

Consideraciones sobre el nuevo título preliminar (Normas de Derecho privado)

MOTIVOS DE LA REFORMA

A una doble y fundamental razón respondió para el legislador la reforma del Título Preliminar (en adelante T. P.) de nuestro primer Cuerpo legal:

De un lado, haber dado fin a la primera de las etapas previstas en el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, con la culminación de las Compilaciones (1), en aras del logro, todavía no fácil, de un Código general para el territorio nacional. Lo que reclamaba del Código civil una adecuada y completa regulación de los posibles conflictos interregionales.

De otro, la necesidad de perfeccionar las normas del T. P. de manera que se acomodasen a las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia más autorizada, así como a los criterios vigentes en materia de Derecho internacional privado.

La inaplicabilidad o ineficacia de preceptos, como el antiguo artículo 13, relativo al régimen peculiar de los territorios de Aragón y Baleares, que tras la publicación de sus Compilaciones no tenía razón de ser (2),

(1) Vizcaya y Alava, Compilación de 30 de julio de 1959; Cataluña, Compilación de 21 de julio de 1960; Baleares, Compilación de 19 de abril de 1961; Galicia, Compilación de 2 de diciembre de 1963; Aragón, Compilación de 8 de abril de 1967, y Navarra, Compilación de 1 de marzo de 1973.

(2) En efecto, aquel precepto establecía la coexistencia del Código civil con los derechos especiales de Aragón y Baleares, a diferencia del régimen del artículo 12 que reconocían al Código civil sólo una función supletoria de último grado. Pero tras las publicaciones de las Compilaciones Balear y Aragonesa la función

o del párrafo 3.º del artículo 10, de arcaica referencia tras la publicación de la *Compilación de Vizcaya* (3); la unilateralidad en algunos enfoques del anterior texto, tales como el artículo 9 y primer párrafo del 11 (4); la ausencia normativa respecto a principios jurídicos de evidente trascendencia, como el abuso del Derecho; la conveniencia de una declaración directa y completa de las fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico, y el desfase e insuficiencia de los criterios de Derecho internacional privado, constituyen, en términos más concretos, otros tantos motivos determinantes de la reforma del T. P.

PROCEDIMIENTO SEGUIDO

El procedimiento seguido para llevar a cabo la reforma es de todos conocido: Al amparo de lo previsto en el artículo 10, apartado I), de la Ley de 17 de julio de 1942, constitutiva de las Cortes, y por Ley de la Jefatura del Estado de 17 de marzo de 1973, se sancionaban con rango de Ley las bases para modificación del T. P., comprensiva de cinco artículos, el primero de ellos referente a la autorización que se concedía al Gobierno, en los términos del artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado, para llevar adelante la reforma (5); el segundo, comprensivo de las bases, expuestas en siete puntos (6), a las que debía ajustarse aquella autorización; el tercero, relativo a la sistemática y desarrollo del articulado, con manifiesto respeto a su número anterior, y el cuarto y quinto, indicadores del plazo concedido para la publicación del texto articulado del nuevo T. P. y para la presentación a las Cortes del proyecto de ley de reforma de los artículos del Código civil afectados directamente por el nuevo T. P.

En el primer supuesto, el plazo tuvo que ser brevemente prorrogado, hasta que el Decreto de 31 de mayo de 1974, a propuesta del Ministro de Justicia, de conformidad en lo sustancial con el dictamen del Consejo

atribuida al Código civil respecto a las mismas es también supletoria (disposición final segunda y art. 1.º, 2, respectivamente).

(3) Por la Ley 15, título XX, del Fuero de Vizcaya quedaban los bienes sitos en la tierra llana sometidos, en las transmisiones, al principio de tronalidad.

(4) Que obligaban a presumir, respectivamente, que los principios en ellos establecidos se extenderían a los extranjeros y a los actos privados.

(5) De verdadera delegación en sentido técnico califica a esta autorización el preámbulo de la Ley de Bases citada, pues el Gobierno, al amparo de la Ley Orgánica del Estado, quedaba así facultado para someter el texto articulado del T. P. a la sanción del Jefe del Estado con fuerza de Ley.

(6) Fuentes del Derecho; Interpretación y aplicación de las Normas; Eficacia Jurídica; Derecho Internacional Privado; referente a las personas; a las cosas y actos jurídicos; criterios de Derecho Internacional, y ámbito o eficacia del Código civil y de los derechos forales.

de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros, sancionaba con fuerza de ley el texto articulado del T. P. del Código civil, que aparecería en el *Boletín Oficial del Estado* de 9 de julio siguiente, entrando en vigor el 29 de dicho mes.

Resalta del procedimiento indicado que aun estando enmarcado en unas líneas de legitimidad, no responde en sus modos a las previsiones revisorias de las disposiciones adicionales del Código civil, las cuales quedan una vez más sin aplicación efectiva.

EL TITULO PRELIMINAR. CONSIDERACIONES

Aunque el objeto de estas líneas es en realidad apuntar ciertas reflexiones y consideraciones sobre el contenido y aspecto sustantivo del nuevo texto articulado del T. P., no podemos pasar por alto, y aunque sólo sea a grandes rasgos, una breve consideración sobre su aspecto formal y técnico. Puntualizando que por razones de extensión, y como ya encabeza la ponencia, nos ceñiremos al examen de las normas de Derecho civil o privado, con exclusión, por tanto, de los artículos 8 a 12 y 16.

I. ASPECTO FORMAL Y TÉCNICO

La primera impresión que produce la simple lectura del nuevo T. P. es la desorbitada dimensión de su articulado, especialmente los artículos 9 y 10 (a título comparativo digamos que frente a las 983 palabras del anterior texto, el nuevo T. P. cuenta con 2.998, es decir, triplica con generosidad sus términos). De este defecto es consciente el propio legislador, quien para obviar, en la medida de lo posible, el inconveniente y no pudiendo de otro modo desbordar el número de los artículos afectados por la reforma opta por dividirlos en apartados, anteponiéndole una indicación numérica que facilite su cita y localización.

La insuficiencia de la anterior regulación en algunas instituciones, el exceso de celo en la previsión, el casuismo y los intentos definitorios o de conceptualización, funciones estas últimas no muy propias del legislador, han sido la causa de la desmesurada dimensión de los nuevos artículos. En compensación, aquel celo de previsión evitará en adelante la duda o fatigosa discusión en numerosos supuestos, lo que no quiere decir que el legislador de 1974 no tenga también, como humano, posibles fallos o lagunas, como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de la costumbre, según tendremos ocasión de ver más adelante.

Enfrente, la división del T. P. por capítulos según la materia, aunque

en cierto modo impuesta por la gran extensión del texto, constituye, a nuestro juicio, un acierto de sistemática, aumentado por el racional orden en que resulten colocados los artículos, así como dentro de éstos cada uno de sus apartados, con alguna excepción aislada, como la del apartado 2 del artículo 6.º, que debió haber sido pospuesto, como hacía la Ley de Bases, al apartado 3.

Asimismo destaquemos que el respeto al primitivo texto—gramatical y lingüísticamente hablando—, salvo en lo que antes eran artículos 2, 3 y 8, ha sido mantenido en el mínimo, pese a que en algunos casos, como en los artículos 4 y 16, podían haber permanecido las primitivas palabras con muy ligeros retoques, lográndose así el mantenimiento de una sencillez tradicional de nuestro Código, pues los nuevos términos usados resultan demasiado técnicos y en ocasiones de un hermetismo tal, que los hacen poco flexibles ante circunstancias cambiantes, estando más cerca del especialista en leyes que del pueblo.

Si bien hay que tener en cuenta que este tecnicismo obedece tanto a la especialización del legislador como al propio tecnicismo de la Ley de Bases, de la que no sólo su espíritu, sino también su letra, han sido ejemplarmente respetados, siendo diversas las ocasiones en que el texto íntegro de la Ley de Bases ha sido trasplantado al T. P. (7), lo que es debido a que en unos casos el mandato de la Ley de Bases se traducía en verdaderos preceptos configurados ya como tales, mientras que en otros se limitaba a recoger y valorar instituciones o situaciones indicando la línea a seguir, pero sin descender a detalles por dejarse su desenvolvimiento al texto articulado.

II. CONTENIDO

Capítulo primero. Fuentes del Derecho

Art. 1.º 1. Las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos

(7) Así, apartado 5 del artículo 1.º, apartados 1 y 2 del artículo 4.º, apartado 2 del artículo 6.º, apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 12, apartados 1 y 2 del artículo 13, etc.

de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

6. La jurisprudencia completará 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.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Art. 2.º 1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa.

2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado.

3. Las leyes no tendrán carácter retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Base 1.ª de la Ley de 17 de marzo de 1973. 1. Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del Ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica.

Los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias.

2. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española.

3. Se recogerán en el sentido hoy vigente, el deber de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecidas.

4. La jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.

Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las leyes.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 1, 3, 5 y 6.

Comienza el nuevo T. P., por razones de base, sancionando en su artículo 1.º, de una manera directa y jerárquica, las fuentes de nuestro Ordenamiento, al decir, a diferencia de la alusión indirecta del anterior artículo 6.º, que «las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

La declaración del precepto entendemos que es terminante y excluyente: sólo éstas, ley, costumbre y principios generales, y no otras, constituyen las fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico, y consecuente con ello, aclara el apartado 3 que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de la voluntad declarada, o sea, cuando tengan valor normativo, tendrán la consideración de costumbre, con lo que se evita la posible autonomía de aquéllos; añadiendo el apartado 6 que la misión encomendada a la jurisprudencia es la de complementar 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», es decir, las auténticas fuentes del Derecho, entre las cuales no queda incluida la jurisprudencia.

Carece, pues, ya de sentido la antigua discusión doctrinal acerca de si la enumeración y jerarquía de las fuentes estaba recogida con más o menos propiedad en uno u otro artículo del anterior T. P. (8). Pues en la actualidad resulta evidente el propósito del artículo 1.º de establecer tanto la enumeración como la jerarquía, en un primer momento a través del apartado 1 y después con los tres apartados siguientes íntimamente ligados entre sí.

Y en este sentido se manifiesta el preámbulo del Decreto sancionador del nuevo T. P., al decir que con el carácter de fuentes se enuncia de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente

(8) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 377; CASTÁN: «Aplicación y elaboración del derecho», *R. G. L. J.*, 1945, pág. 525.

de primer grado, como de la declarada falta de validez de las disposiciones que contradigan otra de rango superior, que recoge el apartado 2.

La costumbre, ampliada en los términos que veremos más adelante, sólo regirá en defecto de ley aplicable (apartado 3), siendo así fuente de segundo grado.

Y los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (apartado 4), sin perjuicio de su carácter informador, constituyendo una fuente subsidiaria de las dos anteriores.

En general, el término *ley* es empleado en el T. P., así artículos 1, 2, 8, etc., en el sentido amplio de toda norma derivada del poder estatal, sea o no de primer grado, lo que es debido a su finalidad propia de establecer reglas generales sobre las normas jurídicas.

De los requisitos o caracteres de la ley recoge el nuevo texto el relativo a su publicación. La doctrina suele distinguir entre sanción (aprobación de la ley por el poder estatal correspondiente), promulgación (acto solemne de atestiguar su existencia ordenando a los Tribunales su cumplimiento) y publicación (o notificación solemne de la ley a los súbditos). El término sanción es empleado correctamente por nuestras leyes constitucionales y de régimen administrativo (9), en tanto que los términos promulgación y publicación, como recordaremos, venían siendo confundidos en el anterior artículo 1.º del Código civil.

Pero esta incorrección terminológica ha desaparecido en el T. P., al disponer en su artículo 2.º, apartado 1, que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa». Refiriéndose sólo al requisito externo de la publicación de la ley y a la forma de materializar (*Boletín Oficial del Estado*) la misma.

Por lo demás, se mantiene en este precepto, sin perjuicio de la disposición en contrario, el mismo período de *vacatio legis* del anterior texto de veinte días, pues, como reconoce la Exposición de Motivos, si, por un lado, han aumentado los medios de comunicación o difusión, por otro, también se han incrementado el número y complejidad de las leyes, de manera que se aconseja el mantenimiento del plazo indicado.

Advirtiendo que este plazo se contará, según el precepto, desde la completa publicación de la ley. Y aunque no se diga expresamente en el supuesto de errores materiales trascendentales desde la fecha de su rectificación en el *Boletín Oficial del Estado*, puesto que hasta entonces no se puede entender realizada la publicación.

(9) Así el artículo 1.º de la Ley Constitutiva de las Cortes, al decir «es misión principal de las Cortes la elaboración y aprobación de las leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado» (antes de la Ley Orgánica del Estado se decía «preparación y elaboración»).

Además, estimamos que sigue teniendo aplicación el criterio jurisprudencial sentado con relación al antiguo precepto, por virtud del cual el plazo establecido se refiere sólo a las leyes obligatorias, pues las permisivas o facultativas de derechos pueden ser aplicadas el mismo día (sentencias de 18 de mayo de 1904, 22 de mayo de 1925, etc.), y las leyes aclaratorias se entienden publicadas en el mismo día que las aclaradas (sentencia de 1 de mayo de 1881). Debiendo tenerse en cuenta, por aplicación del artículo 5.º actual, que el plazo de veinte días se contará desde el siguiente al de la completa publicación, sin que se excluyan los días inhábiles.

A la *costumbre*, como fuente del Derecho, se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 1.º, de los cuales, en relación con el texto anterior y con la propia Exposición de Motivos del Decreto aprobatorio del nuevo T. P., podemos entresacar las siguientes conclusiones:

1. En orden a las clases de costumbres:

Por su ámbito territorial de aplicación debe distinguirse entre *costumbre general* y la *costumbre del lugar*, según sea de aplicación en todo el territorio nacional o sólo en cierta parte o localidad del mismo, ya que el criterio del Código civil ha sido modificado en la nueva redacción, como lo demuestra el tenor literal del apartado 3, que habla sólo de *costumbre* sin más especificaciones, y el comentario del propio preámbulo sobre la forma de pronunciarse el nuevo texto, que, a su juicio, comporta una ampliación de la *costumbre* al no quedar circunscrita a la del lugar, que tampoco ha sido excluida.

Resulta extraño, sin embargo, que el legislador no haya justificado esta innovación dada su importancia; pero es que, en general, la regulación de esta institución en el nuevo T. P. se resiente de cierta falta de consistencia, pues aparte de no estar fundamentada la introducción de esta modalidad de *costumbre*, se echa de menos una declaración que resuelva los casos de colisión entre la *costumbre general* y la del lugar.

Decía DE CASTRO, con referencia al anterior artículo 6.º del Código civil (10), que conforme a la doctrina romana, recogida por *Las Partidas*, quedaba excluida la *costumbre general*, y que se hacía así para impedir que (la *costumbre*) alcanzase una fuerza organizadora general en contra del poder del Estado. Y no creemos que la intención del legislador en la reforma haya sido atribuir a la *costumbre* aquella virtualidad organizadora, pues los tiempos actuales no se caracterizan precisamente por un ceder en la preponderancia del monopolio legislativo estatal. Resultaría también débil el argumento de considerar que se ha pretendido

(10) *Op. cit.*, pág. 427.

plasmar en la ley la opinión de aquellos autores, como DE BUEN (11), que estimaban que la costumbre general podía alegarse como particular en todos y cada uno de los lugares del territorio, pues ello significaría, injustamente, imponer por la fuerza la costumbre a una localidad que la desconoce, por el hecho de ser reputada como tal en el resto del territorio nacional. A nuestro juicio, la justificación podría estar en el intento de acercar el régimen de nuestro Derecho común al de aquellos territorios forales que, como el de Navarra, explícitamente admiten la costumbre general (12). Pero resulta extraño entonces que siendo anterior a esta reforma la Compilación de Navarra, no se haya copiado una declaración similar a la que hace su Ley 3.^a de declarar la preferente aplicación de la costumbre local sobre la general para los casos de colisión. Por lo que en la práctica habrá que llenar esta insuficiencia del Código civil por aplicación del Derecho comparado con aquella declaración foral.

Por otro lado, se observa que con esta innovación quedan en el Derecho común establecidos regímenes distintos entre el Código civil y el Código de Comercio, pues este último, en su artículo 2.º, sólo reconoce como fuente de las obligaciones mercantiles los usos de comercio observados generalmente en cada plaza.

Por su relación con la ley, y al igual que ya ocurriera con el anterior T. P., se admite la costumbre *extra legem*, al decir el apartado 3 examinado que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley», y se rechaza, en cambio, la costumbre *contra legem*, al expresar el artículo 2.º, en su apartado 2, que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores», con lo que se excluye, aunque no se diga expresamente, como antes, el desuso o práctica en contrario. En cuanto a la costumbre *secundum legem* o interpretativa, pese a que no se pronuncie expresamente el nuevo T. P., como tampoco lo hacía el anterior, implícitamente podría estimarse su rechazo del hecho de no incluirla en el actual artículo 3.º, al tratar de la interpretación de las normas jurídicas.

Precisamente basándose en el anterior silencio del Código civil, DE DIEGO (13) sostuvo su admisibilidad, así como PUIG PEÑA (14), por entender que era una certera ayuda para la interpretación de la norma. En tanto que DE CASTRO (15) la rechazaba, por estimarla contraria al sentido de la organización jurídica española, en la que los jueces dependen directamente de la ley, excluyéndose la posibilidad de que surja un

(11) DE BUEN: *Introducción*, pág. 326.

(12) Ley 3 de la Compilación Navarra 1-3-73.

(13) DE DIEGO, I, pág. 95.

(14) PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil Español*, I, pág. 98, ed. 1972.

(15) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 422.

organismo intermedio con poder legislativo de hecho, y de esta misma opinión era el profesor CASTÁN (16).

En este punto no se puede decir, pues, que la regulación del Código civil corra paralela con la de las Compilaciones forales, según tendremos ocasión de ver más adelante.

Y por razón de su eficacia, siguiendo la terminología de DE CASTRO (17), podría distinguirse entre costumbre de nacimiento independiente, que es la que constituye verdadero objeto del T. P., como fuente del Derecho; costumbre foral mantenida por el actual artículo 13, al recoger el criterio del anterior artículo 12 (y ordenar pleno respeto a los Derechos especiales o forales), y la costumbre a que especialmente se remite la ley aludida por el apartado 3 del artículo 1.º Vamos a examinarlas por separado.

2. La costumbre de nacimiento independiente o supletoria de la ley, regulada por los apartados 1 y 3 del artículo 1.º, es la que constituye propia fuente del Derecho, naciendo libre y autónomamente, sin otras limitaciones que la de no ser contraria a la ley, la moral u orden público y resultar probada.

De aquí que se la pueda predicar como caracteres: 1, es fuente jurídica autónoma, no dependiendo en su eficacia, a diferencia de lo que ocurre con la costumbre a que especialmente se remite la ley, de ninguna declaración legal especial, pues le basta con la indicación genérica del artículo 1.º; 2, tiene valor secundario o supletorio respecto de la ley: «sólo regirá en defecto de ley aplicable», dice textualmente el apartado 3, si bien hay que tener en cuenta que la supresión en la nueva redacción del término «exactamente» hace presumir una preferente aplicación de la analogía sobre la costumbre, con la consiguiente disminución de los supuestos de aplicación de ésta, frente a criterios distintos de la doctrina con relación al anterior Derecho (18), y 3, puede darse tanto como costumbre local, como en la variante indicada de costumbre general.

Por otro lado, esa costumbre supletoria de la ley deberá reunir los requisitos de: 1. Ser conducta frecuente, uniforme y continuada por los moradores del lugar, región o territorio del país. 2. Que esa conducta sea de hecho exigida y cumplida por tener fuerza vinculante, sin que al aparecer sea necesario que se crea además que aquello es Derecho, requisito de la *opinio iures seu necessitatis* que tampoco exige el nuevo texto y que DE CASTRO rechazó como error histórico procedente de la doctrina canonista sobre la prescripción. 3. Que no sea contraria a la moral ni al

(16) CASTÁN: *Derecho Civil Español*, I, 1, pág. 137, ed. 1951.

(17) DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 426 y 428.

(18) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 427.

orden público (concordancia con los principios generales). 4. Que resulte probada, sin que el apartado 3.^o exima de esa exigencia los casos que la doctrina considera como de costumbre notoria, a diferencia de lo que ocurre en Aragón y Navarra, artículos 2 y 3 de sus respectivas Compilaciones (19).

3. En cuanto a la costumbre foral, es una costumbre que, en principio, queda fuera del régimen establecido en el artículo 1.^o del Código civil, dado el pleno respeto que a los Derechos forales impone el artículo 13, a cuyas respectivas normas habrá que estar siempre, y en primer lugar, para fijar el alcance, valor, clases y función de la costumbre, y sólo en defecto de ellas se acudirá al Código civil, por su condición de Derecho supletorio, lo que se hará frecuentemente dada la escasez de normas sobre el particular en la mayoría de los territorios forales.

En efecto, las Compilaciones vizcaína, catalana, balear y gallega no establecen un régimen jurídico propio de la costumbre, por lo que habrá de estarse al del actual artículo 1.^o del T. P., con la particularidad, no obstante, de una valoración de la costumbre interpretativa anterior a las Compilaciones (al decir, los arts. 1 de la Compilación catalana y 2 de las Compilaciones balear y gallega, que para interpretar las normas de sus respectivas Compilaciones se tomará en consideración la tradición jurídica respectiva, encarnada, entre otros elementos, en las antiguas costumbres de que aquéllas se derivan); en cambio, las Compilaciones de Aragón y Navarra sí establecen un régimen especial para la costumbre.

Así, los artículos 1 y 2 de la Compilación de 8 de abril de 1967, al fijar el régimen jurídico civil aragonés, dicen que estará constituido, además de por lo dispuesto en la Compilación y Principios Jurídicos Tradicionales, por la costumbre que integre sus disposiciones, la cual tiene como requisitos los de no ser contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón con lo que se está admitiendo la costumbre contra ley dispositiva.

Y las Leyes 2 y 3 de la Compilación navarra del 1 de marzo de 1973, además de colocar a la costumbre en el primer grado de prelación de fuentes, admite expresamente la costumbre contra ley, dispositiva o imperativa, siempre que no se oponga a la moral y orden público (si bien es cierto que en Navarra las leyes se suelen presumir dispositivas), admitiendo además, como dijimos, la doble modalidad de la costumbre local y general, con preferencia de aquélla sobre ésta para los casos de colisión.

Por otra parte, estos dos territorios últimamente citados recogen la

(19) «Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes» (art. 2 de la Compilación Aragonesa). «La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales» (ley 3 de la Compilación Navarra).

figura de la costumbre notoria, implícitamente el artículo 2.º, párrafo 2, de la Compilación aragonesa, al disponer que los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre, además de por las pruebas aportadas por los litigantes, a virtud de su propio conocimiento, y más explícitamente, la Ley 3 de la Compilación Navarra, de la que además se desprende que la costumbre notoria no necesita ser alegada ni probada.

La virtualidad de estas normas, establecedoras de un régimen peculiar de la costumbre en los territorios citados, es un hecho incontrovertible, que resulta tanto de los referidos preceptos forales como de la declaración del actual artículo 13, según veremos.

4. Finalmente, la costumbre a que especialmente se remite la ley es aludida por el apartado 3 del artículo 1.º, cuando dispone, en su párrafo 2.º, que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

Los usos sociales, la conducta normal y el uso de los negocios se engloban a veces bajo el concepto genérico de usos jurídicos, cuya diferencia con la costumbre propiamente dicha o independiente estriba en estar condicionados en su aplicación a la específica remisión legal, ya que carecen de valor propio o independiente, recibiendo de la ley que a ellos se remita, a la cual habrá de estarse siempre y en primer lugar para fijar su valor y carácter (así puede que la ley remisor atribuya al uso a que se remita valor preferente a sí misma, por ejemplo, artículo 1.496 del Código civil, en cuanto al plazo para ejercitar la acción redhibitoria en la compra de animales).

Pues bien, de estos usos jurídicos aquellos que no cumplan una función meramente interpretativa, caso, por ejemplo, de los artículos 1.258, 1.496, 1.599 del Código civil, etc., cuya misión es reguladora o normativa, quiere el legislador que tengan la consideración de costumbre independiente. Asimilación que, sin embargo, no puede ser absoluta porque aun cumpliendo función reguladora estricta precisarán siempre de la remisión legal, a diferencia de la costumbre independiente; de ahí que en la hipótesis de usos normativos, aun dándose en ellos los requisitos de la costumbre y pese a la asimilación, no adoptarán necesariamente sus mismos caracteres (y así, aparte de precisar la remisión legal, podrán, por ejemplo, ser de aplicación preferente a la misma ley).

Al hablar este párrafo 2.º de usos que no sean meramente interpretativos, no estimamos que haya pretendido excluir los supuestos, por ejemplo, del inciso 2.º del artículo 1.287 del Código civil, de usos interpretativos-integrativos, pues no tiene razón de ser intentar asimilarlos a la costumbre no cumpliendo función reguladora propiamente dicha. En general, el propósito del legislador al utilizar el procedimiento de

asimilación pudiera haber sido tratar de evitar el riesgo de mantener una posible autonomía de los usos normativos como fuente del Derecho, en contra del criterio restrictivo de la reforma de admitir sólo la ley, la costumbre y los principios generales. La consecuencia o efecto subsiguiente de este mecanismo, expresamente reconocido por el preámbulo, ha sido la ampliación del contenido de la costumbre.

Los principios generales del Derecho, como base y sostén moral de todo ordenamiento jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente del Derecho, aparecen recogidos en los apartados 1 y 4 del artículo 1.º, al enumerar las fuentes de nuestro Derecho y señalar que sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico se aplicarán en defecto de ley o costumbre, así como en el apartado 2 del artículo 3.º, al ponderar la equidad en la aplicación de las normas jurídicas.

No puede, pues, dudarse de la función fundamentadora de los principios en nuestro ordenamiento y, por tanto, también de la ley y de la costumbre, lo que determinará que al aplicarse éstas, se apliquen asimismo de un modo indirecto los principios generales que las informen; pero de un modo directo, esto es, como fuente autónoma del Derecho, según el texto vigente, sólo se aplicarán en defecto de ley y de costumbre, dada su condición de fuente subsidiaria de ellas.

El estudio de la equidad lo haremos siguiendo el esquema del nuevo T. P., dentro del capítulo dedicado a la interpretación jurídica.

En cuanto a la jurisprudencia, el actual T. P. recoge el criterio inspirador del Código civil en 1889, por virtud del cual, y siguiendo a la doctrina tradicional frente a tendencias como la de la Escuela Histórica del Derecho, se negaba a la jurisprudencia el valor de fuente del Derecho: ni específica o propia, porque no se la mencionaba en la enumeración taxativa del artículo 6.º; ni embebida en otras, porque no se la podía considerar como un tipo de costumbre, por no reunir los requisitos propios de ésta; ni tampoco como un modo de manifestarse los principios generales del Derecho, pues ello llevaría a la confusión entre creación y aplicación del Derecho, siendo así que el principio general es aplicado por el Tribunal porque ya existía con anterioridad (20).

Y así, el actual artículo 1.º del T. P., en su apartado 1, omite la jurisprudencia entre las fuentes que de un modo directo, jerárquico y taxativo enumera, y reconoce, en su apartado 6, como misión propia de ella, la de interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (que son las auténticas y únicas fuentes).

Y ello es así porque la misión específica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ser guía y modelo en la interpretación y aplicación

(20) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 566.

de la ley, costumbre y principios generales, formando jurisprudencia, como dice el artículo 1.782 de la L. E. C., sin que puedan los Jueces o Tribunales dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o de la interpretación de las leyes (art. 4.º de la L. O. P. J. de 1870), criterio que corrobora la Ley de Bases de 28 de noviembre de 1974, orgánica de la justicia, al decir, en sus declaraciones generales, que «el cometido que la justicia está llamada a realizar institucionalmente no es otro que el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», sin que puedan ejercer más función que la expresada.

E insisten en esta idea los siguientes textos de la Exposición de Motivos del nuevo T. P. Así, se dice: «... con el carácter de fuente se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho... Cambia, pues, el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador...» (se entiende del anterior T. P. y que es el que antes apuntábamos como tradicional, el cual se mantiene), y en otro apartado se puede leer que «a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico...». Alta y trascendental misión ésta, llevada a cabo por la jurisprudencia, pero que en modo alguno puede confundirse con la de fuente del Derecho, dada la virtualidad normativa creadora que ésta tiene y de la que aquélla carece y que el legislador, consciente de las virtudes de las sentencias de nuestro más alto Tribunal, ha querido consagrar legislativamente diciendo, en el apartado 6 del artículo 1.º, 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» (pues de carácter complementador del ordenamiento jurídico es la labor de interpretar y aplicar las normas); doctrina, pues, que, en general, se impondrá, en su caso, no «por razón de su imperio, sino por imperio de su razón». Si bien no es afortunada la fórmula empleada por el legislador al pretender fundamentar esta misión en la Exposición de Motivos, pues al decir que «... la tarea de interpretar y aplicar las normas... dan lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa», viene—decimos—a crear un tercer género entre lo que es y lo que no es norma de Derecho poco técnico e impreciso.

Termina este artículo 1.º con los dos siguientes apartados, complementarios de cuanto llevamos expuesto: El 5, relativo a los tratados internacionales, fiel trasunto de lo dispuesto en la Base 1.ª, de 17 de

marzo de 1973, disponiendo que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno», lo que tendrá lugar «mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*». Y el 7, que recogiendo el mandato a los Tribunales del primitivo artículo 6.º, y sentadas en los apartados anteriores las bases de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho en nuestro sistema, estatuye que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido», el cual deben conocer y aplicar (21) y en el que siempre encontrarán criterio adecuado, pues aun en el posible caso de lagunas de la ley, el Juez podrá y deberá acudir para resolver el supuesto a los principios generales del Derecho.

Se ha omitido razonablemente la sanción expresa de «responsabilidad» del anterior texto, de acentuada rigidez y porque en cierto modo tal sanción va implícita en los términos del mandato legal.

La cuestión relativa a la *derogación de la ley* viene recogida en el artículo 2.º, apartado 2, sobre la base de mantener el principio de que la ley sólo se deroga por otra ley posterior, sin que se admita, por tanto, aunque la referencia no sea expresa, el desuso o práctica en contrario; pero, además, por aplicación del apartado 2 del artículo 1.º, la derogación deberá proceder mediante una ley (en sentido amplio) de igual o superior rango a la derogada.

El alcance de la derogación, si bien vendrá determinado, en primer lugar, por la nueva ley, al menos se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Lo que supone un reconocimiento de la doble modalidad de derogación expresa o tácita y una fijación por anticipado del alcance (derogatorio de esta última), sobre la base de que jueguen los presupuestos de identidad de materia y de incompatibilidad o contradicción, sin que, por el contrario, se recoja el de identidad de los destinatarios.

De los diversos interrogantes que en torno a la derogación podrían plantearse, el legislador sólo ha previsto que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado», si bien de los términos empleados se deduce el reconocimiento de excepciones, bien porque directamente lo declare la nueva ley, bien porque se presuma de su objeto o finalidad o de otras circunstancias determinantes.

El apartado 3 de este artículo, relativo a la *retroactividad*, constituye uno de los escasos preceptos que no han sido retocados en la reforma ni

(21) Se sobreentiende sin necesidad de alegación las normas jurídicas primarias: Ley y principios generales; y mediante la oportuna alegación y prueba las normas jurídicas secundarias: la costumbre.

tan siquiera en su letra (los otros podrían reducirse al apartado 1, párrafo 1.º, del art. 6.º, y apartado 1 del art. 8.º) y, en consecuencia, nos sugiere las mismas consideraciones que con relación al anterior texto se venían predicando, en el sentido de que:

Es un principio o guía para el Juez y el intérprete, a quien va especialmente dirigido, y no un compromiso para el legislador a no dar fuerza retroactiva a ninguna ley, ya que el propio precepto admite tal posibilidad.

Su ámbito de aplicación debe ser general respecto de toda ley, en el sentido amplio de toda norma que tenga su origen en el poder del Estado.

Su función debe ser subsidiaria o complementaria, pues, en primer lugar, habrá que estar a lo que resulte, expresa o tácitamente, de la nueva y antigua ley a propósito de la retroactividad o irretroactividad.

Y su sentido será imponer un principio en favor de la irretroactividad de toda ley nueva, de manera que en los casos de silencio y aun en el de duda habrá de decidirse por la irretroactividad, y en aquellos supuestos en que se disponga la retroactividad habrá de aplicarse con sentido restrictivo o, al menos, estricto; todo ello sin perjuicio de lo que aconseje la interpretación más adecuada al caso concreto, pues en cualquier caso el mandato legal deja un amplio campo a la labor interpretativa.

Capítulo segundo. Aplicación de las normas jurídicas

Art. 3.º 1. 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.

2. 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.

Art. 4.º 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Art. 5.º 1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente, y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.

Base 2.ª 1. Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas aquellos que partiendo del sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados.

2. Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la ley expresamente lo permita.

3. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen, en cambio, otros semejantes en los que se aprecie identidad de razón.

Las leyes penales y las de ámbito temporal o excepcional no se aplicarán en momentos ni a supuestos distintos de los previstos expresamente en ellas.

En las materias regidas por otras leyes, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código civil.

4. Se regulará el cómputo civil de los plazos, procurando, en lo posible, su unificación.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 7 y 16.

Como de nueva planta califica la Exposición de Motivos a gran parte del contenido de este capítulo, el cual resuelve afirmativamente la disyuntiva de plasmar o no en la ley los criterios interpretativos, pondera la importancia de la equidad en la aplicación de las normas, regula expresamente la analogía como remedio frente a las lagunas de la ley, mantiene el carácter supletorio respecto a las demás leyes del Código civil y establece principios adecuados sobre el cómputo civil de los plazos.

La misión complementadora del ordenamiento jurídico, llevada a cabo por la *labor interpretativa*, reclamaba en nuestro Derecho una consagración explícita, lo que se ha efectuado mediante el establecimien-

to de criterios a ponderar en la interpretación, a los que deberá ajustarse el intérprete en aras de una uniformidad en el modo de proceder que se estima beneficiosa.

Sujeción que no es nueva ni absoluta si se tiene en cuenta:

Primero, que aun antes de la reforma comentada, por muy amplio margen de libertad que se quisiera dar al intérprete, la aplicación de la norma debía estar vinculada al Derecho (ley, costumbre y principios generales), pues la hecha arbitrariamente, fuera o no contra el Derecho, no sería interpretación ni aplicación, sino acto ilícito y abuso del poder (22); así, recientemente el punto 4 de la base 1.ª de la L. O. de la Justicia de 1974, para sustitución de la de 1870, antes citada, precisa que los Juzgados y Tribunales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, estarán sometidos al ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía de las normas.

Segundo, que el nuevo T. P. al establecer los criterios interpretativos no ha hecho más que recoger los tradicionalmente admitidos por la doctrina como de uso más generalizado, cuales son el lógico, el sistemático, el gramatical y el histórico, a los que ha añadido el sociológico para atender en alguna medida a las circunstancias cambiantes o realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Y así dispone el actual artículo 3.º, en su primer apartado, que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (elemento gramatical), en relación con el contexto (sistemático), los antecedentes históricos y legislativos (históricos) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (sociológico), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (teleológico)».

Y tercero, que lo que se pretende no es negar una libertad, sino modalizarla, en el sentido de que la libertad del intérprete deberá desenvolverse dentro de los criterios o elementos interpretativos que se enuncian, los cuales, sin embargo, no es preciso que se utilicen separadamente ni por el orden en que resultan expuestos en el precepto.

Dichos criterios o elementos interpretativos se enuncian sin más especificaciones por temor a que en una definición pierdan su carácter esencial y flexible. Pero nos parece claro el propósito de establecer—a salvo la equidad—un *numerus clausus*, de manera que no puedan utilizarse otros que los enunciados, dados los términos imperativos del precepto y el propósito del legislador de lograr una uniformidad interpretativa.

En cuanto al valor de las normas que lo recogen resueltamente deben tener valor sustantivo y ser de obligado cumplimiento; en consecuencia, su infracción por el Juez dará lugar a casación por infracción de ley.

(22) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 526.

Pero es que además deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que junto a aquellos criterios o elementos interpretativos juegue la *equidad*, la cual, tras la reciente reforma y por primera vez en nuestro ordenamiento general, ha encontrado consagración expresa, al disponerse, en el apartado 2 del artículo 3.º, 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».

La equidad es un principio jurídico presidido por la idea de justicia o, como dice DE CASTRO, siguiendo el concepto aristotélico-tomista, recogido generalmente por nuestra doctrina, la equidad es sencillamente la justicia del caso concreto, que permite corregir una norma cuando por su formulación demasiado general resulte inadecuada para un caso concreto. Es por ello la equidad—sigue diciendo aquel autor—una manifestación o consecuencia individualizada del respeto debido a los principios generales del Derecho, pues la inadecuación de la norma general al caso concreto la declaran precisamente los principios generales del Derecho, cuyo respeto y cumplimiento hacen que se aplique la equidad (23).

Así considerada, la equidad no debe ser una fuente especial o autónoma. Pero el nuevo T. P. parece atribuirle un doble valor o función, si bien uno de carácter excepcional y otro general o normal.

Generalmente, como expresa la Exposición de Motivos del nuevo T. P., «la equidad no aparece invocada como fuente del Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros—los anteriormente expuestos—. Por ello—sigue diciendo—, «una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse al resultante de la aplicación conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad».

Excepcionalmente desempeñará el cometido de fuente del Derecho en «la hipótesis—según la Exposición de Motivos—de que la Ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad, mas para ello se requiere la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad, bien distinto del que, en términos generales, le viene reconocido con alcance únicamente interpretativo y cooperador». Valor de fuente que, como decíamos, no puede ser autónoma o propia, por cuanto la equidad consiste simplemente en un principio general, porque el espíritu del nuevo T. P. es claramente restrictivo en materia de fuentes y porque, en definitiva, tal valor derivaría de la misma ley que en el caso concreto se lo atribuya.

(23) DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, ed. 4.ª, 1968, págs. 116 y 117.

Nuestro Código civil venía ya reconociendo implícitamente la existencia de *lagunas de la ley* al establecer, en el antiguo artículo 6.º, una fuente de carácter muy amplio—los principios generales del Derecho—para resolver aquellas cuestiones que no apareciesen reguladas en la ley ni en la costumbre y al prever una aplicación de la analogía en su disposición transitoria 13, y hoy tal reconocimiento resulta explícito por medio del actual artículo 4.º, al regular un procedimiento correctivo de las lagunas de la ley, como lo es la analogía.

Por otro lado, del nuevo T. P. se desprende que nuestro Ordenamiento jurídico en su totalidad es completo (exclusión de las llamadas lagunas del Derecho), en base a que se hace una formulación directa del sistema de fuentes jurídicas, a la vez que se impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver siempre los asuntos de que conozcan con arreglo a aquel sistema.

Se dice que donde existe la misma razón debe ser igual la regla aplicable y se considera la *investigación analógica* como el medio más idóneo de dar viabilidad a aquella declaración. Por ello, el legislador de 1974 la ha hecho objeto de especial examen, puntualizando en los motivos de la reforma que no precisa la institución necesariamente para entrar en juego la falta absoluta de una norma, sino que basta con la no previsión por la misma de un supuesto determinado, porque—cabe pensar—con mayor frecuencia en este último caso se dará la identidad de razón. En cambio, quedará excluida la analogía y, por tanto, no procederá su aplicación respecto a las normas sometidas al sistema del *ius strictum*, como son las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal, las cuales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Por cuanto que las leyes penales están presididas por el principio de legalidad, porque lo que no está expresamente contemplado en la norma de carácter excepcional quedará comprendido en la norma de carácter general y porque las leyes temporales, además de su propia temporalidad, encierran en sí cierto cariz excepcional.

En cuanto al valor o significado de la analogía en el nuevo texto, ciertamente, no se está con ella en el campo estricto de la aplicación de la norma, sino, como dice DE CASTRO, en el de la búsqueda de la norma (24) o, como expresa la Exposición de Motivos, siguiendo a la moderna doctrina alemana, en el campo de la investigación integradora (25), lo que no significa atribuirle valor de fuente del Derecho, pues la analo-

(24) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 536.

(25) Dice textualmente el preámbulo: «más allá de la actividad propiamente interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figuran la analogía y el derecho supletorio».

gía no es un principio general, sino tan sólo un procedimiento encaminado a resolver las lagunas de la ley, amparado, ciertamente, pero sólo eso, en los principios generales del Derecho, por cuyo medio se induce de las normas jurídicas ciertos principios de valor vinculante; valor, pues, que irá ínsito al propio principio o derivará de la ley, pero en manera alguna será connatural al procedimiento analógico.

La labor de inducción del principio o principios parece que deberá hacerse de «las normas» del Ordenamiento en general y no de una concreta y aislada disposición, según se desprende de las palabras textuales del artículo comentado.

Por lo demás queremos destacar, como ya apuntamos a propósito de la costumbre, que la supresión en el nuevo texto del adverbio «exactamente» del artículo 6.º ha venido a determinar el preferente uso de la analogía, en defecto de ley aplicable, sobre la costumbre, con la consiguiente reducción de los supuestos de aplicación de ésta (26).

Y junto a la analogía, como otro procedimiento integrador, recoge el nuevo artículo 4.º, en su apartado 3, el *Derecho supletorio*. Función que queda atribuida, siguiendo al anterior artículo 16 del T. P., al Código civil, máximo exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del Derecho común, como lo prueba—dice el legislador—el contenido del propio T. P. Tendrá así el Código civil la consideración de Derecho general y normal, frente a los demás Derechos, que serán especiales y particulares.

Función supletoria que, respecto a los Derechos forales, confirma el actual artículo 13, según se verá más adelante, y que al mismo tiempo, como decía DE CASTRO con referencia al antiguo artículo 16 (27), debe ser delimitadora, en el sentido de que todo lo que no esté expresamente reflejado en una ley o por una ley caerá bajo el ámbito del Derecho común y, por consiguiente, será regulado por las disposiciones del Código civil.

Por último, se dictan en el artículo 5.º particulares normas interpretativas acerca del *cómputo de los plazos* bajo el signo, como en otras ocasiones, de respeto a la Ley de Bases, que aconsejaba en este caso la uniformidad.

Y así, la pretendida unificación se logra, en el supuesto de plazos contados por días, a partir de uno determinado mediante la conversión en regla general de lo acordado en el artículo 1.130, es decir, quedando excluido del cómputo el día inicial y empezando a contar en el siguiente, al igual que lo hacen la Ley de Enjuiciamiento Civil a propósito de los

(26) Véase cita 18, en donde en base al anterior texto se sustenta la opinión contraria.

(27) *Op. cit.*, págs. 309 y 310.

términos judiciales, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo (28); la misma uniformidad se consigue (contando de fecha a fecha) en los plazos fijados por años o meses con las leyes administrativas y económicas antes dichas (29), no así con la Ley de Enjuiciamiento Civil (30).

Singularmente, frente al criterio de las citadas leyes, respondiendo a una tradición, y en aras de una mayor seguridad y sencillez, se mantiene el criterio de no excluir del cómputo civil los días inhábiles (31).

Capítulo tercero. Eficacia general de las normas jurídicas

Art. 6.º 1. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.

2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Art. 7.º 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Base 3.ª 1. Al regular la eficacia general de las normas

(28) Artículos 303 de la L. E. C., artículo 59 de la L. P. A. y artículo 71-1.º de la L. P. E. A.

(29) Artículos 60-2 de la L. P. A. y 71-3 de la L. P. E. A.

(30) Artículo 305 de la L. E. C.

(31) Criterio contrario sustentan los artículos 304 de la L. E. C., 60-1 de la L. P. A. y 71-2 de la L. P. E. A.

jurídicas se determinarán, con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, las consecuencias de la ignorancia de la ley, del error de Derecho y de los actos contrarios a normas imperativas. Con iguales criterios, se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del Derecho.

2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los Derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden públicos ni perjudiquen a tercero.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 2.º y 4.º

El precepto del primer párrafo del apartado 1 del artículo 6.º, al disponer que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», es fiel trasunto del anterior artículo 2.º, que permanece inalterable y por virtud del cual no se consideraba obligado el conocimiento del Derecho ni se condenaba, consiguientemente, su desconocimiento, sino que simplemente se disponía, como ahora, que desconocer o ignorar las leyes no sería obstáculo para hacerlas cumplir, toda vez que la eficacia de las normas no puede quedar pendiente del arbitrio o diligencia humanos.

No condenado de modo general el desconocimiento del Derecho quedaba—se dice—abierta la posibilidad de alegarlo como excusa o atenuación cuando *el error* era aducido como presupuesto positivo o negativo de aquellos hechos de los que la ley hace derivar consecuencias jurídicas, sin que en este sentido pueda distinguirse entre error de hecho y error de Derecho (32); así: para regular los efectos de la posesión de buena fe, artículos 433 y 451 del Código civil; para el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio putativo, artículo 69; para la liberación del deudor en el pago hecho al poseedor aparente del crédito, artículo 1.164; como causa de restitución en el cobro de lo indebido, artículo 1.895, o como vicio del contrato para pedir su anulación, artículo 1.265, etc.

Posibilidad de alegación del error de Derecho, que expresamente consagra el artículo y apartado citados en su párrafo segundo, sólo que sin fijar, naturalmente, *a priori* los efectos jurídicos de su apreciación, por ser competencia de las leyes que en cada caso concreto lo vayan admitiendo y a las cuales habrá que estar para fijar su alcance y extensión.

El principio sancionador de los *actos contrarios a la ley* aparece recogido en el apartado 3 del actual artículo 6.º, de cuya comparación con el

(32) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 134.

anterior artículo 4.º destaca haber referido concretamente la sanción de nulidad a los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, recogiendo el sentir más general de la jurisprudencia (33). Pero, además, del texto vigente en la materia se desprende:

1.º Que el mismo es aplicable a toda norma de Derecho, sea público o privado. El término que emplea el nuevo precepto de «norma», en vez del de ley, puede plantear la duda de si sólo se ha querido comprender dentro del supuesto la ley *strictu sensu* o también la costumbre y los principios generales, pues es forzoso reconocer que las disposiciones imperativas y prohibitivas no suelen recogerse en estas fuentes subsidiarias.

2.º No se aplicará, en cambio, según resulta del mismo, cuando la propia norma establezca un efecto distinto para el acto contraventor, bien sea declarando la validez del acto directamente, bien estableciendo otra clase de sanción (como anulabilidad, pena, etc.).

3.º Será aplicable respecto a toda clase de actos que puedan producir efectos jurídicos, cualquiera que sea su clase (declaraciones unilaterales, contratos, negocios, etc.), aunque no a los meros hechos, y tanto si tienen lugar por acción u omisión, por ejemplo, no dando cumplimiento a las formalidades impuestas imperativamente por la ley. Pero sólo se aplicará al acto intrínsecamente contradictorio a la ley y no a cualquier acto desajustado al patrón legal. Tampoco procederá respecto a los actos incompletos, puesto que—como dice DE CASTRO (34)—cabe completarlos o conformarlos; además, ciertos actos o negocios nulos como tales, pueden ser válidos como actos o negocios distintos a través de la conversión (por ejemplo, art. 715 del Código civil).

Finalmente, la nulidad a que se refiere el precepto comentado es la absoluta o radical, por lo que: a) el acto nulo no producirá ningún efecto jurídico, salvo los que pueda originar su propia nulidad o ilicitud (pena, indemnización, etc.) o sean consecuencia necesaria de los hechos o actos puestos en juego (por ejemplo, los honorarios de un Perito por la valoración de los bienes que se pretenden adquirir contra la prohibición de los arts. 1.458 ó 1.459); b) la nulidad será irremediable, por lo que no cabrá confirmación ni prescripción sanatoria en modo alguno, y c) la nulidad se producirá de pleno Derecho, sin necesidad, por tanto, de impugnación del acto ni declaración judicial, ya que éstas sólo serán necesarias o convenientes cuando el acto nulo esté envuelto en una apariencia de juridicidad para destruir esa apariencia. Y en cuanto a la acción de declaración de nulidad, no estará sujeta la misma a plazo alguno de

(33) Sentencias de 1-4-1931, de 12-1-1934, etc.

(34) DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 599-600.

prescripción, según tiene declarado el Tribunal Supremo (así, sentencia de 21 de octubre de 1958), a diferencia de la específica para la restitución de las cosas que en su caso hubieren mediado en el contrato o negocio, que se sujetará al plazo propio de las acciones personales de quince años (35).

Relacionada con la cuestión de los actos contrarios a la ley está la del acto en *fraude de ley*, respecto del cual nuestro Derecho positivo no contenía un precepto general, sino declaraciones concretas en materias especiales (como en arrendamientos urbanos, art. 7.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964), pero doctrina y jurisprudencia lo condenaban, al amparo del anterior artículo 4.º, párrafo 1, y de los principios generales del Derecho. En la actualidad este vacío ha sido llenado con el nuevo artículo 6.º, en su apartado 4, que tras perfilar la figura por medio de los elementos que la componen, dice que el fraude de ley no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

En base a este apartado, que, como en otras ocasiones, tiene anhelos definitorios, podemos considerar el fraude de ley como aquel acto que siendo productor de un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él, se realiza al amparo del texto de una norma dictada en realidad con una diferente finalidad.

Del precepto comentado se desprende que el fraude de ley debe basarse en los siguientes presupuestos: 1) que exista una contravención o violación del Ordenamiento jurídico como un todo o de una norma concreta, ya que si bien prepondera en los redactores del nuevo T. P. la consideración, a estos efectos, del Ordenamiento jurídico como un todo, no se excluye que el resultado del acto sea sólo contrario a una norma específica, y 2) que la ley en que se pretenda amparar el acto no tenga en realidad la finalidad de protegerle, ya que de otra forma no estaríamos ante un fraude de ley, sino ante un caso de colisión de leyes, supuesto totalmente distinto. No exige el nuevo título el supuesto requisito subjetivo de la intención de eludir la ley, y ello nos hace pensar en su rechazo, toda vez que al dar, como se hace, una definición del fraude mediante la yuxtaposición de sus elementos componentes, la constatación de este dato hubiera resultado imprescindible para quedar debidamente perfilada la figura, aparte de que con la figura del fraude—como señala la doctrina (36)—no se pretende sancionar la intención maliciosa, sino defender la aplicación de la ley, y ésta se impone tanto respecto del mal intencionado como del simplemente ignorante.

Por lo que se refiere a los efectos de la apreciación del fraude, al

(35) Sobre este particular, véase Díez PICAZO: *Fundamentos*, pág. 302, ed. 1972.

(36) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 611.

decir el texto vigente textualmente que «no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir», hace presumir que no será el de someter el acto contraventor exclusivamente a la sanción de nulidad, sino el más general de sometimiento a la ley defraudada y, consiguientemente, a la sanción que aquélla impusiese, que podrá ser nulidad o también la anulabilidad, indemnización, etc., postura que ya venía siendo mantenida en nuestra patria por la doctrina más autorizada (37).

Particularmente interesante es el contenido del apartado 2 de este artículo 6.º, de idéntico contenido a su correspondiente mandato de la Ley de Bases, según el cual «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contradigan el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», pues si bien en su segundo inciso viene a mantener un principio ya recogido en nuestro Ordenamiento, cual es el de la renuncia de los derechos, no ocurre lo mismo con su primer inciso, en el que se recoge una declaración un tanto confusa a primera vista y, desde luego, totalmente nueva, formalmente, en nuestro Derecho codificado, como es la de la exclusión de la ley aplicable.

En efecto, que los *derechos* concedidos por las leyes son *renunciabiles*, siempre que no se contrarie el interés o el orden público o se perjudique a terceros, venía ya consagrado en el anterior artículo 4.º, párrafo 2, al cual se hacía la precisión, que estimamos hoy debe mantenerse, de que dicha renuncia si era previa sólo podría referirse a los derechos concedidos por una ley dispositiva, pues los amparados en una ley imperativa no podían ser renunciados, ya que ello supondría admitir la renuncia generalizada a la misma ley; en cambio, los derechos ya adquiridos (lo sean por una ley imperativa o dispositiva) pueden ser renunciados sin otros límites que los indicados.

Y esta misma interpretación debe mantenerse con respecto al texto vigente, pues si en una lectura rápida o no sosegada del primer inciso de este apartado pudiera aparecer que se admite la renuncia o exclusión generalizada de la ley, ello no es así.

Ciertamente que la fórmula empleada por el nuevo T. P., que ya hemos dicho recoge textualmente la de la Ley de Bases, no es muy afortunada y podría llevar a aquella conclusión; pero ello no es así, decimos, de un lado, porque el principio que se pretende consagrar, aunque formalmente nuevo en nuestro Código, no lo es materialmente (piénsese en los arts. 1.091 y 1.255), y de otro, porque hay que poner en relación este apartado con el que le sigue en orden, referente a los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas.

(37) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 612.

De donde resulta, a nuestro entender, que la indicada declaración no pretende sancionar la validez de la renuncia generalizada a la ley (unánimemente rechazada por doctrina y jurisprudencia) (38), sino tan sólo la validez de la *exclusión* o renuncia de la ley meramente *dispositiva*, de tal manera que la relación básica, en su caso, quede regulada por lo convenido y no por aquélla, siempre que no se vaya contra el interés, el orden público o en perjuicio de terceros. En este sentido, la declaración —decíamos— no resulta extraña al espíritu de nuestro Código a propósito de la autonomía de la voluntad, reflejado, entre otros, en los indicados artículos 1.091 y 1.255 (39), y quizá por ello no estimó el legislador necesario hacer aclaración alguna.

Pero además de la interpretación conjunta con el apartado 3, que declara la nulidad absoluta o radical de los actos contrarios a las leyes imperativas o prohibitivas, se deduce que no están incursos en aquella sanción y, por tanto, serán válidos los actos contrarios a las leyes dispositivas, entre los cuales está el de su exclusión, siempre que no se rebasen los otros límites del interés, orden público o perjuicio a terceros.

De aquí que en una buena sistemática este apartado debió haber ido precedido de lo que constituye el actual apartado 3, como hacía la base 3.^a de la Ley de 1973. Así entendido, el precepto del apartado 2 del artículo 6.º tendría su desenvolvimiento más propio, como indicábamos, en el campo de la autonomía de la voluntad negocial, con cuyos preceptos deberá ponerse en relación, y supone, aunque con fórmula poco acertada, un paso más en el acercamiento a los Derechos forales, pues tiene tal declaración sus analogías con el principio *standun est chartae* de Aragón y, aunque en menor medida, con el de *paramiento vienze fuero* de Navarra.

Pues según aquél, «se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón» (art. 3.º), y según éste, «la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente del Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de terceros o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad» (Ley 7.^a).

Termina este capítulo 3.º con la consagración formal de dos principios ausentes en tal sentido del anterior T. P., cuales son el de la buena fe y la condena del abuso del Derecho.

(38) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 601; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 140.

(39) Según ellos, los pactos o convenios tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deberá pasarse por su contenido cualquiera que sea, siempre que no sean contrarios a las leyes (imperativas o prohibitivas), a la moral ni al orden público.

Se reconoce la *buena fe* como una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el Ordenamiento jurídico, y en tal sentido general, en opinión del legislador, se la enuncia en el nuevo T. P. como postulado básico del ejercicio de los derechos, sin pretender alterar el juego concreto de aquel principio en cada institución jurídica, pero al mismo tiempo sin quererla circunscribir a ser motivo justificador de las condenas del fraude a la ley y del abuso del Derecho, pues pese a las concomitancias que existen entre ellas, se admiten más amplias manifestaciones de la buena fe, y así, por ejemplo, en el Código civil: a propósito del matrimonio (arts. 69 y 70), de la accesión o de la posesión (artículos 361, 433 y 451), de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.107), del vínculo obligatorio (art. 1.258), etc.

Al lado, el *abuso del Derecho*, unánimemente condenado por nuestra doctrina y jurisprudencia, especialmente a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1949, reclamaba un precepto específico en el que poderse enmarcar con perfiles definidos, sin necesidad de acudir a procedimientos indirectos, como los principios generales o el artículo 1.902 del Código civil.

Y así, el apartado 2 del nuevo artículo 7.º, tras una condena explícita diciendo que la ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo (que para el legislador ambas hipótesis, con sólo diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto), enmarca la figura del abuso del Derecho a través de los siguientes requisitos, recogidos de la doctrina más general: 1.º Que se trate de una acción u omisión. 2.º Que dicha acción u omisión sobrepasen manifiestamente los límites normales del Derecho. 3.º Que ocasione daño a un tercero. 4.º Que el hecho (activo u omisivo) provocador de tales consecuencias proceda bien del dato subjetivo representado por la intención del agente, que no ha de ser necesariamente doloso o culposo, o bien del dato objetivo representado por circunstancias concurrentes o por el propio objeto.

Las consecuencias de la apreciación por el Tribunal del abuso del Derecho serán no sólo la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, sino también, como resulta del precepto, la adopción de las medidas oportunas, judiciales o administrativas, que impidan la persistencia en el abuso, a modo de satisfacción en forma específica.

Capítulo quinto. Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional

Art. 13. 1. Las disposiciones de este T. P. en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como de las del título IV del libro I, con excep-

ción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.

Art. 14. 1. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común o en uno de los de Derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad; sin embargo, si la vecindad civil así adquirida no fuese la del lugar del nacimiento, podrán optar por ésta ante el encargado del Registro civil dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación.

3. La vecindad civil se adquiere:

a) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.

b) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro civil y no necesitan ser reiteradas.

4. La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y en defecto de éste, la de su madre.

5. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento.

Art. 15. 1. La adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, al menos que el extranjero residiere en un territorio de Derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla, según el artículo anterior, y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por la vecindad foral o especial.

2. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida.

3. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y del anterior.

Art. 16. 1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio

nacional, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, con las siguientes particularidades:

- a) Será ley personal la determinada por la vecindad civil.
- b) No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12, sobre calificación, remisión y orden público.

2. El Derecho de viudedad, regulado en la Compilación aragonesa, corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El Derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal Derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

Base 7.ª 1. El T. P. del Código civil, en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como el título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrá aplicación general y directa en toda España.

En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.

2. La sujeción, tanto al Derecho civil común como a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquélla, en régimen de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática.

3. Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza imponen y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 12, 13, 14 y 15.

Se determinan en este capítulo la eficacia general del T. P., el ámbito reservado a los Derechos forales, la vecindad civil como punto de conexión al Derecho común o al foral y los criterios reguladores de los conflictos interregionales.

En cuanto a la *eficacia general del T. P.*, el texto vigente, transcribiendo íntegras las palabras de la Ley de Bases, con la sola supresión del término «estatutos», por no tener ya vigencia dados los nuevos criterios de Derecho internacional privado, dispone que «las disposiciones de este T. P., en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación directa en toda España».

Sobre el significado que pueda atribuirse a las palabras «en cuanto», que sigue utilizando el actual texto, podría mantenerse la duda, apuntada con relación a su precedente artículo 12 (40), de si son condicionales (es decir, se aplicará el T. P. sólo cuando se trate de los efectos y reglas generales para la aplicación de las leyes) o explicativas (es decir, porque trata de los efectos y reglas generales); pero dada la sistemática del T. P. vigente, cuyos capítulos rezan, en general, sobre la eficacia y aplicación de las normas jurídicas, nos inclinamos actualmente por el significado más bien explicativo de dichos términos.

La excepción que se hace de las normas relativas al régimen económico matrimonial, situadas dentro del capítulo IV del libro I, responde tanto a una tradición de cierto sector doctrinal e incluso jurisprudencial (41), basada en una interpretación restrictiva de la Ley de Bases de 1888, como al resultado de la simple comparación de los textos del Código civil y los de las Compilaciones forales, de evidente divergencia, si bien tras la proyectada reforma del Código civil en materia de capacidad de la mujer casada se borrarán notablemente dichas diferencias.

Así, pues, según el mandato legal son, en principio, de aplicación general y directa en todo el territorio nacional los artículos del T. P. y el título IV del libro I del mismo Código, excepción hecha, en este último caso, de los relativos al régimen económico matrimonial (tales los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 65 y 66).

Decimos, sin embargo, en principio, porque el verdadero alcance de la eficacia general del T. P. resulta tanto de la declaración del primer apartado del artículo 13, como del segundo apartado, al fijar el ámbito de los Derechos forales o especiales (pues especial es el régimen de Derecho foral).

(40) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 281.

(41) Ron., 6 abril 1894.

Sobre este particular tampoco nos dice el nuevo texto cuáles son los territorios forales, limitándose a emplear la lacónica fórmula de aquellos «en que están vigentes». Pero la publicación de las Compilaciones de Cataluña, Baleares, Vizcaya y Alava, Galicia, Aragón y Navarra, no dejan dudas con relación a los respectivos territorios, y respecto al Fuero del Baylio diversa jurisprudencia (42) lo ha declarado vigente.

En cuanto al ámbito reservado al Derecho foral no puede ser más amplio: viene fijado por una fórmula general de pleno respeto al Derecho que lo constituye, a cuyas particulares disposiciones habrá que estar, pues, con preferencia al Código civil para determinar sus fuentes, jerarquía, carácter de sus normas, eficacia y aplicación. Criterio en el que, por si había alguna duda, el artículo 2.º del Decreto de 31 de mayo de 1974, sancionador del texto articulado del nuevo T. P., insiste diciendo que «el presente texto articulado del T. P. del Código civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los Derechos especiales o forales»; precepto, sin embargo, innecesario, dados los términos del artículo 13 comentado, e inadecuado, porque si pretendía modificar o aclarar no se lo permitirá su distinto rango, obedeciendo, sin justificación legal alguna, sólo a razones de política foral muy discutibles. De aquí que en realidad la eficacia general del T. P. en los territorios forales se manifieste: en cuanto que las disposiciones de dicho título determinan el ámbito del régimen foral (arts. 13 a 15), las reglas de Derecho internacional privado e interregional (arts. 8 a 12 y 16)—preceptos todos ellos aplicables directamente en los territorios forales—, y en cuanto que determinan la eficacia general de las leyes o normas *no forales* (arts. 1 a 7). Pues en cuanto a la eficacia de las normas forales habrá que estar, repetimos, en primer lugar, a lo que resulte de cada Derecho foral en concreto, sin que su esfera se pueda ver afectada por las disposiciones 1.ª a 7.ª del Código civil, las cuales sólo entrarán en juego, en su caso, por la vía del Derecho supletorio.

En este mismo sentido era también interpretado por la doctrina más autorizada el anterior artículo 12 (43), cuyo espíritu permanece en la nueva redacción con sólo algunas variantes, como la supresión de la expresión «por ahora» y del diferente régimen foral de los artículos 12 y 13 antiguos, que no tienen ya razón de ser.

En lo demás, esto es, en el resto del articulado del Código civil, supuesto aquel respeto a los Derechos forales o especiales, «regirá el

(42) Sentencias de 30 de junio de 1869, 8 de febrero de 1892, Ron. 19 de agosto de 1914, 10 de noviembre de 1926 y 11 de agosto de 1939.

(43) DE CASTRO. *op. cit.*, pág. 284.

Código civil, como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada uno de aquéllos según sus normas especiales».

Función de *Derecho supletorio* que, como el anterior artículo 12, cuyos términos eran equivalentes, sigue atribuida al Código civil con carácter subsidiario, es decir, en defecto del que lo sea propio en cada uno de los territorios forales.

Esta aplicación no ha de hacerse, sin embargo, como tiene reconocido el Tribunal Supremo (así, sentencia de 7 de febrero de 1945), de un modo mecánico, aplicando sin más la regla correspondiente al caso, sino de un modo armónico y conjugado, de manera que se excluyan aquellas disposiciones que choquen o se opongan a alguna regla foral vigente.

Teniendo en cuenta la vigencia actual de todas las Compilaciones relativas a los territorios forales o especiales puede concluirse que la función supletoria del Código civil será, en concreto, la siguiente:

De primer grado en Cataluña, Baleares, Vizcaya y Alava y Galicia, ya que sus respectivas Compilaciones (disposiciones finales segundas) vienen a disponer que en lo no previsto en ellas y en lo que no se opongan a las mismas regirán los preceptos del Código civil y las fuentes jurídicas de aplicación general, sin otra particularidad que la que contienen las Compilaciones catalana, balear y gallega de que para la interpretación de sus preceptos se tendrá en consideración la tradición jurídica respectiva encarnada en sus antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquellos preceptos se derivan (arts. 1 y 2).

En tanto que en Aragón sólo regirá el Código civil y demás disposiciones constitutivas del Derecho general español, en defecto de las normas propias del Derecho especial de Aragón, que lo son: los preceptos de su Compilación, la costumbre que cumpla función integradora de aquellas disposiciones y los principios generales en los que tradicionalmente se ha inspirado el Ordenamiento jurídico aragonés (arts. 1 y 2).

Y en Navarra todavía resulta más relegada la función supletoria del Código civil, pues si bien su Ley 6.^a dispone que «... será Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra el Código civil y demás leyes generales de España...», lo cierto es que dicha aplicación supletoria sufre una serie de condicionamientos. Así, y aparte el preponderante valor de la costumbre, primero habrá que estar a la tradición jurídica navarra, que es de rango preferente y no sólo tiene misión interpretativa de la Compilación, sino también integradora, según palabras textuales de la Ley 1.^a, y está constituida, a su vez: por las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los Fueros Locales y el Fuero Reducido, y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre

o la Compilación hayan recibido del mismo; segundo, antes de acudir al Derecho supletorio (Código civil en este caso), se utilizará la analogía con otras disposiciones de la propia Compilación navarra (Ley 5.^a), y tercero, por si todavía quedaba algún resquicio para la entrada del Código civil, dispone expresamente la antes dicha Ley 6.^a, en su inciso final, que sólo procederá la aplicación supletoria en los supuestos expresamente previstos en la Compilación, declaración ésta que constituye un verdadero desaire al Derecho común y supone un incumplimiento de los principios del Congreso Nacional de Zaragoza.

La vecindad civil, como vínculo determinante de la sujeción a uno u otro de los regímenes jurídicos coexistentes en nuestro suelo, viene regulada en los artículos 14 y 15 con destacada claridad y sistemática con respecto a su primitiva redacción, recogiendo además criterios procedentes de la nacionalidad con la que se tienen en cuenta posibles conexiones y poniendo en régimen de recíproca igualdad a los diversos regímenes jurídicos.

Vecindad civil, común o foral, que se adquirirá originariamente en base al criterio del *ius sanguinis*, con la particularidad, no obstante, de que si tal vecindad no fuese la misma del lugar del nacimiento, se concederá un derecho de opción en favor de ésta, siempre que se ejercite dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación por declaración ante el encargado del Registro civil. Y en los casos de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, por ser más seguro atender a este hecho.

Pero la vecindad civil se puede adquirir también derivativamente: por la residencia continuada durante el plazo legal (dos o diez años, con manifestación expresa en el primer caso, o sin manifestación en contrario en el segundo) y sin necesidad—lo que constituye novedad—de que se reiteren en el futuro las manifestaciones (lo que es interesante, por ejemplo, para el residente que llevando el plazo de diez años manifieste su voluntad contraria a adquirir la vecindad, pero continúe después viviendo otros tantos años más) o por razón de la dependencia familiar, siguiendo la mujer casada la condición del marido (44) y los hijos no emancipados, la del padre, y en su defecto, la de su madre.

Como posibles *conexiones entre la nacionalidad y la vecindad civil*, se recogen las siguientes, de acertada previsión:

Que el extranjero que pretenda adquirir la nacionalidad española estando residiendo en un territorio foral por el tiempo necesario para ganar la vecindad, podrá optar en el expediente porque la vecindad que

(44) Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, aparecida con posterioridad a la fecha de esta ponencia, estimamos que hay que tener en cuenta en este punto los nuevos principios sentados por el reformado artículo 21 del Código civil.

lleve aparejada la adquisición de la nacionalidad española sea la de aquella localidad foral a que se encuentra vinculado y no la del Derecho común, como sería la regla general. Como el elemento determinante de esta posibilidad de opción es la residencia, es claro que no podrá jugar cuando la misma falte.

De igual manera, la recuperación de la nacionalidad española llevará consigo la de aquella vecindad civil que se ostentara al tiempo de su pérdida.

Finalmente, los supuestos de dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia dentro de un 'mismo territorio (como, por ejemplo, puede ocurrir en Cataluña), se regirán por los mismos principios reguladores de la vecindad civil y de sus conexiones con la nacionalidad expuestos.

Y para terminar digamos brevemente, puesto que esta materia voluntariamente dijimos de excluirla por su íntima relación con las normas de Derecho internacional privado, que la regulación que se hace en el actual artículo 16 de los *conflictos interregionales* está basada, como en el sustituido artículo 14, en una aplicación extensiva o analógica de los principios que inspiran aquella parte del Ordenamiento jurídico internacional, con las particularidades o excepciones propias de la singularidad del Derecho interregional.

Así, la ley personal no estará determinada por la nacionalidad, sino por la vecindad civil y, en su caso, aunque no lo diga el texto, por la dependencia personal o local correspondiente.

Y no tendrán aplicación, lógicamente, aquellos principios de Derecho internacional privado que encuentren su razón de ser en las relaciones internacionales o a nivel de Estados, ausentes en los conflictos interregionales, como ocurre con los principios de calificación, remisión y orden público.

Por último, digamos que el Derecho de viudedad aragonés, frente a los cambios de vecindad civil, se somete a la idea de permanencia con ciertos condicionamientos sucesorios y, sobre todo, con respecto a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO

Registrador de la Propiedad
Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete
Curso 1974-75