplicable en aquel momento (n.º 20-16.782, *publié au Bulletin*, D. 2022. 539, note Tisseyre, D. 2023. 254, obs. Boffa, *RTD civ.* 2022. 124, obs. Barbier, *JCP G* 2022, n.º 7. 257, obs. Serinet, *JCP E* 2022, 1125, note Chantepie, *RDC* 2022/2. 10, obs. Latina, 16, obs. Stoffel-Munck, 103, obs. Julien et 144, obs. Gerry-Vernières, *RDC* 2022/3. 89, obs. Balat; BEHAR-TOUCHAIS, M., “La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. A propos du non-cumul entre l’article L. 442-6-I, 2.º du code de commerce et l’article 1171 du code civil”, *JCP G* 2022, doct. 494).

16. V. en materia de control de cláusulas abusivas, la articulación del artículo 1171 por un lado y los artículos L 212-1 del Código de Consumo y el artículo L 442-1 del Código de Comercio: TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHÉNEDÉ, F., *Les obligations*, Dalloz, 2022, colección “Précis”, 13.ª ed., 2022, n.º 477 et s.

Los artículos que designan las reglas generales, por un lado, y las particulares, por otro, no son los mismos. Para las reglas generales, se utiliza el artículo definido “les”, mientras que, en el caso de las reglas particulares, se emplea el artículo demostrativo “ces”.

Con relación a estas últimas, se están designando claramente las reglas particulares tal y como son definidas en el párrafo 2 del artículo 1105¹⁷. Se trata, por tanto, de un régimen especial de un tipo, como el arrendamiento, así como de reglas muy especiales de un subtipo, como el arrendamiento de vivienda. Pero el artículo 1105 no se interesa por la relación entre el derecho especial y los derechos *muy* o *muy muy* especiales de contratos, aunque el principio de solución les resulta generalmente aplicado. En este caso, es preciso articular por lo menos tres series de reglas: *droit commun*, derecho especial, derecho muy especial¹⁸.

En cuanto a las reglas designadas por el artículo “les”, cabría dudar... si existen otras distintas a las mencionadas por el párrafo 1 del precepto. Pero precisamente se trata de reglas comunes a todos los contratos, nominados o innominados, no hay otras.

9. La subsidiariedad del *droit commun*; definición. La dificultad principal de interpretación y aplicación del precepto concierne evidentemente al significado de la vaga fórmula “*sous réserve*”, la cual retoma la conocida cuestión del exacto significado de la máxima *specialia generalibus derogant*¹⁹.

Resulta claro que el artículo 1105 da prioridad al derecho especial que tiende a desplazar el *droit commun* y convertirlo en subsidiario. Pero ¿cómo y en qué caso o casos resulta subsidiario? La regla debe ser precisada. En efecto, resulta evidente que no es suficiente que exista una regla particular para que la regla general sea descartada. En caso contrario, el principio enunciado en el párrafo 1 carecería de sentido y se negaría al *droit commun* su función como complemento. Es evidente, pues, que debe haber una *concurrency* entre la regla general y la regla especial. En línea de principio, ambas pueden y deben aplicarse.

La cuestión se desplaza: ¿cómo se debe caracterizar esta *concurrency*? Sobre tal caracterización, la doctrina está dividida. La mayoría de los autores consideran que el artículo 1105 resuelve un conflicto de reglas incompatibles o antinómicas²⁰; otros

17. Queda por aclarar qué abarcan las normas especiales: ¿solo a las disposiciones legislativas que las establecen o también su interpretación jurisprudencial?

18. V. *infra* n.º 23.

19. Sobre tal máxima, v. en particular: GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, pref. LEQUETTE, Y., LGDJ, “Bibl. droit privé”, t. 509, 2009, n.ºs 368 s. y para una síntesis GOLDIE-GENICON, C., “*Droit commun et droit spécial*”, RDA, 2013/7. 29. V. igualmente, en un plano más general e insistiendo en la subsidiariedad del *droit commun*: BALAT, N., *Essai sur le droit commun*, pref. Grimaldi, M., LGDJ, Bibl. Droit privé, t. 571, 2016.

20. V., por ejemplo: DESHAYES, O., GÉNICON, T., y LAITHIER, Y. M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2.ª ed., 2018, p. 65 s.; LATINA, M.,

entienden que el precepto enuncia un principio de subsidiariedad dando prioridad al derecho especial en caso de concurrencia, sin importar que las reglas en cuestión sean o no antinómicas. El informe al presidente de la República se manifiesta en el sentido de la doctrina mayoritaria al señalar que “... *les règles générales posées par l’ordonnance seront notamment écartées lorsqu’il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux...*”.

10. La subsidiariedad del *droit commun*; aplicación. Sin entrar en el detalle de la discusión, es posible exponer las siguientes cuestiones.

A priori, la condición elemental de aplicación del artículo 1105 es que las reglas tengan el *mismo objeto* o, dicho de otra manera, que estén destinadas a tratar la misma cuestión de formación, validez, cumplimiento o incumplimiento del contrato.

Si, en atención a la regla considerada, por ejemplo el incumplimiento del contrato, la regla general tiene por objeto la formación del contrato y la regla especial su incumplimiento, no hay razón para desplazar la primera en favor de la segunda; *a priori*, ambas reglas deben ser aplicadas concurrentemente a condición de que no sean antinómicas. Ahora bien, no resulta siempre evidente si existe o no concurrencia, tal y como lo demuestra la conocida jurisprudencia de la Corte de Casación que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la cuestión de si el comprador puede o no pretender la nulidad del contrato por error sobre las cualidades sustanciales de la cosa —regla general— cuando también puede recurrir a la garantía por vicios ocultos —regla particular—. Tras haber denegado al comprador la posibilidad de pretender la nulidad del contrato²¹, la Corte de Casación ha decidido a continuación que “*l’existence d’un vice caché n’exclut pas, par elle-même, la possibilité d’invoquer l’erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue*”²². Posteriormente, ha sostenido de nuevo la primera interpretación²³. Por el contrario, la Corte de Casación se ha mantenido constante sobre el hecho de que el régimen de responsabilidad por vicios ocultos no excluye la acción para la nulidad del contrato por *dolo*, lo cual se puede justificar por la necesidad de una sanción particular de un comportamiento doloso²⁴.

Le nouveau droit des obligations, op.cit., n.º 116; CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats*, op.cit., n.º 121-131; FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L’acte juridique*, op. cit, n.º 137.

21. Civ. 3^e, 11 févr. 1981, n.º 79-13.817, *Bull. civ. III*, n.º 31, D. 1981. IR 440, obs. Larroumet, D. 1982. 287, note Aubert, *RTD civ.* 1981. 860, obs. Rémy.

22. Civ. 3^e, 18 mai 1988, n.º 86-18.668, *Bull. civ. III*, n.º 96, D. 1989. Somm. 229, obs. Aubert.

23. Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, n.º 94-13.921, *Bull. civ. I*, n.º 213, D. 1997. Somm. 345, obs. Tournafond, *JCP* 1998. I. 4009, obs. Radé, D. 1998. 305, note Jault-Seseke; Com. 18 juin 1996, n.º 94-13.925, *inédit*, D. 1998. 305, note préc.; Civ. 3^e, 7 juin 2000, n.º 98-18.966, *inédit*, D. 2002. Somm. 1002, obs. Tournafond. *Rappr. Civ.* 1^{re}, 12 juill. 2001, n.º 99-16.687, *Bull. civ. I*, n.º 225. Sobre esta jurisprudencia, v. GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op.cit., n.º 152 s.

24. V. not. Civ. 3^e, 23 sept. 2020, n.º 19-18.598, *inédit*, *RTD civ.* 2020. 879, obs. Barbier; Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n.º 00-10.192, *Bull. civ. I*, n.º 260, D. 2002. IR 3190.

La antinomia, no obstante, es evidente si las reglas generales y particulares tratan la misma cuestión. Por ejemplo, la posibilidad de obtener o no daños y perjuicios, además de la resolución del contrato. Si la regla particular no permite la acumulación de pretensiones o establece reglas diferentes en lo que atañe a la indemnización, la aplicación de la regla general que lo permite debe ser descartada. Si ambas enuncian la misma regla, probablemente quepa considerar que la regla particular se deba aplicar preferentemente a la general, pero ello no tiene ninguna incidencia sobre la solución. El principio de reparto solo tiene interés en caso de incompatibilidad entre las reglas.

Procede precisar ahora cómo los tribunales aplican el principio de subsidiaridad tras la reforma del *droit commun* del contrato.

B. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO

11. Tras la entrada en vigor de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016, los tribunales de instancia y la Corte de Casación han tenido la ocasión de aplicar el nuevo artículo 1105 del Código Civil en varias ocasiones. Lo han hecho principalmente sobre disposiciones emblemáticas de la reforma.

No es fácil delimitar la jurisprudencia, que se encuentra en proceso de consolidación, aunque sí parece que se perfila una tendencia general.

12. Dos ejemplos de incompatibilidad entre las reglas generales y las particulares. La Corte de Casación aplica expresamente el artículo 1105, párrafo 3, en una sentencia de 20 de septiembre de 2023²⁵. El litigio concernía a la fijación de los honorarios de un experto contable que argüía que podía hacerlo en atención al nuevo artículo 1165 del Código. En los contratos de prestación de servicios, el precepto permite al acreedor, a falta de acuerdo entre las partes antes de la ejecución del contrato, fijar por sí mismo el precio, con la reserva de la sanción por abuso en tal fijación. No obstante, con base en el artículo 1105, la Corte de Casación considera inaplicable el artículo 1165 en la medida en que, según la ley reguladora de tal actividad²⁶, el profesional celebra con su cliente un contrato escrito que precisa los derechos y obligaciones de cada una de las partes. La Corte de Casación hace una aplicación del artículo 1105 en sentido amplio al considerar que la precisión de estos derechos y obligaciones incluye la fijación del precio y ello le permite establecer una incompatibilidad con el artículo 1165.

De manera más justificada, la Corte de Casación, en un avis de 2019, descarta esta vez la aplicación del artículo 1226 del Código Civil, que regula la resolución unilateral del contrato, a la ruptura de un contrato de trabajo debido a que esta segunda se regula por reglas particulares y comporta consecuencias específicas²⁷.

25. Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, *publié au Bulletin*, D. 2023. 1783, note Gérard, D. 2024. 275, obs. Boffa, *RTD civ.* 2023. 862, obs. Barbier et 919, obs. Gautier, *JCP G* 2023, act. 1241, obs. Lachière, *RDC* 2024/1. 16, obs. Libchaber, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 1, 8, obs. Houtcieff, *CCC* 2023, comm. 181, obs. Leveneur, *LPA* 2023, n.º 012, 49, note Lardeux.

26. Décret n.º 2012-432 du 30 mars 2012.

27. Cour de cass., 3 avr. 2019, Avis, n.º 19-70.001, *publié au Bulletin*, *JCP G* 2019. 487, note Anciaux: "L'article 1224 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, prévoit que la résolution du contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

L'article 1225 du même code précise les conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire.

Aux termes de l'article 1226 du code civil, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

13. Un ejemplo de compatibilidad de las reglas generales y las particulares. La cuestión de la articulación del artículo 1170 del Código Civil, que considera no escrita *“toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur”*, y las regulaciones especiales también se planteó con intensidad en los abundantes litigios entre comerciantes y profesionales y sus aseguradoras con ocasión de la pandemia del COVID-19.

La cuestión se planteó, más precisamente, con relación a la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad por pérdidas en la explotación del negocio en caso de cierre de los establecimientos. Se puso en duda tal validez no solo en atención al artículo L 113-1 del Código de Seguros²⁸, dado que tal exclusión no cumpliría los requisitos de ser formal y limitada tal y como exige el precepto, sino también con fundamento en el artículo 1170 del Código Civil, dado que tales cláusulas privarían de su contenido sustancial a la obligación de garantía que presta el asegurador.

Mediante sentencia de 1 de diciembre de 2022²⁹, la Corte de Casación se pronuncia sobre la cuestión de la articulación del artículo L 113-1 del Código de Seguros y el artículo 1170 del Código Civil en cuanto a la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad por las pérdidas de explotación.

En el caso de autos, el asegurador recurre alegando la incorrecta aplicación del artículo 1170. Se opone a la decisión que considera no escrita la cláusula de exclusión de responsabilidad en aplicación de dicho precepto, dado que la validez de la cláusula está regulada por una disposición especial del Código de Seguros.

La Corte de Casación decide que el asegurador no puede criticar el hecho de que la cláusula se considere no escrita con base en el artículo 1170. La solución se explica por el hecho de que la falta del carácter formal y limitada de una cláusula de exclusión de responsabilidad se aprecia de la misma forma en el Código de Seguros que la privación de sustancia que contempla el artículo 1170 del Código Civil. La Corte de Casación considera que, en efecto, una cláusula de exclusión no es limitada cuando vacía de contenido la garantía, en la medida en que tras su aplicación solo deja subsistente una garantía irrisoria³⁰. Por tanto, la identidad de contenido de ambas reglas y sus soluciones es lo que justifica que ambos preceptos puedan ser aplicados de forma cumulativa o

Les modes de rupture du contrat de travail, à l’initiative de l’employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques, de sorte que les dispositions de l’article 1226 du code civil ne leur sont pas applicables”.

28. Artículo L 113-1 párrafo 1 del Código de Seguros: *“Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l’assuré sont à la charge de l’assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police”.*

29. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 2022, n.º 21-19.342 et n.º 21-19.343, *publié au bulletin*; Civ. 2^e, 25 mai 2023, n.º 22-15.826 et n.º 22-15.935.

30. V. en particular: Civ. 2^e, 9 févr. 2012, n.º 10-31.057, *Bull. civ.* II, n.º 22, *RDI* 2012. 290, obs. Noguéro.

indiferenciada. De no ser así, probablemente la Corte de Casación descartaría el artículo 1170 en favor de la regulación especial³¹.

14. Un ejemplo de incertidumbre en el ámbito de los tribunales de instancia. La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 también es el origen de los litigios relativos a la aplicación, o no, a los arrendamientos de negocio del nuevo artículo 1195 del Código Civil.

El precepto regula el supuesto en el que el cumplimiento se vuelve excesivamente oneroso por un cambio imprevisible de las circunstancias. Establece un complejo proceso de renegociación que, en caso de rechazo o fracaso, puede desembocar en la revisión o la resolución judicial del contrato. Algunos empresarios, al no poder disfrutar de los locales arrendados debido a las decisiones administrativas de cierre de establecimientos, invocaron el citado precepto para exigir una suspensión o una reducción de las rentas.

Existe cierta división entre los tribunales de instancia. Algunos han descartado la aplicación del artículo 1195 debido a que *“le statut des baux commerciaux prévoit de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d’indexation)”*³². Otras sentencias sugieren, por el contrario, que se podría aplicar el texto³³. Otra indica, a modo de principio, que *“aucune disposition légale n’exclut l’application de ce mécanisme de révision contractuelle aux baux commerciaux”*³⁴. Innumerables tribunales de instancia lo han aplicado, aunque finalmente no haya prosperado, ya que no se cumplían las condiciones necesarias para revisar el contrato.

Estas dudas son comprensibles. Se entiende que los jueces procuren que no se recurra a la excesiva onerosidad para eludir las reglas legales sobre la revisión de los precios de los arrendamientos comerciales. Pero su incompatibilidad está lejos de ser evidente, dado que ningún texto que regula la revisión de tales precios aborda la hipótesis regulada por el artículo 1195.

15. Valoración de la jurisprudencia. Existen tendencias contradictorias en la jurisprudencia cuando se trata de aplicar el artículo 1105 a los contratos especiales³⁵, o incluso muy especiales, como el arrendamiento de negocio.

31. De hecho, así lo hizo hace poco tiempo en un negocio sujeto al derecho anterior a la reforma, al casar una sentencia que había considerado no escrita, con base en el antiguo artículo 1131 del Código Civil, la cláusula de exclusión de responsabilidad de un contrato de seguro contra las pérdidas de explotación tras haber considerado que ello no podía ser así en atención al artículo L 113-1 del Código de Seguros tal y como lo interpreta la jurisprudencia: Civ. 2^e, 12 oct. 2023, n.º 22-13.759, *publié au Bulletin*, RTD civ. 2023. 859, obs. Barbier, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 1, 7, obs. Houtcieff.

32. Versailles, ch. 12, 12 déc. 2019, n.º 18/07183, RTD civ. 2020. 363, obs Barbier, *D.* 2021. 310, obs. Boffa, *Gaz. Pal.* 2020, n.º 37, 36, obs. Houtcieff.

33. Paris, Pôle 01 ch. 02, 4 nov. 2021, n.º 21/05272, *Gaz. Pal.* 2022, n.º 1, 3, obs. Houtcieff.

34. TJ Paris, 18^e ch. 1^{re} sec., 13 févr. 2024, n.º 20/09116.

35. En lo que respecta a los denominados *droits catégoriels* no contemplados en este estudio, la Corte de Casación concede al artículo 1105, párrafo 3, un ámbito amplio, en particular en lo

1) A veces se tiende a dar al artículo 1105 un alcance probablemente —demasiado— amplio al considerar, mediante una interpretación distorsionadora del precepto, que existe una regla especial, descartando así la de *droit commun*³⁶.

En la misma línea de una interpretación amplia del texto, los jueces descartan la regla general sin verificar en verdad que su aplicación es incompatible con la de la regla especial, como en las decisiones de los tribunales de instancia que rechazan la aplicación a los arrendamientos de negocio del nuevo artículo 1195 del Código Civil que regula la *imprévision*, basándose en que la regulación de tales arrendamientos prevé la revisión de la renta durante la vigencia del contrato y en el momento de su renovación³⁷. La subsidiariedad del *droit commun* así aplicada resulta excesiva.

2) Sin embargo, existen casos en los que se observa que las reglas generales juegan su rol de complemento en ausencia de contrariedad con las reglas particulares. Es el caso en que los tribunales de instancia consideran que el artículo 1195 del Código Civil relativo a la *imprévision* se puede aplicar a los arrendamientos comerciales que no cuentan con ninguna regla especial en la materia³⁸.

Citemos además, en esta misma línea, una sentencia de la sala primera de lo civil que admite que una donación irrevocable por el donante puede ser objeto de un acuerdo de renuncia entre este y el donatario (*mutuus dissensus*)³⁹; sin embargo, no se había suscitado la cuestión de la compatibilidad de la revocación por *mutuus dissensus* con las causas especiales de revocación de una donación. Lo mismo ocurre con las numerosas sentencias de jueces de instancia que aplican el artículo 1165 del Código Civil relativo a la determinación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicios a los “honorarios” de diversos profesionales (arquitectos, gestores de proyectos, expertos, peritos...) para los cuales no existe un mecanismo especial⁴⁰. Por su parte, mediante sentencia de 25 de enero de 2024, la sala tercera de lo civil admitió la aplicación, en un caso de arrendamiento comercial, de la resolución del contrato por notificación, *aux*

que respecta a la articulación del artículo 1171 del Código Civil que declara no escritas las cláusulas abusivas presentes en un contrato de adhesión, por un lado, y las regulaciones especiales sobre cláusulas abusivas en el derecho de consumo y de la competencia, por otro lado (Com. 26 janv. 2022, n.º 20-16.782, precitada). En este sentido, Chénéde, *op. cit.*, n.º 123.380 s.

36. Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, préc. : V. *supra* n.º 12.

37. V. *supra* n.º 14.

38. V. *supra* n.º 14.

39. Civ 1^{re}, 30 nov. 2022, n.º 21-11.507, *publié au bulletin*, D. 2023. 215, note C. François, et 254, obs. Mekki, *RTD civ.* 2023. obs. M. Grimaldi, *RDC* 2023/1. 18, obs. Dournaux.

40. V. en particular: Rennes, 4^e ch., 30 mars 2023, n.º 21/07980, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 15, 7, obs. Houtcieff; Reims, 1^{re} ch. sec. civ., 23 mars 2023, n.º 22/00335; TJ Paris, 7^e ch. 1^{re} sec., 23 avr. 2024, n.º 20/04749.

risques et périls de su emisor, prevista en el artículo 1226 del Código Civil⁴¹. Pero no se planteó la cuestión de su compatibilidad con las reglas de los arrendamientos de negocio.

En algunos casos, la Corte de Casación recurre incluso a las reglas generales para colmar lagunas, en particular en materia del denominado *droit catégoriel*. Así consideró que resulta de la combinación del artículo L 111-1 del Código de Consumo, que no establece expresamente la nulidad del contrato en caso de incumplimiento de los deberes de información precontractuales que establece, y el artículo 1112-1 del Código Civil, que tal incumplimiento del profesional respecto del consumidor entraña, sin embargo, la anulación del contrato, en las condiciones previstas en los artículos 1130 y siguientes del Código Civil, si el incumplimiento de los deberes de información recae sobre elementos esenciales del contrato⁴².

3) En fin, cuando la regla general y la especial son idénticas, la Corte de Casación las aplica de forma concurrente, probablemente en aras de la eficacia y sobre todo porque no son antinómicas⁴³.

Lo anterior, a grandes rasgos, refleja el estado provisional sobre el artículo 1105 del Código Civil y su aplicación jurisprudencial sobre el cual podría pronunciarse el derecho de los contratos en particular, con ocasión de su reforma.

41. Civ. 3^e, 25 janv. 2024, n.º 22-16.583, *inédita*, D. 2024. 275. obs. Mekki et 786, note S. François, *RTD com.* 2024. 48, obs. Kendérian, *RDC* 2024/2. 57, obs. Seube, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 11, 16, note H. Conte.

42. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2023, n.º 22-18.928, *publié au bulletin* (D. 2024. 404, note Pellier, *RTD civ.* 2024. 92, *JCP G* 2024, comm. 15, obs. Loiseau et act. 225, note Leveneur-Azemar, *RDC* 2024/2. 94, obs. Julien, *CCC* 2024, comm. 32, obs. Bernheim Desvaux.

43. V. *supra* n.º 13.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS GENERALES Y LAS REGLAS ESPECIALES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL DERECHO DE CONTRATOS EN PARTICULAR

16. Una vez que el legislador reformista del *droit commun* ha tomado parte sobre la relación entre las reglas generales y las reglas especiales, el legislador que reforma el derecho especial de contratos no debe retomar una cuestión que no es de su competencia. Todo lo que puede y debe hacer es aplicar el principio de reparto adoptado, en este caso por el artículo 1105, utilizando los recursos que este le ofrece para aplicar, completar o derogar las reglas generales. Esto es lo que hacen, esencialmente, los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos en particular⁴⁴ (A). De hecho, uno de los motivos con más peso para su reforma es una mayor coherencia con el nuevo de los contratos.

Pero estos proyectos demuestran que el legislador de los contratos en particular a veces va más allá del principio de reparto establecido en la teoría general del contrato (B).

A. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARTO ESTABLECIDO POR LA TEORÍA GENERAL

17. La configuración de la relación establecida, por el *droit commun*, entre las reglas generales y las reglas particulares es bastante similar en los dos anteproyectos franceses de reforma del derecho de contratos en particular —el de la Asociación Capitant⁴⁵ y el

44. V. en particular: GOUËZEL, A., “L’articulation avec le ”, CCC, 2023, dossier 14; GOLDIE-GENICON, C., “L’adaptation au des contrats”, *La réforme du droit des contrats spéciaux*, (directores C. E. Bucher y M. A. Daillant), Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2023, 61; SÉRIAUX, A., “L’articulation du spécial et du général dans l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux”, *RDC*, 2023/1, 204.

45. *L’offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, elaborada por la Asociación Capitant se publica en junio de 2020. Se trata de una nueva versión, sensiblemente modificada, de un anteproyecto de reforma presentado a la Cancillería y difundido en junio de 2017.

Sobre este texto, disponible en la página web de la asociación, v. en particular: KASSOUL, H., GANTSCHNIG, D. (directores), *L’offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l’Association Henri Capitant*, Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N.; *L’offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l’Association Capitant*, Dossier, *RDC* 2020/3, 126.

de la Comisión presidida por el Profesor Stoffel-Munck⁴⁶—, aunque existan ciertas diferencias entre ellos⁴⁷. Esta relación se expresa de cuatro formas.

18. El reenvío a la regla general. La primera de estas expresiones es la del reenvío de una regla especial a la regla general a aplicar. Así, por ejemplo, el artículo 1602 del proyecto Stoffel-Munck reenvía al artículo 1163 para la determinación del bien vendido y al artículo 1166 para la determinación de su calidad. Otro ejemplo, en materia de mandato, el artículo 2007 reenvía al artículo 1156 para la sanción por ausencia o extralimitación del poder y el artículo 2008 al artículo 1157 para la sanción por el abuso del poder.

El proyecto Stoffel-Munck recurre a este mecanismo mucho más que el proyecto de la Asociación Capitant. Un autor ha enumerado 20 reenvíos en el primero y 12 en el segundo⁴⁸. Algunos de estos reenvíos pueden considerarse inútiles —lo cual se ha denominado “*des neutrons législatifs*”⁴⁹—, al aplicarse la regla general de todas maneras en ausencia de una regla especial contraria. Su presencia puede tener el mérito de eliminar toda duda sobre el punto en cuestión y ofrecer al operador jurídico del derecho contractual especial una representación completa del derecho contractual. Pero este mecanismo debe ser limitado para no convertir al derecho especial de contratos en una simple repetición del *droit commun*.

El tratamiento del *droit commun* por el derecho especial suscita otras dos observaciones.

46. Con relación a este texto, disponible también en la página web del Ministerio de Justicia, v. en particular, además de los estudios concernientes a diferentes contratos y publicados en diversas revistas: *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, (directores D. Galbois-Lehalle y P. Stoffel-Munck), LGDJ 2024; CHANTEPIE, G., y LATINA, M., “Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux”, *D.*, 2022, 1716; *La réforme du droit des contrats spéciaux*, (directores C. E. Bucher y M. A. Daillant), Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2023; “Quelle réforme pour les contrats spéciaux?”, 1.^a parte, CCC 2023, dossiers 8 a 15 y segunda parte, CCC 2024, dossier 1 (estudio comparado de los dos proyectos); “Libres réflexions sur la réforme du droit des contrats spéciaux”, Dossier, RDC, 2023/1, 203, *La reforma francesa de los contratos especiales, estudios a propósito del proyecto de la comisión Philippe Stoffel-Munck*, (directores A. Veiga Copo y R. Pazos Castro), Civitas, 2024.

47. El anteproyecto de reforma del derecho de contratos en particular, elaborado por la Comisión constituida por la Cancillería y presidida por el profesor Stoffel-Munck, fue publicado en julio de 2022, sometido a consulta pública y finalmente presenta al Ministerio el 11 de abril de 2023. Ahora prevalece en gran medida sobre el anteproyecto Capitant.

A continuación, el Gobierno tiene previsto solicitar al Parlamento autorización para reformar mediante *ordonnance*, en un plazo de dos años a partir de la publicación de la ley, “*les mesures relevant du domaine de la loi pour moderniser, compléter, simplifier et harmoniser le droit des contrats spéciaux régi par les titres VI à VIII, X à XIII du Livre III du code civil*”. El objetivo de la reforma, cuyos detalles figuran en el proyecto, es “*renforcer son efficacité*” y “*l'adapter aux besoins et enjeux économiques, sociaux et technologiques*”.

48. GOUËZEL, A., “L'articulation avec le *droit commun*”, CCC, 2023, dossier 14, n.º 12.

49. GOUËZEL, A., *ibid.*

Con relación a la forma, no se realiza siempre un reenvío expreso a un precepto en particular. Es posible que se realice de forma más global como el artículo 1650 del proyecto Stoffel-Munck que, en materia de compraventa, establece que “(*le cas échéant*) *l’existence d’un vice ne fait pas obstacle au droit de l’acheteur d’agir en nullité du contrat pour vice du consentement*”⁵⁰.

Con relación al fondo, se proyecta también el espíritu y la filosofía del nuevo *droit commun* sobre el derecho especial. Así, la exposición de motivos del proyecto Stoffel-Munck indica que el “*premier axe*” que lo inspira es favorecer la libertad contractual promovida por el *droit commun* reformado tras haberlo delimitado dentro de unos contornos razonables (en particular, por la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión). Ello se refleja naturalmente en el contenido de las reglas especiales; por ejemplo, al autorizar al vendedor profesional que se exonere de responsabilidad por la garantía de vicios a condición de que demuestre que ignoraba la existencia del vicio en cuestión⁵¹.

19. El abandono de ciertas reglas especiales. La segunda de las expresiones de la relación entre las reglas generales y las especiales que se encuentran en los proyectos de reforma del derecho especial de contratos es la del abandono de reglas especiales que reflejaban particularidades de un contrato nominado. El ejemplo típico es el de la garantía de vicios ocultos en el contrato de compraventa. El artículo 1644 del proyecto Stoffel-Munck mantiene en apariencia las acciones específicas de la garantía por vicios ocultos: la estimatoria y la redhibitoria. Pero precisa que tales acciones se ejercen “*conformément aux articles 1217 et suivants*”. Por ello, la doctrina considera que tales acciones solo son una aplicación del “*nouveau droit commun des sanctions contractuelles*”. Este reenvío transforma completamente la garantía por vicios de la compraventa.

20. El complemento del *droit commun*. La tercera de las expresiones mencionadas que se encuentra en los proyectos de reforma del derecho especial de contratos es la de *complementar* el *droit commun*. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1739, para el arrendamiento, y el artículo 1879-3, para el comodato, del proyecto Stoffel-Munck que contemplan la cesión del contrato, accesoria a la del bien al que se refiere, lo cual no está previsto en el *droit commun* reformado.

El ejemplo más típico, parcialmente común a ambos proyectos, concierne a los contratos preparatorios. Ambos contemplan, junto con la compraventa, la promesa sinalagmática de contrato que el código reformado ignora⁵². Por el contrario, solo el proyecto Stoffel-Munck aborda el pacto de preferencia para señalar que las partes pueden acordar el pago de una cantidad de dinero en lugar de la prioridad concedida al beneficiario, enunciar la regla relativa a su duración (artículo 1585) y precisar las modalidades de ejercicio de

50. Principio opuesto al que mantiene la Corte de Casación, v. *supra* n.º 10.

51. Artículo 1642: “*Le vendeur est tenu des vices du bien vendu quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n’ait stipulé qu’il ne sera obligé à aucune garantie. Le vendeur professionnel est présumé, jusqu’à preuve du contraire, connaître ces vices*”.

52. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículo 15; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1587 s.

este derecho (artículo 1586). Las mismas cuestiones también se precisan en los preceptos relativos a la promesa unilateral de venta (artículos 1588 a 1590). En realidad, se trata de colmar las lagunas del *droit commun*.

21. La derogación del *droit commun*. La última expresión de la relación entre las reglas particulares y las generales concierne a la *derogación*. Aunque considerada normal, lo cierto es que es la más rara. Ello se debe en gran medida al hecho, no siempre suficientemente destacado, de que no todo el *droit commun* es susceptible de derogación, ya que se basa en gran medida en la naturaleza del acto, particularmente en lo que concierne a su formación y validez. Por tanto, la derogación solo puede referirse a puntos secundarios de la teoría general del contrato.

Como ejemplo, cabe citar el artículo 1738 del proyecto Stoffel-Munck. Tras indicar que “*le locataire peut céder le contrat de bail dans les conditions de l’article 1216*”, añade que “*par dérogation à l’article 1216-1, la cession du contrat par le locataire libère celui-ci pour l’avenir*”⁵³.

En ocasiones, la doctrina cita también como ejemplo las reglas previstas para la fijación del precio en los contratos de prestación de servicios o en los contratos de empresa. Pero estos casos son más bien un supuesto de modificación de la relación de las reglas generales y especiales por el derecho especial.

53. La misma liberación automática del cedente para el futuro, contraria al nuevo artículo 1216-1 que exige el consentimiento expreso de la contraparte del contrato cedido, también se prevé en el artículo 1879-3 en caso de transmisión del contrato de comodato al adquirente del bien prestado y por el artículo 1739 para la transmisión del arrendamiento al adquirente del bien arrendado. La liberación para el futuro del arrendatario cedente también se prevé en el artículo 61 del proyecto de la Asociación Capitant. Tal coincidencia revela un cierto malestar respecto de la regla general.

B. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARTO ESTABLECIDO EN LA TEORÍA GENERAL

22. Cuando el derecho especial cambia alguna cosa respecto del principio de reparto enunciado por el *droit commun*, se produce una modificación de las relaciones entre las reglas generales y las reglas especiales. En los proyectos franceses de reforma del derecho especial de contratos, ello se produce de *dos formas* de diferente naturaleza: por un lado, mediante *adiciones* y, por otro, mediante una *incursión* en el *droit commun*.

23. **Las adicciones.** Las adicciones son comunes en ambos textos. Pero su objeto no es el mismo según el caso.

El rasgo característico del proyecto de la Asociación Capitant es consagrar, junto a las reglas especiales para determinados contratos, unas reglas especiales a determinados tipos de obligaciones. Una de las razones invocadas para ello es que varios contratos especiales dan lugar al nacimiento de obligaciones “*identiques ou similaires*”, por lo que sería artificial someterlas a un régimen separado⁵⁴. Así, en el proyectado Título IV “*Des droits et obligations spéciaux*” (artículos 1 a 11) se encuentran reglas relativas a las obligaciones de entrega y de garantía por evicción (particularmente en la constitución o transmisión de un derecho real), al derecho de disfrute, a las obligaciones de restitución, conservación y mantenimiento, etc.

Este sistema, que intercala entre las reglas generales y las especiales del contrato un cuerpo suplementario de disposiciones, se considera con carácter general demasiado complicado y no funciona realmente en la práctica⁵⁵. Por ello, no fue adoptado por la Comisión Stoffel-Munck.

No obstante, ambos proyectos sí incluyen en cierta medida un segundo tipo de adición. Consiste en distinguir, para un contrato determinado, género y especies, incluso de subespecies (o variedades). Por ejemplo, el sistema se construye empleando el enunciado “*Règles (ou de dispositions) communes à toutes les ventes*”⁵⁶ seguidas de “*Règles (ou de dispositions) propres aux ventes de certains biens*”⁵⁷. La misma estructura se aplica

54. Exposición de motivos, p. 3. Las otras razones son que así se evitan los rodeos que supone la calificación de los contratos híbridos, que se evita la reproducción idéntica de las reglas en el régimen de cada uno de los contratos en particular y que se permite tratar los contratos que no se pueden adscribir a ninguna categoría existente.

55. Sobre esta última cuestión, v. en particular: CATALANO, G. “Les obligations communes aux contrats de “restitution”. Le mythe aux prises de la réalité”, *L’offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l’Association Henri Capitant*, op.cit., p. 67.

56. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 12 a 19; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1583 a 1656.

57. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 40 a 49, que solo distinguen la venta de inmuebles y la cesión de derechos litigiosos; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1657 a 1692 que adoptan las mismas categorías.

al contrato de arrendamiento⁵⁸, al contrato de prestación de servicio⁵⁹ o a los contratos de empresa⁶⁰, a los préstamos traslativos (solo en el proyecto Capitant)⁶¹, al depósito (también solo en el proyecto Capitant)⁶². En el fondo, esto no es ninguna novedad, dado que el Código actual también distingue entre varios tipos de arrendamiento y préstamo, por ejemplo. Es también un reflejo del conocido fenómeno de crecimiento en arborescencia del derecho especial que se viene produciendo desde 1804.

Ello pone más claramente de manifiesto la cuestión de la articulación de las reglas especiales y las reglas muy especiales y la de estas últimas con el *droit commun*. Se trata de un punto ciego de la relación entre las reglas generales y las reglas especiales. Ningún texto de derecho especial lo regula y tampoco lo hace los anteproyectos de reforma del derecho especial de contratos. Como se ha visto, el nuevo artículo 1105 tampoco lo hace. No obstante, se afirma generalmente que es preciso razonar de la misma manera y aplicar el principio *specialia generalibus derogant*, yendo de lo muy particular a lo particular, y después de lo particular a lo general. Pero nadie ha demostrado que este principio de reparto sea aplicable sin dificultades ni adaptación. Por lo tanto, sería bienvenido un principio expreso de articulación entre lo especial y lo muy especial.

58. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 52 a 64 ("*Règles communes à toutes les locations*") y artículos 65 a 68 ("*Règles propres à la location de certains biens*") que solo contemplan disposiciones dispares sobre la cotitularidad del contrato de arrendamiento entre esposos o parejas vinculadas por un pacto de solidaridad, la responsabilidad en caso de incendio de un inmueble y el alcance de la garantía por disfrute debida por el arrendador de un inmueble en el que el arrendatario ejerce una actividad económica; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1713 a 1743 ("*Dispositions communes à toutes les locations*") y artículos 1749 a 1753 ("*Dispositions propres aux locations d'immeubles*"). N.-B.: las disposiciones comunes siguen 4 artículos introductorios que definen el arrendamiento (*location*, en francés, "*aussi dénommée bail*"), el *loyer* (suma de dinero que puede complementarse con la prestación de un bien o servicio), que atribuyen en principio al arrendatario los frutos de la cosa e indican qué bienes (incluidos incorpóreos) pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento.

59. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 69 a 77 ("*Règles communes à tous les contrats de prestation de service*"), artículos 78 y 79 ("*Règles propre au contrat de transport*"), artículos 80 y 81 ("*Règles propres au courtage*"), artículos 82 a 99 ("*Règles propres aux contrats portant sur la réalisation d'un bien*", con la subdistinción de aquellas reglas propias de los contratos a los contratos de fabricación de un bien mueble y las propias de los contratos de construcción de un bien inmueble).

60. Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1756 a 1780 ("*Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise*") y artículos 1786 a 1794 ("*Dispositions propres à certains contrats d'entreprise*", que distinguen el contrato de *entreprise mobilière* y el contrato de construcción).

61. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 115 a 112 ("*Règles communes à tous les prêts translatifs*") y artículos 123 a 125 ("*Règles propres au prêt d'argent*"). El proyecto de la Comisión Stoffel-Munck opone el *prêt à usage* al *prêt de consommation*.

62. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 126 a 133 ("*Règles communes à tous les dépôts*") y artículos 127 a 141 ("*Règles propres à certains dépôts*", distinguiendo el *dépôt hôtelier* y el *séquestre*). El proyecto Stoffel-Munck contrapone el depósito propiamente dicho al *séquestre*, dividido este a su vez en *séquestre conventionnel* y *judiciaire*, y al depósito *hôtelier*.

24. La incursión en el *droit commun*. El segundo tipo de *superación*, por parte del derecho especial, de la relación entre las reglas generales y especiales establecidas por el *droit commun* es característico del proyecto de la Comisión Stoffel-Munck. Su especificidad la sitúa al límite de la cuestión. Se trata sencillamente de aprovechar la ocasión de la reforma de los contratos en especial para abordar de nuevo el contenido de la teoría general del contrato. El fenómeno es limitado y concierne principalmente a la sensible cuestión de la determinación del precio en los contratos de prestación de servicios⁶³.

Los miembros de la Comisión consideran inoportuna la nueva regla enunciada por el artículo 1165 que, en caso de ausencia de acuerdo de las partes antes de la ejecución del contrato, permite al acreedor fijar el precio. Así lo excluyen para todos los contratos de la categoría que tratan: el contrato de empresa, el préstamo, el depósito y el mandato. La Comisión procede dentro del ámbito de actuación que le compete, incluso aunque el alcance de tal exclusión es tan vasto que cabe preguntarse qué campo de aplicación queda para el artículo 1165.

No obstante, se extralimita claramente de su cometido cuando sugiere la abrogación del precepto⁶⁴. Si bien prohibida por la *lettre de mission* enviada por el Ministerio de Justicia al presidente de la Comisión, parece que ahora permite esta reversión. Un artículo del proyecto de ley que habilita al gobierno a reformar el derecho de contratos mediante *ordonnance* le autorizaría a “*adapter les règles relatives au contrat figurant au sous-titre I^{er} du Titre III du Livre III afin d’améliorer leur articulation avec le droit des contrats spéciaux réformé*”⁶⁵. Sin ánimo de exagerar, se puede decir que, si se adopta en los términos de este proyecto, la ley que habilita al gobierno para reformar por *ordonnance* el derecho especial de contratos lo haría también para permitir reformar (el texto prefiere el eufemismo de “*adapter*”) de nuevo el *droit commun* de contratos. Aunque solo opere de forma marginal, cabe rechazar este método que, bajo la apariencia de la relación entre la teoría general y el derecho especial de contratos, consisten en abordar de nuevo el fondo de la primera con ocasión de la reforma del segundo.

25. Cabe tranquilizarse un poco ante la suerte que ha corrido tal proposición, pues el Senado ha suprimido, en primera lectura, esa habilitación a reformar el derecho especial de contratos por *ordonnance*. En particular, considera que no se puede prescindir de un debate parlamentario sobre un texto legal de tanta importancia⁶⁶.

63. Lo mismo ocurre con la noción de contrato aleatorio, cuya definición en el nuevo artículo 1108, párrafo 2, se considera demasiado amplia y no adaptada a los contratos regulados por el Título IX reformado (artículos 1964 a 1983: *jeu et pari, rente viagère, tontine*).

64. Además de los comentarios sobre los artículos del anteproyecto considerados, v. Lardeux, note sur Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, LPA 2023, n.º 012, 49.

65. Artículo 11-II-1.º del proyecto de ley n.º 550 de simplificación de la vida económica registrada en la Presidencia del Senado el 24 de abril de 2024.

66. Informe n.º 634 de la Comisión especial del Senado de 28 de mayo de 2024; discusión en primera lectura los días 3, 4 y 5 de junio de 2024.

En cuanto a la Asamblea nacional, que es —¿era?— mucho más favorable a dicha delegación, tendrá otros asuntos de los que preocuparse. Pero ciertamente ello no es nada de lo que alegrarse.

Santiago de Compostela, julio de 2024

BIBLIOGRAFÍA

- BALAT, N., “Réforme du *droit commun* des contrats : et les conflits entre *droit commun* et droit spécial ?”, *D.*, 2015, 699.
- BALAT, N., *Essai sur le droit commun*, pref. Grimaldi, M., LGDJ, Bibl. Droit privé, t. 571, 2016.
- BLANC, N., “Contrats nommés et contrats innomés, un article disparu?”, *RDC*, 2015/3, 810
- BUCHER, C. E., y DAILLANT, M. A. (directores), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2023.
- CATALANO, G. “Les obligations communes aux contrats de “restitution”. Le mythe aux prises de la réalité”, *L’offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l’Association Henri Capitant*, Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N., p. 67.
- CHANTEPIE, G., LATINA, M., “Observations générales sur l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux”, *D.*, 2022, 1716.
- CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2023-2024.
- DESHAYES, O., GÉNICON, T., y LAITHIER, Y. M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2.^a ed., 2018.
- FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L’acte juridique*, Sirey-Université, 18.^a ed., 2024.
- GALBOIS-LEHALLE, D., y STOFFEL-MUNCK, P. (directores), *L’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, LGDJ 2024.
- GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, pref. Lequette, Y., LGDJ, “Bibl. droit privé”, t. 509, 2009
- GOLDIE-GENICON, C., “*Droit commun* et droit spécial”, *RDA*, 2013/7. 29
- GOLDIE-GENICON, C., “L’adaptation au *droit commun* des contrats”, *La réforme du droit des contrats spéciaux*, (directores C. E. Bucher y M. A. Daillant), Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2023, 61.
- GOUÉZEL, A., “L’articulation avec le *droit commun*”, *CCC*, 2023, dossier 14.
- KASSOUL, H. y GANTSCHNIG, D. (directores), *L’offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l’Association Henri Capitant*, Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N.
- LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 3.^a ed. 2024.
- LEQUETTE, Y., “Y aura-t-il encore en France l’an prochain, un *droit commun* des contrats?”, *RDC*, 2015/3, 616.

SÉRIAUX, A., “L’articulation du spécial et du général dans l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux”, *RDC*, 2023/1, 204.

TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHÉNEDÉ, F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, colección “Précis”, 13ª ed., 2022.

VEIGA COPO, A., y PAZOS CASTRO, R. (directores), *La reforma francesa de los contratos especiales, estudios a proposito del preoyecto de la comision Philippe Stoffel-Munck*, Civitas, 2024.

Véanse también los siguientes dossieres publicados en revistas jurídicas francesas:

L’offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l’Association Capitant, Dossier, *RDC*, 2020/3, 126.

Quelle réforme pour les contrats spéciaux?, *CCC*, 2023, dossiers 8 a 15 y *CCC* 2024, dossier 1 (*Estudio comparado de los dos avant-projets de reforma del derecho de contratos en especial*)

Libres réflexions sur la réforme du droit des contrats spéciaux, Dossier, *RDC*, 2023/1. 203 (Avant-projet Stoffel-Munck).