

LAS FUENTES SUPLETORIAS DE LA LEY Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

*Teresa Asunción Jiménez París
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid.*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA COSTUMBRE. 2.1.- Alteración del rango de la costumbre frente a la ley. 2.2.- Alegación y prueba. 2.3.- Los usos. III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 3.1.- Valor y límites. Alegación y prueba. IV.- ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO? 4.1.- Concepto y notas. 4.2.- Valor. V.- LA DOCTRINA CIENTÍFICA. VI.- APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS. 6.1.- La realización del Derecho. 6.2.- La interpretación de las normas. 6.2.1.- Concepto. 6.2.2.- Elementos de la interpretación. A) Elemento gramatical. B) Elemento lógico. Elemento histórico. D) Elemento sistemático. E) Elemento de la realidad social. 6.2.3.- Clases de interpretación. A) Por razón del órgano o sujeto que la realiza. B) Por los resultados de la interpretación. 6.3.- Aplicación equitativa. 6.4.- Aplicación analógica. 6.4.1.- Concepto de analogía. 6.4.2.- La analogía en el Código Civil. 6.4.3.- Cuándo procede la aplicación analógica de la ley. 6.4.4.- Requisitos para que proceda la aplicación analógica de la ley. 6.4.5.- Ejemplos de aplicación analógica de las leyes. 6.4.6.- Diferencias entre analogía e interpretación. 6.4.7.- Supuestos en que el legislador prohíbe la analogía.

I.- INTRODUCCIÓN.

Las fuentes formales del ordenamiento jurídico español (en el sentido de *formas* de manifestarse las normas en el Derecho español) son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, como señala el art. 1.1 CC.

La fuente que se aplica en primer lugar es la ley (en el sentido de norma escrita), teniendo presente que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra superior (art. 1.2 CC, lo que implica que hay una jerarquía entre las normas escritas.¹). Pero la norma escrita presenta lagunas. Es decir, pueden existir supuestos que carezcan de regulación escrita. Entonces, para regular el caso, entran en juego las fuentes formales supletorias de la ley, la costumbre (fuente supletoria de primer grado) y los principios generales del Derecho (fuente supletoria de segundo grado) (art. 1.3 y 1.4 CC). Por otro lado, el art. 1.6 CC señala que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Estudiaremos, pues, a continuación el papel de la costumbre y de los principios generales del Derecho como fuentes supletorias de la Ley, así como el papel que corresponde a la jurisprudencia en su labor complementadora del ordenamiento jurídico, para centrarnos luego en el análisis de cómo se verifica la aplicación de las normas.

¹ En el art. 9.3. CE se garantiza el principio de jerarquía normativa.

II.- LA COSTUMBRE.

Es la norma de Derecho introducida *por la repetición de actos de una misma especie*, siempre que concurren una serie de requisitos que examinaremos después. Se llama también a la costumbre Derecho no escrito y al conjunto de costumbres jurídicas, Derecho Consuetudinario. En el Derecho Privado español la costumbre ha tenido siempre una gran importancia. La costumbre se distingue del uso (que consiste en la mera repetición de actos) en que éste es *sólo uno de los elementos de la Costumbre*.

La legislación de Partidas, recogiendo la doctrina romano - canónica, exigía para que el uso fuese considerado como Costumbre y regla de Derecho los siguientes requisitos (*Partida I, tít. 2, leyes 2ª y 5ª*):

1º.- Que fuese el uso conforme al Derecho Natural y favorable al bien común.

Literalmente decía la ley 5ª citada que la costumbre "debe ser con justa razón e non contra la ley de Dios, ni contra Derecho natural, ni contra procomunal [bien común] de toda la tierra del lugar do se hace".

2º.- Que se estableciese públicamente y no por actos furtivos o clandestinos.

3º.- Que fuese tolerado por el legislador.

4º.- Que la observancia de este uso originario de la costumbre fuese constante y general durante el plazo de 10 o 20 años.

5º.- Que se hubiesen dictado, de acuerdo con el uso establecido, dos sentencias uniformes.

Cumplidas estas condiciones, la costumbre se tenía por regla jurídica positiva.

Históricamente (*Partida I, tít. 2, ley 6ª*), han existido en España tres clases de costumbres:

- costumbre que interpretaba y aclaraba el sentido de la ley (costumbre según ley o *secundum legem*)

- costumbre que suplía las omisiones de la ley (costumbre fuera de ley o supletoria o *praeter legem*)

- costumbre que derogaba los preceptos de la ley anterior a ella (costumbre contra ley o *contra legem*)

Este régimen subsistió hasta la publicación del Código Civil de 1889, que implicó en España como lo implicó el movimiento codificador (de elaboración de Códigos) en los demás países, un retroceso en el reconocimiento de la Costumbre.

El Código Civil rechazó la costumbre contra ley y sólo admitió expresamente la costumbre *local y supletoria*.

Tras la reforma de 1973 - 1974 del Título Preliminar del Código Civil se dedica a la costumbre el art. 1.3º. Se mantiene el carácter de la costumbre como *fuente supletoria de Derecho, en defecto de ley aplicable (es decir, se reconoce la costumbre fuera de ley y se rechaza la costumbre contra ley*, al decir el art. 2.2 que las leyes *sólo se derogan por otras posteriores* (por lo tanto, no por costumbres contrarias). Ahora bien, con la reforma de 1973 - 1974 ya no se

restringe la costumbre a la costumbre *local*, como ocurría antes de la reforma, sino que se admite también la costumbre *general*, en una comarca, en un territorio e incluso en toda España.

Ahora bien, el Código Civil guarda silencio acerca de las condiciones o requisitos de formación de la Costumbre, que antes sí que estaban regulados en la legislación de Partidas, como hemos visto. De ahí que se entienda por los civilistas que para suplir este vacío hay que acudir a la doctrina y al Derecho precedentes, es decir, a la *tradición jurídica*. De esta manera resultan los siguientes requisitos o **Condiciones de formación de la costumbre**:

Para la formación de la costumbre han de concurrir:

1.- Un *elemento material* consistente en una repetición de actos o uso que reúna las siguientes condiciones: ser un uso general, de observancia general; ser un uso uniforme; ser un uso constante y *tener cierta duración en el tiempo, lo suficientemente larga para que pueda verse en el uso una regla consolidada*. P.e., cabría exigir un plazo de 10 años, que es el que el Derecho Romano exigía para la formación de la Costumbre *praeter legem*, ignorada por el legislador. Pero si la Costumbre es contraria a los derechos de un tercero, se aplicarían los plazos generales de prescripción de derechos.

2.- Un *elemento espiritual* denominado "*opinio iuris seu necessitatis*", lo que se traduce por convicción de derecho o de obligatoriedad. Consiste en la convicción de que aquello que se observa es ya Derecho, es decir, norma obligatoria y vigente. En otras palabras, es la convicción del carácter obligatorio de la regla introducida por el uso.

3.- Unos *requisitos en cuanto a la materia u objeto* de la costumbre que consisten en, como señala el art. 1.3 CC., que el uso no sea contrario ni a la razón, ni a la moral, ni al orden público.

Analizaremos a continuación con más detalle cuáles son las clases de costumbres que admite el ordenamiento jurídico español. Para ello realizaremos las siguientes clasificaciones de la costumbre:

1.- *Por la extensión de su aplicabilidad*:

Las costumbres pueden ser:

- *generales*. Son las que se observan en todo el territorio nacional. Esto se produce, sobre todo, en ámbitos especiales, como en el Derecho mercantil, profesional o corporativo.

- *particulares*. Son las que se observan en una parte del territorio nacional. Dentro de éstas, por razón de su ámbito territorial cabe distinguir costumbres regionales, comarcales y locales.

Si se plantean discrepancias (contradicciones) entre costumbres generales, regionales, comarcales o locales, cuestión que no está resuelta por el Código Civil, puede aplicarse para resolver el problema el criterio establecido en la ley 3

de la Ley Especial de Navarra, que da preferencia a la costumbre local respecto de la general.

2.- *Por su eficacia en relación con la ley:*

Se distinguen 3 especies de Costumbre:

- *consuetudo secundum legem*, o costumbre según ley; es aquella costumbre que interpreta y aclara el sentido de la ley.

- *consuetudo praeter legem*, o costumbre fuera de ley. Establece una norma jurídica extraña a la ley. Regula situaciones sobre las que la ley guarda silencio.

- *consuetudo contra legem*, o costumbre contra ley. Establece una norma jurídica contraria a la ley.

Ya hemos dicho que el Código Civil., no admite la costumbre *contra legem*. En cuanto a la *secundum legem* o interpretativa, parece que tampoco subsiste, ya que la organización jurídica española deja en libertad al juez y al funcionario para buscar en cada momento la interpretación más acertada de la ley.

El Código Civil admite, pues, la costumbre *praeter legem* como fuente supletoria de la ley, que se aplica cuando no existe precepto legal aplicable al caso.

2.1.- **Alteración del rango de la costumbre frente a la ley:**

A veces, el Código Civil o la ley en general, se remiten expresamente a la costumbre, alterándose el rango de la costumbre frente a la ley, de manera que aquélla deja de ser norma supletoria y pasa a ser norma principal. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los artículos 1496 y 1599 CC. El art. 1496 señala: “La acción redhibitoria que se funde en los vicios o defectos de los animales, deberá interponerse dentro de cuarenta días, contados desde el de su entrega al comprador [esta es la norma legal], *salvo que, por el uso en cada localidad, se hallen establecidos mayores o menores plazos.* [Es decir, salvo que si hay costumbre al respecto en la localidad, ésta se aplicará antes que la norma legal. Se altera el rango de la costumbre frente a la ley]. El art. 1599 señala para las obras por ajuste o precio alzado: “Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega” [es decir, la norma legal exige pagar al entregarse la obra, pero existiendo costumbre diferente, ésta se aplica preferentemente a la ley].

2.2.- **Alegación y prueba:**

A efectos de aplicación por los Tribunales, la costumbre ha de ser alegada y probada por las partes, como señala el art. 1.3 CC.

En Navarra, en cambio, se distingue entre costumbre notoria, que no necesita de alegación y prueba y que deberá ser apreciada de oficio por los Tribunales (según el principio *iura novit curia*, esto es, el Tribunal conoce el derecho), y la no notoria, que necesita de alegación y prueba.

2.3.- Los usos:

Distintos de la costumbre, aunque produzcan ciertos efectos jurídicos, son los usos sociales y los usos del tráfico.

Usos sociales son los modos ordenados y ordinarios de conducta de las gentes. A ellos se remite, a veces, el Código Civil como datos de hecho adecuados *para determinar ciertos extremos*.

Esto ocurre en los arts. 902 (los albaceas deberán disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por el testador en el testamento, y en su defecto, *según la costumbre del pueblo*), 1041 (no estarán sujetos a colación, es decir no se tendrán por recibidos por los herederos forzosos como donación a efectos de tomar ahora menos en el caudal dejado por el difunto, los *regalos de costumbre*), 1453 (la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es *costumbre* gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva) y 1894.2º CC (los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a *los usos* de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido obligación de alimentarle).

No constituyen en sí una norma jurídica y no son fuente de Derecho, sino que como hemos dicho, sirven para determinar ciertos extremos: así si el presente recibido en unas Navidades por uno de los hijos de A, heredero forzoso del mismo junto con sus tres hermanos es un regalo de costumbre (según el uso social) que no será tenido en cuenta al partir la herencia de A, o una donación (es decir una atribución patrimonial gratuita que en el uso social excede de la consideración de regalo de costumbre), en cuyo caso se tendrá que tener en cuenta como pago adelantado de su legítima, para en el momento de partir la herencia tomar menos.

Los *Usos del tráfico*, también llamados *usos negociales o convencionales*, son los que de un modo corriente y uniforme se observan en la práctica de los negocios jurídicos, y especialmente en la de los contratos. Se forman por la simple práctica habitual de determinada conducta, sin necesidad de *opinio iuris*. No son costumbres en el sentido estricto del término, pero tienen relevancia jurídica y por disposición de la ley se acude a ellos:

1º.- *Para regular jurídicamente un punto. En este caso el uso se adopta como norma. En tal caso es fuente de Derecho y se les denomina usos normativos.*

A estos usos se refiere el art. 1.3.2º del CC cuando dice que "los usos jurídicos *que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad*, tendrán la consideración de costumbre". Por lo tanto, de acuerdo con el art. 1.3.1º rigen en defecto de ley, o antes que ella cuando ésta establece que se atienda en primer lugar a los usos o costumbres. Deberán probarse, y no podrán ser contrarios a la moral o al orden público.

El Código Civil se remite a estos usos en los arts. 570.1º, 571, 590, 591, 1258 (muy significativo es este precepto en el que se indica que "los contratos se

perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso [negocial normativo] y a la ley), 1496, 1520, 1599. También el art. 1287 se remite a los usos negociales normativos en cuanto señala que el uso o la costumbre “*suple la omisión de las cláusulas que ordinariamente se establecen en los contratos*”, luego regula los derechos de las partes.

2.º Para interpretar la voluntad de las partes en los negocios jurídicos (art. 1287 CC). Señala este precepto que el uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta *para interpretar las ambigüedades de los contratos*. De ahí que se les califique de *usos interpretativos*. *No son fuente de Derecho pues la ley no remite a ellos para regular el caso, sino como datos de hecho adecuados para conocer la voluntad del sujeto y aplicar, entonces, la regulación pertinente*.

El Código Civil les niega el carácter de fuente del Derecho en el art. 1.3.2º, de donde se deduce que los usos meramente interpretativos de una declaración de voluntad no tienen la consideración de costumbre.

III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

La segunda fuente supletoria de la ley son los principios generales del Derecho. A ellos se refiere el art. 1.4 CC, cuando señala que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (por lo tanto, son fuente supletoria de segundo grado).

Existe una polémica doctrinal acerca de a qué principios se refiere el Código Civil al utilizar la expresión "principios generales del Derecho".

Comparando esta expresión con otras utilizadas por otros Códigos Civiles extranjeros, resulta, que el Código Civil austriaco de 1811 (art. 7) remite al juez a *los principios jurídicos naturales*.

Por su parte, el CC italiano de 1942, habla en su Disposición Preliminar 12 de *los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*.

La expresión utilizada por el Código Civil español (principios generales del Derecho) no es tan definitiva como las utilizadas por estos Códigos extranjeros, y por ese motivo la doctrina sostiene dos tesis diferentes a propósito de cuáles son los principios generales del Derecho a que se refiere el art. 1.4 CC.

Para una primera tesis se trataría de unos *principios de Derecho positivo*, que estarían dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Se trataría de los principios inspiradores de las instituciones integrantes del Derecho positivo que rigiese en España en un determinado momento, inducidos por generalización a partir de las normas positivas concretas.

Para una segunda tesis, la expresión principios generales del Derecho haría referencia a unos *principios válidos, anteriores al Derecho positivo del Estado*, expresión de la perfecta justicia, que constituirían las reglas fundamentales a las que debe atenderse la convivencia de los hombres en sociedad. Se trataría de unos principios que, siendo independientes de la voluntad humana, pero congruentes con la naturaleza racional del hombre y cognoscibles

por las solas luces de la razón, mediante la contemplación del orden natural que hay en las cosas, estarían grabados en la mente del hombre por Dios, siendo siempre válidos en cualquier tiempo y lugar. Se trataría de los principios del Derecho Natural, principios generales del orden justo o principios generales de la ciencia jurídica.²

Así, por ejemplo, sería un principio de Derecho natural el principio de que de todo negocio debe excluirse el fraude o la prohibición de la usura o de la defraudación del justo salario del trabajador.

En nuestra opinión, parece más cierta la segunda tesis porque:

- El CC utiliza la expresión más abstracta "principios generales del Derecho", no principios generales *del ordenamiento jurídico del Estado español*, lo que le aleja del CC italiano.

- Por otro lado, el término "Derecho" tiene hasta cuatro acepciones: Derecho, como *iustum*, es decir, derecho como sinónimo de lo justo. Derecho como *lex*, como norma. Derecho como *facultas*, como facultad. Derecho como *scientia*, como ciencia.

De estas cuatro acepciones, las dos que parecen encajar mejor en la expresión "principios generales del Derecho" son, el Derecho como *iustum*, y así resultaría que los principios generales del Derecho son los principios generales del orden justo, o el Derecho como ciencia, y así tendríamos que por principios generales del Derecho hay que entender los principios generales de la ciencia jurídica, lo que nos vuelve a trasladar a los principios de Derecho Natural, por lo menos, según el iusnaturalismo clásico.³

² Los partidarios de esta segunda tesis incluyen entre los principios generales del Derecho, principios tradicionales del Derecho Histórico Español y de la tradición jurídica romana (esto es del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano), puesto que tanto el Derecho romano, como el Derecho Histórico Español reconocían la existencia del Derecho natural y se fundamentaban en el mismo. Así:

- IUSTITIA EST CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI (Ulpiano). Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho).

- PACTA SUNT SERVANDA. (Ulpiano). Los pactos deben ser observados.

- AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR. Nadie está obligado a lo imposible.

- NEMO DAT QUOD NON HABET. Nadie da lo que no tiene.

- NEMO PLUS IURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST, QUAM IPSE HABERET. Nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene.

- ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- IURE NATURAE AEQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM. (Pomponio). Por derecho natural, es equitativo que nadie se enriquezca con daño de otro.

³ Según explica la Escuela clásica de pensamiento iusnaturalista o Escuela Clásica Española de Derecho Natural (llamada también así porque los máximos representantes de la misma son españoles. Así, los padres dominicos Vitoria, Báñez, Medina; Mariana, Suárez, etc.. Y más recientemente Rafael Rodríguez de Cepeda o Elías de Tejada y Espínola) existe una *subalternación entre las ciencias*, es decir, una dependencia de unas respecto de otras, y por ello la ciencia jurídica dependería o tendría sus fundamentos últimos, o sea, sus principios generales, en otra ciencia, que es la Ciencia del Derecho Natural, la cual sería una parte de la Ética o Filosofía moral.

Existe una tercera posición doctrinal, ecléctica, consistente en entender que el art. 1.4 CC haría referencia tanto a los principios inducidos del ordenamiento jurídico estatal, como a los principios del Derecho Natural. Esta tercera posición doctrinal presenta la dificultad de la necesaria jerarquía entre unos y otros principios. Así en primer lugar considera que habría que acudir a los principios del Derecho positivo, y una vez agotados éstos, cabría acudir a los principios del Derecho Natural.

3.1.- Valor y límites. Alegación y prueba.

Los principios generales del Derecho son la 3ª fuente de Derecho y con ella se llenan las lagunas que existan en el Derecho legislado y consuetudinario. La existencia de dichas lagunas es inevitable pues la ley y la costumbre ni prevén ni regulan, porque no pueden, todos los casos que pueden presentarse en la práctica sino los más corrientes e importantes.

Deben ser aplicados en defecto de ley y costumbre por cualquier Tribunal y en cualquier instancia, de oficio, aunque no hayan sido alegados por las partes, pues a ellos se extiende el principio *iura novit curia*, o deber especial de los Tribunales de conocer el Derecho.

Ahora bien, es lo normal que la parte alegue en el pleito el principio general que a su derecho convenga, y por el cual, partiendo de que no hay ley ni costumbre, debe regirse el caso. Esto debe hacerse en evitación del riesgo de que el Tribunal no llegue a apreciarlo de oficio.

De ahí que sea conveniente:

1. Alegar que se cita el principio general del Derecho *por no haber ley ni costumbre exactamente aplicable al caso*. De algunas

Esta Escuela se caracteriza por su raigambre metafísica (con lo que se quiere significar que parte de que los seres existen, son seres reales) y también por su realismo gnoseológico (con lo que se quiere significar que parte de que el entendimiento conoce la realidad).

Según esta Escuela, la demostración de la existencia del Derecho Natural se basaría en los siguientes argumentos filosóficos:

- 1.- Si no se diera un Derecho Natural, ninguna ley positiva podría ser injusta. Todas las leyes, por el mero hecho de ser leyes, serían justas.

- 2.- Muchas cosas son injustas en sí, por su propia naturaleza, y están en las conciencias de todos los hombres (por ejemplo, el homicidio, la traición a la patria, la estafa, la especulación). Luego existe un Derecho válido independientemente de la ley positiva.

- 3.- Porque muchas cosas son injustas por su propia naturaleza y están en las conciencias de todos los hombres, es por lo que son prohibidas o castigadas por las leyes positivas.

- 4.- Para que la autoridad dé la primera ley positiva, tiene que tener derecho a darla, pero tal derecho no puede derivar de una ley positiva anterior, porque entonces ya no daría la primera ley positiva. Luego existe un Derecho natural anterior a toda ley positiva.

Si por hipótesis tal derecho a darla radica en un pacto, el pacto no podría existir ni ser obligatorio entre los hombres, si no existiese un previo principio de Derecho Natural de que los pactos han de ser observados (*Pacta sunt servanda*). Luego hay que concluir que el fundamento del Derecho positivo está en el Derecho Natural y que sin Derecho Natural no podría existir Derecho Positivo.

sentencias del Tribunal Supremo se deduciría incluso que hacer esto es requisito formal de obligado cumplimiento.

2. Si se trata de alegar principios de Derecho Natural, indicar, a pesar de su posible evidencia, alguna fuente que recoja el principio. Por ejemplo, algún antiguo Cuerpo legal español o el Derecho Romano (en cuanto recogen ambos principios de Derecho Natural); o sentencias del Tribunal Supremo que hayan acogido el principio, o algún precepto positivo legal o consuetudinario que por inspirarse en el principio lo recoja implícitamente. Si se trata de alegar principios inducidos del ordenamiento jurídico positivo vigente, habría que indicar los preceptos positivos de que se induce el principio.
3. Es necesario según reiterada doctrina del Tribunal Supremo que se acredite la inexistencia de ley o costumbre aplicable al caso controvertido.

Según el art. 1.4 CC., los principios generales del Derecho, además de ser fuente supletoria tienen "carácter informador del ordenamiento jurídico", expresión cuya interpretación depende de la tesis que se adopte sobre cuáles sean dichos principios.

Para la primera tesis, dicho carácter informador consistiría en que los principios generales del Derecho serían las líneas directrices, fundamentales o básicas que darían sistema al conjunto de instituciones que integrasen el ordenamiento jurídico.

Para la segunda tesis, dicho carácter informador consistiría en que los principios generales del Derecho serían regla y modelo para el legislador, pues es su conformidad con el Derecho natural lo que haría legítimo y justo al Derecho positivo, teniendo también un importante papel como orientadores en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas positivas.

IV.- ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO?

4.1.- Concepto y notas

Podemos dar un concepto amplio y otro restringido de la Jurisprudencia.

Concepto amplio: Es la doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos. Así se habla, por ejemplo, de la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales o de los Tribunales Superiores de Justicia o de los Juzgados de lo Mercantil.

También podríamos decir que la jurisprudencia, en un sentido amplio, es el conjunto de sentencias que aplican las normas jurídicas y, si son oscuras, las interpretan.

Concepto restringido: Este concepto es el que se recoge en el art. 1.6 del Código Civil. Es el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) que mantienen un criterio *constante y uniforme* en la aplicación e interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Para que exista Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial o doctrina legal, que son términos sinónimos, es preciso que:

- Por lo menos **dos sentencias** de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que es la sala de lo Civil, adopten **la misma doctrina para resolver la cuestión de que se trate** (existencia de dos sentencias conformes)

- Que **los casos resueltos por esas sentencias sean iguales o análogos**. Basta que sea igual o semejante el punto que se contemple, no el caso total. En otras palabras, basta con que se esté ante el mismo problema aunque se halle inserto en contextos diversos en los casos de las diferentes sentencias y que a ese problema se le haya dado la misma solución

- Es preciso que la doctrina, tesis o criterio adoptado por el Tribunal Supremo para resolver la cuestión de que se trate haya sido establecida en la sentencia como **fundamento de su fallo** (como *ratio decidendi*, razón de decidir o *razón decisiva para el fallo*), constituyendo antecedente necesario o premisa ineludible para resolver el punto litigioso.

No basta que se trate de una afirmación hecha incidentalmente ni de una doctrina que aún recogida en alguno de los fundamentos de Derecho *no constituya fundamento del fallo*. (Tales afirmaciones constituyen *obiter dicta*, *razones a mayor abundamiento*). .

- Hay que tener en cuenta, también, que *sólo la parte de la sentencia del Tribunal Supremo que resuelva sobre los motivos del recurso de casación, es la que genera jurisprudencia*.⁴

Con anterioridad a la Ley de 6 de agosto de 1984 cuando el Tribunal Supremo rechazaba el recurso de casación, dictaba una sola sentencia desestimatoria que resolvía éste y creaba jurisprudencia (si se daban las condiciones para ello explicadas antes)

Cuando estimaba en todo o en parte el recurso dictaba dos sentencias:

La *primera sentencia* estimaba el recurso y anulaba en todo o en parte la sentencia recurrida. Esta sentencia se llamaba rescindente y era la única que formaba jurisprudencia porque sólo ella decidía sobre el recurso de casación.

La *segunda sentencia* daba al caso litigioso la solución adecuada y se llamaba rescisoria. No creaba jurisprudencia.

Es por este motivo que antes se decía que en el Derecho Civil establecía jurisprudencia la Sala 1ª del Tribunal Supremo *con sus primeras sentencias*.

Tras la reforma de la LEC 1881, por Ley de 6 de agosto de 1984, el Tribunal Supremo dicta una sola sentencia, constituyendo jurisprudencia *sólo la parte de la misma que resuelva el recurso de casación*.

⁴ Casar: anular en todo o en parte la sentencia recurrida, resolviéndose el fondo del litigio en los términos que correspondan. El recurso de casación es un recurso extraordinario (es decir, que sólo cabe contra resoluciones tasadas y por motivos tasados), a través del cual se pueden impugnar, en ciertos casos, *las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, porque en ellas el juez violó una determinada norma jurídica (hubo infracción del ordenamiento jurídico civil y mercantil bien por falta de aplicación de una norma, por indebida aplicación de otra o por interpretación errónea)*. Como regla general, el conocimiento de este recurso corresponde a la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

4.2.- Valor:

La Jurisprudencia tiene un doble valor, sustantivo y jurisdiccional.
Con relación al valor sustantivo podemos afirmar lo siguiente:

- La Jurisprudencia no es fuente del Derecho pues el art. 1.1 CC no la enumera entre las fuentes del Derecho. Es decir, no es fuente de normas jurídicas. No admite el ordenamiento español la creación judicial del Derecho.
- La Jurisprudencia contribuye a determinar el sentido de las normas jurídicas cuando éstas no son claras, es decir, interpreta la ley, y salva las contradicciones posibles del legislador. A esto se refiere el art. 1.6 CC al decir que la Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico.
- Ahora bien, la interpretación que de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho hace la Jurisprudencia es sólo una interpretación probable pues el Tribunal Supremo no está vinculado por su propia Jurisprudencia, pudiendo modificarla cuando sea conveniente, por ejemplo, si estima que su doctrina es equivocada. (Aunque no cabría, por razones de seguridad jurídica modificar los fallos anteriores, sentados sobre la jurisprudencia antigua que se rectifica). Sentada una jurisprudencia más reciente, que modifica otra antigua que se rectifica, aún así el TS sigue en libertad, de en el futuro, continuar fallando con arreglo a la jurisprudencia más moderna, o bien de volver a la antigua (o incluso adoptar una distinta de ambas), si considera que hay razones que así lo aconsejen. “No obstante, dice Albaladejo, el Tribunal Constitucional ha aplicado el art. 14 CE al problema de los cambios de jurisprudencia como vinculación al principio de igualdad. Para que el cambio de jurisprudencia no atente al principio de igualdad, dicho cambio no ha de ser arbitrario o injustificado y debe tener una fundamentación suficiente y razonable”.
- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no vincula a los Tribunales inferiores, que pueden apartarse de ella cuando lo estimen conveniente. Sin embargo sí que tiene una cierta autoridad pues las sentencias de los Tribunales inferiores pueden ser casadas (anuladas) por el Tribunal Supremo si no siguen los criterios de su doctrina legal.

Con relación al valor jurisdiccional (valor de la jurisprudencia en el seno del proceso civil), la jurisprudencia *puede servir de base al recurso de casación civil*. Es decir, cabe plantear este recurso ante el Tribunal Supremo, cuando una sentencia de una Audiencia Provincial *haya infringido jurisprudencia del Tribunal Supremo*.

En la LEC antigua (1881), art. 1692.4º, se consideraba que era motivo para fundar un recurso de casación "la infracción de las normas del ordenamiento

jurídico o la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

En la nueva LEC 1/2000 de 7 de enero, el motivo único del recurso de casación es "la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso". (Art. 477.1 LECN).

Aunque en este motivo no se mencione expresamente la infracción de Jurisprudencia (como ocurría en la LECA., art. 1692.4º), la doctrina procesalista considera que el art. 477.1 LECN es equivalente al antiguo art. 1692.4º LECA. Por lo tanto, que *la infracción de jurisprudencia sigue siendo* motivo de casación.

Hay que decir que para poder invocar que existe jurisprudencia en un determinado sentido debe existir igualdad o analogía entre los casos resueltos por las sentencias que hubiesen sido invocadas y el caso para el que se invocan.

Distinta de la Jurisprudencia es el *usus fori*, o modo usual con que los Tribunales suelen proceder para ordenar y desarrollar los juicios (*usus fori* procesal). Estos usos forenses no tienen eficacia normativa y sólo podrán desempeñar una función de ayuda para la interpretación de la Ley.

V.- LA DOCTRINA CIENTÍFICA:

Se llama doctrina científica a las opiniones o posturas de los autores que escriben sobre las instituciones del Derecho Civil y que comentan las leyes y la jurisprudencia surgida en la aplicación de dichas leyes.

Carece de valor normativo pero ayuda a interpretar las normas y puede servir de guía a los Tribunales en la resolución de los litigios. En ocasiones, incluso la legislación se inspira en la doctrina de los autores.

VI.- APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

6.1.- La realización del Derecho.

La realización o aplicación del Derecho puede tener lugar de dos formas:

a) Por vía contenciosa. Se trata de la aplicación del Derecho por los Jueces y Tribunales, o por árbitros privados, cuando el Derecho es conculcado o controvertido.

Vamos a ver a continuación, cómo los jueces aplican el Derecho.

Para ello hay que tener en cuenta que la norma jurídica tiene una forma lógica que es la de una proposición condicional, que consta de dos elementos:

- la hipótesis o supuesto, que es el hecho a que se refiere la norma.
- la tesis o consecuencia, que establece la ordenación adecuada de aquel hecho, fijando los efectos jurídicos que produce.

Para aplicar la norma, el Juez utiliza la lógica, aunque no todo es lógica en la controversia judicial que conduce a una sentencia.

El Juez utiliza la lógica de la siguiente manera. Si la cosa que se juzga tiene unas características esenciales, que son las que tipifica una regla o una ley,

afirmar que, según eso, el caso cae plenamente dentro de lo establecido por la ley, se produce por un discurso silogístico, si bien en éste no se obtiene una demostración sino sólo una sentencia para el caso singular (una opinión fundada en la ley, que será convincente en tanto que no se halle una refutación).

El discurso silogístico del Juez sería el siguiente:

Si A (supuesto de hecho de la norma), entonces B (consecuencia)

Es así que se ha producido A

Luego, entonces, B.

Sin embargo no es de orden puramente lógico en la controversia judicial

1º.- El establecimiento de los hechos, a través de las alegaciones de las partes y de la prueba, y de las características esenciales de los mismos (que se produce por abstracción a partir de datos sobre lo singular).

2º.- Las opiniones o reglas generales a que recurre el jurista que son de índole jurídica y moral, fundada, en la contemplación de la naturaleza de las cosas como defiende VALLET DE GOYTISOLO.

Examinado el caso y las leyes, opiniones y autoridades (doctrinales o jurisprudenciales) traídas a colación, el Juez elige la regla más adecuada a la naturaleza del caso y la aplica.⁵

b) Por vía normal o pacífica.

Los propios interesados aplican el Derecho cumpliéndolo. Por ejemplo, celebran un contrato y las partes lo cumplen; se hace un testamento con intervención de Notario, etc....

En esta aplicación normal del Derecho los interesados pueden contar con la colaboración de la Administración (por ejemplo, se obtiene una licencia para edificar) y con la intervención de un jurista (Notario, Registrador de la Propiedad, Abogado...). En este sentido, los profesionales del Derecho colaboran en su aplicación.

Por ejemplo, los Notarios y los Registradores de la Propiedad aseguran la legitimidad y autenticidad de los actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de los mismos resulten.

⁵ VALLET DE GOYTISOLO y VILLEY destacan que "el derecho no se identifica con las leyes y códigos dados por el legislador, sino que el derecho es lo justo; es decir, la resolución buena, o la calificación que se adecua y ajusta a la naturaleza de cada caso concreto en litigio. Mas, como semejante solución, inscrita en la ley eterna, escapa a nuestra condición humana, el juez no puede sino examinar el caso, por un lado, y, por otro elegir entre las reglas generales y casos con autoridad, la que mejor se ajusta a la cosa concreta. El proceso judicial va, por tanto, de las opiniones con autoridad, o reglas, a la cosa concreta, y al revés, hasta la elección de la norma que se ajusta a la naturaleza del objeto en litigio. El procedimiento judicial se parece mucho a una controversia dialéctica: las partes, el juez, ... examinan las diversas posibilidades, las autoridades pertinentes, desde ángulos variados, a la luz de lo que se conoce del hecho concreto que se juzga. En este proceso dialéctico se parte de cuantas opiniones se dispone en orden a establecer o refutar una tesis defendida por alguno de los contendientes"

6.2- La interpretación de las normas.

6.2.1.- Concepto.

Es la indagación, esclarecimiento y declaración del sentido genuino de la ley. La meta de la interpretación es, pues, averiguar el sentido o espíritu del precepto. Ahora bien, podemos preguntarnos dónde hay que buscar ese sentido.

Existen dos teorías al respecto.

Según la teoría tradicional o subjetiva, presupuesta la existencia y legitimidad de la ley, el sentido de la misma es preciso buscarlo en la mente del legislador. Es decir, la meta de la interpretación sería hallar la *mens legislatoris*, el espíritu que en la ley encerró quien la dictó.

La teoría llamada *objetiva* afirma modernamente que la meta de la interpretación no es la *mens legislatoris* sino que es la *mens legis*. Afirma esta teoría que una vez que la ley existe se independiza de su autor, y su sentido es el que en sí objetivamente encierra, debiendo prevalecer este sentido aunque se demostrara que discrepa del que su autor le atribuyó.

Dicho esto, podemos preguntarnos qué leyes han de interpretarse. Han de interpretarse las leyes cuyo texto sea dudoso o ambiguo.

Así se ha dicho que:

In claris non fit interpretatio, lo que significa que no debe darse un sentido distinto al que realmente se encierra en una letra clara.

También se ha dicho "*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*". Cuando en las palabras no existe ambigüedad, no puede haber cuestión alguna en cuanto a la intención, en cuanto a cuál fuese la mente del legislador.

6.2.2.- Elementos de la interpretación.

Son los medios de que se vale el intérprete para precisar el sentido de la ley. Pueden ser cualesquiera medios que sean útiles para tal fin.

El art. 3.1 CC señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."

Dice el profesor FEDERICO DE CASTRO que el art. 3.1 CC sugiere al intérprete unos medios de interpretación, pero no se los impone forzosamente, ya que la norma del art. 3.1 CC., no es una norma de *ius cogens* (imperativa), que recoja unos criterios interpretativos forzosos y exclusivos. El art. 3.1 no excluye cualquier otro medio racional o apto para desentrañar el sentido de la ley.⁶

⁶ Dice el profesor FEDERICO DE CASTRO que constituyen otros medios de interpretación, las reglas clásicas formuladas en el Digesto (l. 50, tít. 17), las Decretales de Gregorio IX (l.5 tít. 41), el *Liber Sextus Decretalium* de Bonifacio VIII (l.5, tít. 12) y las Partidas (7,33 y 7,34); las reglas lógicas o propias del buen razonar, como el principio de no contradicción y la reducción al absurdo; los principios generales del Derecho; la evitación del fraude a la ley, el abuso de derecho o el empleo de la mala fe, y los argumentos de autoridad, como la doctrina jurisprudencial, la opinión de los autores, las exposiciones de

A) Elemento gramatical:

El art. 3.1 CC sugiere iniciar la interpretación por este elemento literal. Dice el art. 3.1 CC que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto..."

El primer paso en la interpretación es, por lo tanto, ver el significado de las palabras utilizadas, en su conjunto y según las reglas gramaticales.

Cuando una misma palabra tenga significaciones distintas, (varios significados vulgares) se adoptará la que se reputa más idónea, dada su conexión con las demás del precepto de que se trate y con la *materia* a que el mismo se refiera.

Si el vocablo tiene *un significado vulgar y otro técnico*, es opinión doctrinal muy corriente la de que hay que escoger *el vulgar*, salvo que de la conexión del discurso o de la materia tratada resulte un significado especial técnico. (*Nos referimos a un significado técnico no jurídico*).

En cambio, si se trata de vocablos que tienen *un significado vulgar y otro jurídico*, (por ejemplo, un significado definido en las leyes) suele opinarse por los autores, que debe ser preferido *el significado jurídico*, ya que se ha de presumir que el legislador expresa su pensamiento en los términos más propios.

Por ejemplo, el art. 1809 CC da una definición legal de transacción. Este significado legal es el que primero recoge el DRAE. Pero hay otro. Por extensión, transacción es cualquier trato, negocio o convenio. Así se habla de transacción comercial. Si una ley utiliza el término transacción, habría que escoger en primer lugar el significado legal.

Si una palabra tiene *varios significados legales*, habrá que escoger el más acorde con el contexto. (Por ejemplo, las palabras ocupar y ocupación, en las leyes unas veces significan apoderarse de algo que no es de nadie, otras estar materialmente instalado en un local o vivienda o finca, otras poseerlo jurídicamente (aunque no se le habite)).

La STS de 13 de octubre de 1952 establece la prioridad de la interpretación gramatical cuando el sentido de las leyes no ofreciera duda de ninguna especie acerca del propósito del legislador.

Puede ocurrir, a veces, que la letra sea engañosamente clara y que el espíritu del precepto sea distinto al que resulta de su pura literalidad. Tal diferencia entre espíritu y palabras engañosamente claras puede constatarse manejando otros elementos de interpretación. Así, por ejemplo, una ley puede remitir a un artículo de otra, y éste, posteriormente, ver alterada su numeración. Aunque aquella ley mantenga la remisión clara a un determinado artículo, su espíritu no es referirse al artículo que ostente la numeración que ella indica, sino al artículo, sea cual sea su número, que recoja el precepto al que desea remitir.

B) Elemento lógico.

Según un primer sentido, consiste en apoyar la investigación del sentido de la ley en el fin de ésta. Así dice el art. 3.1 CC que las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a la finalidad de aquellas. Otros autores, sin embargo, consideran que apoyar la investigación del sentido de la ley en el fin de ésta es utilizar un elemento de interpretación llamado teleológico.

Según un segundo sentido, consiste en la utilización en dicha investigación de razonamientos y reglas lógicas, del sentido común.

Suelen utilizarse las siguientes reglas lógicas, que con frecuencia recoge la jurisprudencia:

1. Debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo. (Argumento *ad absurdo*).

2. Donde la ley no distingue [ni en su letra ni en su espíritu], tampoco nosotros debemos distinguir. (Este argumento, por ejemplo, es el que utilizamos para interpretar que el art. 1.3 CC. admite tanto la costumbre local como la general, regional o comarcal).

3. Donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de Derecho. (Argumento de analogía).

4. Si la ley se refiere a un caso dado, se entienden excluidos los demás. (Argumento *a contrario sensu*).

5. Si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos (Argumento *a maiori ad minus*).

6. Si la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más (Argumento *a minori ad maius*). Si hay una placa que indica “prohibido perros”, hay que entender que está prohibido entrar con otros animales más peligrosos.

7. Las materias favorables han de ser objeto de ampliación, y las odiosas, de restricción (*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*).

Estas reglas lógicas se utilizan en relación con otros elementos de la interpretación.

C) Elemento histórico.

Las leyes suelen ser reproducción, desarrollo o modificación de un Derecho preexistente.

Por otro lado, sin los precedentes históricos, muchas veces es imposible determinar el significado de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador. Por ejemplo, la acción de petición de herencia es mencionada por el CC en algunos preceptos, pero no la regula. Para determinar el significado del concepto jurídico “acción de petición de herencia” hay que acudir al Derecho anterior al Código Civil e incluso al Derecho romano, como dice CASTÁN TOBEÑAS.

Por eso el elemento histórico ofrece gran interés para la interpretación.

Cabe agrupar los elementos históricos para la interpretación de las normas del siguiente modo:

1. Precedentes remotos, constituidos por el Derecho romano y por los demás Derechos históricos que han contribuido a la formación del nuestro, entre los que destacan el germano y el canónico.

2. Precedentes inmediatos, formados por el estado legal anterior a la ley vigente que se interpreta.

3. Trabajos preparatorios de la ley: Exposiciones de Motivos, proyectos, Memorias de Comisiones técnicas, discusiones en las Cortes, leyes de Bases que se desarrollaron, etc.

D) Elemento sistemático.

Consiste en relacionar una ley con aquellas otras que integran una institución jurídica y cada institución jurídica con las demás.

Un elemento de interpretación sistemática es *la sedes materiae*, o sea, la colocación de un precepto dentro del conjunto de una ley, que hay que suponer que no es arbitraria. Sin embargo, no hay que dar a dicho elemento una importancia decisiva ya que a veces los preceptos legales no están bien colocados. Por ejemplo, esto ocurre con el art. 2 CC., que se refiere a la eficacia de las leyes en el tiempo y que debía estar ubicado en el Capítulo III del Título Preliminar, relativo a la eficacia general de las normas jurídicas. Sin embargo, está ubicado en el Capítulo I, relativo a las fuentes del Derecho).

E) Elemento de la realidad social.

Lo define la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 por el que se sancionó el texto articulado que reformaba el Título Preliminar del Código Civil. Consiste - dice - en acomodar en alguna medida los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos. Así, por ejemplo, el espíritu del art. 589 del CC es prohibir edificar y plantar cerca de zonas defensivas, útiles para la defensa militar, si la construcción o plantación no se sujeta a ciertas condiciones. Hoy las plazas fuertes y murallas a que se refiere el artículo no son zonas útiles para la defensa militar sino que lo son otro tipo de construcciones. Por ello hay que entender referido el precepto a las "zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional" reguladas por Ley de 12 marzo 1975, RD 10 febrero 1978 y OM. 21 octubre 1983.

6.2.3.- Clases de interpretación.

A) Por razón del órgano o sujeto que la realiza.

Puede ser pública, si se produce por vía de autoridad, o privada, si se produce por vía particular y técnica.

La pública puede ser a su vez:

- Auténtica. Es la interpretación del sentido de la ley dada por el propio legislador. Consiste en la explicación del contenido de una ley por una ley posterior. Esta interpretación se produce cuando el texto de una ley suscita dudas

o no está siendo bien interpretada según la *mens legislatoris*. Entonces se dicta una disposición aclaratoria, que no puede ser de rango inferior a la interpretada.

La eficacia de la ley interpretadora se retrotrae, por lo común, a las relaciones creadas con anterioridad, aunque sean objeto de un pleito pendiente.

No afectará la retroacción a los negocios ya sentenciados o sobre los que se ha alcanzado una transacción.

- Usual. Es la que se realiza a través del Derecho Consuetudinario, a través de una *consuetudo secundum legem*.

- Por vía de decisión específica. Es la realizada por los Tribunales, organismos públicos y autoridades competentes en sus decisiones. Tiene valor decisivo sólo para el caso resuelto.

En España, la realizada por el Tribunal Supremo se califica de interpretación jurisprudencial, si llega a ser habitual.

La interpretación privada es la que procede de la doctrina de los tratadistas. También se llama doctrinal.

B) Por los resultados de la interpretación.

Por sus resultados, la interpretación se puede clasificar en declarativa, restrictiva, extensiva y correctora.

Toda interpretación es declarativa en cuanto que tiene por finalidad declarar el sentido o espíritu de la ley.

Ahora bien, puede ocurrir que las palabras de la ley estén o no estén de acuerdo con su espíritu, espíritu que hemos descubierto mediante la interpretación.

Si las palabras de la ley están de acuerdo con su espíritu, la interpretación realizada se llama declarativa en sentido estricto, ya que se ha limitado a determinar el significado de las palabras de la ley.

Si las palabras de la ley no están de acuerdo con su espíritu, espíritu que hemos hallado mediante la interpretación, entonces la interpretación realizada se llama correctora, ya que corrige la letra de la ley.

Esta interpretación correctora de la letra de la ley, puede ser a su vez de dos clases según el resultado de la interpretación hecha:

- Extensiva, cuando el sentido que hemos hallado es más amplio que la letra de la ley. Esto ocurre cuando la fórmula verbal empleada por la ley dijo menos de lo que la ley realmente quería decir (*minus dixit quam voluit*). Así, por ejemplo, dijo hijos, pero su espíritu era referirse también a los descendientes de ulterior grado, nietos, biznietos, etc.

El texto legal es extendido mediante la interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, pero no en su estricta letra.

- Restrictiva, cuando el sentido que hemos hallado es más reducido que la letra de la ley. Esto ocurre cuando la fórmula verbal empleada por la ley dice más de lo que la ley realmente quería decir (*plus dixit quam voluit*). Por ejemplo, la ley dice parientes, pero de la interpretación se desprende que no se refiere a todos los parientes sino sólo a los parientes más próximos.

En este caso la interpretación ciñe el texto de la ley a los límites que su espíritu exige.

- Correctora, en sentido estricto, cuando el sentido hallado hubiera requerido para ser expresado exactamente, no una letra más amplia o más reducida, sino una letra diferente. Por ejemplo, la ley dice distribución "por igual", y se refiere a distribución "proporcional".

6.3.- Aplicación equitativa.

Para comprender mejor qué es la equidad o qué es hacer una aplicación equitativa de las normas vamos a poner algunos ejemplos que nos sirvan de punto de referencia.

Una persona privada del permiso de conducir toma su coche para llevar a un hospital a un herido en un atentado terrorista de ETA. ¿Podría ser sancionada por tal hecho? No; sería injusto.

Un padre lleva a su hijo, con gravísimas quemaduras a consecuencia de un incendio desatado en su chalet, al hospital, utilizando para ello su coche. Sienta al hijo en el asiento del coche pero no le pone el cinturón de seguridad porque el más leve roce pone al hijo en un grito. En el camino un camión arrolla al coche y el niño sale despedido del vehículo por no haber llevado el cinturón de seguridad y muere ¿Podría considerarse que el padre tuvo culpa en la muerte del hijo? No, no sería justo.

Se puede definir la equidad o epiqueya como la moderación en el rigor del uso de las leyes. Es un hábito por el cual el jurista temple el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla.

Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley:

- para evitar algo injusto
- para evitar una obligación que sin ser injusta, es demasiado dura para el obligado.

- para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias, que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella.

La equidad no es en el Derecho español una fuente supletoria de Derecho. (Art. 1.1). Tampoco es un elemento de interpretación (art. 3.1) sino una manera de aplicar las fuentes del Derecho.

Dice el art. 3.2 CC que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita."

Si reflexionamos sobre el contenido del artículo podemos observar que con relación a la equidad el CC admite:

- la utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho.
- que las resoluciones de los Tribunales se fundamenten en ciertos casos exclusivamente en la equidad.

Respecto a lo primero (utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho), siguiendo a FEDERICO DE CASTRO, podemos decir que

habría que actuar en equidad cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, por producir la rígida aplicación de ésta un resultado injusto.

En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduciría del resultado injusto que la aplicación acarrearía.

El jurista procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley, dando así a la Ley su propio sentido, *porque el legislador de haber pensado dicho caso lo habría excluido de la ley.*

Si el caso excluido de una ley así interpretada no se halla comprendido tampoco en otra ley, no existiría ley aplicable. No existiendo, pues, precepto legal aplicable, habría que acudir a los principios generales del Derecho y resolver el caso con arreglo a éstos; concretamente, con arreglo al principio del cual se deducía la inadecuación del precepto legal.

Hemos dicho antes que hay casos en los que las resoluciones de los Tribunales pueden fundamentarse de manera exclusiva en la equidad.

Esto ocurre cuando la ley se remite directamente a ella para suavizar un precepto general en vista de las particulares circunstancias que concurran en cada caso.

Así, por ejemplo, el CC se remite directamente a la equidad en el art. 1154 que permite al Juez modificar equitativamente la cláusula penal de los contratos. En los contratos es posible pactar una cláusula penal que para caso de falta de cumplimiento, sustituya a la indemnización de daños y perjuicios. Lo que el CC prevé en el art. 1154 es que si el deudor hubiese cumplido su obligación sólo en parte o irregularmente, el juez pueda modificar la cláusula penal pactada en beneficio del deudor, fundándose para ello exclusivamente en la equidad.

También se remite el Código Civil directamente a la equidad en el art. 1690, que permite a los socios impugnar el reparto de ganancias y pérdidas confiado a un tercero, cuando éste haya faltado evidentemente a la equidad. Igualmente en el art. 1103, en el ámbito de la responsabilidad contractual, se dispone que la responsabilidad procedente de negligencia es exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero que *podrá moderarse por los Tribunales según los casos.* Finalmente, la Ley de Arbitraje prevé junto al arbitraje de Derecho, el llamado arbitraje de equidad.

6.4.- Aplicación analógica.

Como ya comentamos anteriormente, es inevitable la existencia de lagunas jurídicas, dado que la ley no puede prever todos los casos presentes y futuros ni regularlos todos.

Se está ante una laguna jurídica:

- cuando las leyes existentes son inadecuadas al caso por razones de equidad, caso que ya hemos estudiado en el punto anterior, y que terminaba conduciendo a la aplicación de los principios generales del Derecho.

- cuando no existe norma jurídica (ni ley ni costumbre) exactamente aplicable al caso.

En estos supuestos hay que recurrir a la investigación integradora del Derecho o *integración jurídica*, bien por medio de la analogía, que vamos a estudiar a continuación, bien por medio de los principios generales del Derecho.

6.4.1.- Concepto de analogía:

Para explicar la aplicación analógica de las leyes vamos a partir del siguiente ejemplo:

En los artículos 557 a 561 del CC se regula una servidumbre predial forzosa de acueducto. Servidumbre predial es un gravamen sobre un predio (denominado sirviente) en beneficio de otro predio (denominado dominante).

Es servidumbre forzosa aquella cuya constitución puede ser pedida por las personas que señala la ley y decretada por la autoridad judicial o administrativa aún contra la voluntad del dueño del predio sirviente.

Se trata de casos en los que existe una necesidad imperiosa de algo que sólo puede satisfacerse concediendo una utilización de cosa ajena. Al que sufre la necesidad el legislador le permite obtener una servidumbre forzosa que pueda satisfacerla. Se evita así tanto que quede desatendida la necesidad si el propietario del predio sirviente se negase a otorgar la servidumbre, como que al que padece la necesidad se le imponga una contraprestación exagerada para concederle tal servidumbre. La servidumbre, por otro lado, se tiene que establecer de la manera menos incómoda para el predio sirviente.

Una clase de servidumbre forzosa es la de acueducto, para el caso de que la necesidad imperiosa sea la de agua, por ejemplo, para el riego de una finca agrícola.

El que necesita el agua para su finca tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios mediante un acueducto, cumpliendo una serie de requisitos. Un acueducto es un conducto artificial por donde va el agua a lugar determinado.

Todo esto que hemos explicado constituye los elementos esenciales del supuesto "servidumbre forzosa de acueducto" contemplado por la ley y el fundamento o *ratio legis* de los artículos 557 a 561 en los que se establece la regulación de la servidumbre de acueducto.

Un supuesto semejante a éste, con semejanza real, aunque distinto, es el de necesidad de un gaseoducto o de un oleoducto que lleve gas o petróleo a nuestra finca. En lo esencial los supuestos son iguales; por lo tanto existe la misma *ratio legis* en los dos supuestos, si bien los supuestos tienen diferencias accidentales, así en el fluido que va a pasar por el conducto.

Porque los supuestos son distintos pero tienen una semejanza real y concurre en ambos la misma *ratio legis* es por lo que cabe aplicar al caso de un gaseoducto o de un oleoducto la regulación sobre servidumbre de acueducto. *Donde existe igual razón debe existir igual decisión.* A esta aplicación especial de las leyes a supuestos no contemplados por ellas pero semejantes con semejanza real se la denomina analogía o aplicación analógica.

Dicho esto, vamos a definir qué es la analogía. La analogía es la relación de semejanza entre cosas distintas. Aplicada la analogía al Derecho, podemos definirla como un instrumento técnico o proceso lógico de *extensión* y aplicación material de la ley, que sirve para llenar las lagunas de la ley.

Consiste en la aplicación de un principio jurídico que la ley establece para un determinado caso, a un caso no previsto por ella, pero que presenta afinidad (igualdad jurídica esencial) con el que la ley regula.

Concretando más el concepto, podemos decir que la *analogía es la extensión y aplicación material de una ley establecida para una clase de hechos, a un caso semejante, pero distinto, que carece de norma jurídica*

El fundamento de la analogía como instrumento de integración jurídica (es decir, como mecanismo para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico) es objetivo: *consiste precisamente en la semejanza real* que existe entre los casos regulados por la ley y el caso que carece de ella (de ley).⁷

6.4.2.- La analogía en el Código Civil.

El CC en su redacción originaria no hablaba de la analogía con carácter general aunque implícitamente admitía el procedimiento analógico. Incluso el

⁷ Esta semejanza real, es una semejanza entitativa, es decir, en el *ser* de las cosas, no imaginaria. Por ejemplo, no existe analogía entre el matrimonio y la unión de hecho por ser realidades absolutamente diversas. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 1994, que resume la doctrina jurisprudencial anterior señalando que “las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes” y *que no puede admitirse la semejanza base de la analogía entre ambas, ya que unas y otras ofrecen considerables diferencias*. Mientras las uniones *more uxorio* son *simplemente fácticas*, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las uniones matrimoniales no, *lo que da lugar a que respecto de éstas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, lo que acontece por ejemplo con la creación del estado jurídico de casado* que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*. Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado por el art. 14 CE, es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren *en la misma situación*, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma, igualdad que no se da en el presente caso. El Tribunal concluye entendiendo que no es posible la aplicación analógica a las uniones *more uxorio* de la regulación de los regímenes económico matrimoniales, *pues ello supondría una auténtica creación judicial del Derecho* en materia de regímenes económico matrimoniales, lo cual no autoriza hoy el art. 1 del CC en general, y su ordinal sexto en particular. En resumen, pues, mientras el matrimonio crea una *relación jurídica familiar* y el estado jurídico de casado, entre los cónyuges, en la unión de hecho, *no existe relación jurídica alguna entre los integrantes de la pareja, que jurídicamente son extraños entre sí*, como señala el profesor ALBALADEJO. No hay, pues, una semejanza real o igualdad jurídica esencial entre los supuestos.

propio legislador ordenaba al Juez aplicarlo en algún artículo concreto como el 1541 o el 528⁸.

Por otra parte, la jurisprudencia había venido reconociendo como principio general del Derecho, aquel que expresa la razón de ser del procedimiento analógico, *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*⁹. (*Donde existe igual razón debe recaer igual decisión*).

Fue en 1973 - 1974, con la reforma del Título Preliminar del Código Civil cuando se habló expresamente de la analogía en términos generales, en el artículo 4. 1º y 2º, que vamos a comentar.

El art. 4.1 CC dispone que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen, en cambio, otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón."

Aunque el artículo 4.1 hable de aplicación analógica de las normas, realmente se refiere a la aplicación analógica *de la ley (norma escrita)*. El legislador del Título Preliminar reformado ha dicho más de lo que quería decir, lo que se desprende de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del CC.

6.4.3.- Cuándo procede la aplicación analógica de la ley.

Relacionando el art. 4.1 con el art. 1 CC, parece que procede la aplicación analógica de la ley en defecto de ley o costumbre *precisa* para resolver el caso, (cuando haya laguna jurídica) y antes de aplicar los principios generales del Derecho. No obstante, como la analogía, siguiendo a FEDERICO DE CASTRO, no puede ser una pura y fría operación lógica, si no conviene a la situación jurídica la aplicación analógica de la ley, habrá que acudir directamente a los principios generales del Derecho.

6.4.4- Requisitos para que proceda la aplicación analógica de la ley.

Para que la analogía tenga lugar es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º. Existencia de una laguna legal (no hay ley ni costumbre) con respecto al caso contemplado, de tal modo que éste no puede decidirse ni según la letra ni según el sentido de las normas aclarado por la interpretación.

2º. Ha de existir una *igualdad jurídica esencial* entre el supuesto no regulado y el supuesto previsto por la ley, que sin embargo, son distintos.

⁸ El art. 1541, en sede de "permuta", establecía que "en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta". Es decir, el CC reclamaba la aplicación analógica de las reglas de la compraventa (cambio de cosa por precio) a la permuta (cambio de cosa por cosa). Y el art. 528 indicaba que "las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo [relativo al uso y la habitación]".

⁹ Esta fórmula fue popularizada por ALCIATO (1491 - 1550).

Entre el supuesto contemplado por la ley y el no contemplado existen diferencias en los elementos accesorios y accidentales, *pero no en los elementos esenciales*. En algo son distintos los supuestos (en lo accidental) pero al mismo tiempo tienen algo en común (*sus elementos esenciales jurídicamente relevantes, que constituyen el fundamento o ratio legis de la ley*). Es decir, concurre en ambos supuestos, pese a las diferencias accidentales, la misma *ratio legis*, esto es, la razón suficiente de la ley: aquella razón por la que la ley ha sido dada, y sin la cual no habría sido dada.

Esta relación de semejanza real (como decíamos antes, entitativa, en el ser de las cosas, no imaginaria) entre ambos supuestos permite atribuir a ambos la misma regulación; regular ambos por el mismo principio jurídico.

3.º Que el legislador no haya prohibido expresamente la aplicación analógica de la ley. (Por lo tanto, que no estemos ante uno de los casos del art. 4.2 CC).

4.º Que el legislador al establecer la ley no se haya propuesto darle un ámbito limitado al caso concreto de que se trata, *excluyendo los casos análogos*. Si hubiera existido este propósito, que podemos descubrir mediante la interpretación, no procede la analogía (argumento *a pari ratione*) sino el argumento *a contrario (inclusio unius exclusio alterius)*, es decir, si la ley se refiere a un caso dado se entienden excluidos los demás.

5.º. La comparación entre la situación regulada y la no regulada por la ley no puede ser abstracta y artificial. La analogía no puede aplicarse como una pura y fría operación lógica. Hay que tener en cuenta lo que cada situación jurídica merezca según los principios generales del Derecho y la finalidad concreta de las normas. Por lo tanto, habrá casos en los que haya que rechazar la aplicación analógica de la ley y proceder a la integración jurídica mediante los principios generales del Derecho.

6.4.5.- Ejemplos de aplicación analógica de las leyes.

Un caso de aplicación analógica sería el ya señalado: las disposiciones sobre la servidumbre de acueducto (arts. 557 a 561) valdrían para un oleoducto o gaseoducto.

Otro el de que para regular la acción de petición de herencia, aludida por el Código Civil en los artículos 192, 1016, y 1021 CC., pero no regulada por él, cabe aplicar por analogía las disposiciones sobre la acción reivindicatoria, según dice CASTÁN TOBEÑAS.

6.4.6- Diferencias entre analogía e interpretación.

La interpretación *explica* el sentido de la ley y descubre en ella nuevas aplicaciones a casos *realmente contenidos en la misma*, pero no extiende el sentido de la ley.

La analogía, por el contrario, *no explica la ley*, sino que *extiende* la ley y completa el Derecho, dando para un caso carente de ley una norma parecida a la norma que el mismo legislador dio para otros casos distintos, aunque semejantes.

La operación analógica *completa la operación legislativa*, haciendo lo que se presupone que hubiera hecho el mismo legislador, pero que no hizo. Con todo, la analogía no es un acto o instrumento legislativo, sino técnico o científico, autorizado por el mismo legislador en el art. 4.1. CC.

6.4.7.- Supuestos en que el legislador prohíbe la analogía.

El CC español dispone que no admiten aplicación analógica las leyes penales, las excepcionales y las temporales. Esto se prevé en el art. 4.2 CC.

Es norma excepcional la que se opone a la regla general, con la finalidad de que ésta no se aplique en el caso exceptuado. Por ejemplo, es norma general o regular la que establece la libertad de celebrar los negocios jurídicos en cualquier forma (art. 1278 CC.) y norma excepcional la que requiere escritura pública para la donación de inmuebles (art. 633 CC.).

La intención del legislador, al excluir la analogía en las normas excepcionales y temporales, es que los supuestos no previstos por la norma excepcional o temporal se regulen por la norma general.

La norma temporal también es excepcional en el sentido de que la ley es normalmente permanente o de duración indefinida.

En cuanto a las leyes penales, no cabe la aplicación analógica pues en el Derecho penal rigen los principios de legalidad y tipicidad (no hay delito ni pena sin ley que previamente lo tipifique como tal).

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO, M.. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. 15ª Edición. Librería Bosch S. L. Barcelona, 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ Mª. *Derecho Civil español Común y Foral*. Tomo I. Vol. I. Editorial Reus. Madrid, 1988.

DE CASTRO Y BRAVO, F.

- *Compendio de Derecho Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.
- << Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1 del CC >> en *Anuario de Derecho Civil*. Oct. – Dic. 1977. Págs., 809 a 858.

GARCÍA AMIGO, M. *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, A y Díez – PICAZO JIMÉNEZ, I. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000.