

La aplicación de la analogía en las leyes especiales

The application of analogy in special laws

por

FEDERICO ARNAU MOYA
*Profesor contratado doctor Derecho civil.
Universidad Jaume I de Castellón*

RESUMEN: Este artículo analiza la aplicación de la analogía en el caso de las leyes especiales. La regla general en esta materia es que las leyes especiales solo pueden aplicarse analógicamente dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta regla no es absoluta puesto que en ocasiones no es posible aplicar la analogía entre instituciones de una misma ley, además hay casos en los que se admite la aplicación por vía analógica de una norma especial a otra norma especial o a un supuesto carente de regulación como son los contratos atípicos.

ABSTRACT: *This article analyzes the application of the analogy in case of special laws. The general rule in this matter is that special laws can only be applied analogously inside its application ambience. Nevertheless, this rule is not absolute since sometimes it is not possible to apply the analogy between institutions of the same law, in addition, there are cases where the analogueue application of a special standard to another special standard or to an alleged lack of regulation is permitted, such as atypical contracts.*

PALABRAS CLAVE: Analogía. Laguna de la ley. Principios generales del Derecho. Leyes excepcionales. Leyes especiales. Interpretación extensiva. Principio de legalidad.

KEY WORDS: *Analogy. Gaps in the law. General principles of law. Exceptional laws. General laws. Broad interpretation. Principle of legality.*

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO.—II. CLASES DE ANALOGÍA: 1. ANALOGÍA *LEGIS* O DE LA LEY. 2. ANALOGÍA *IURIS* O DEL DERECHO.—III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA: 1. LAGUNA DE LA LEY. 2. RELACIÓN DE SEMEJANZA E IDENTIDAD DE RAZÓN ENTRE AMBOS SUPUESTOS.—IV. LÍMITES DE LA ANALOGÍA: 1. LEYES PENALES. 2. LEYES EXCEPCIONALES. 3. LEYES TEMPORALES.—V. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.—VI. SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS LEYES ESPECIALES: 1. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL NO APLICABLES DENTRO DE LA MISMA LEY ESPECIAL. 2. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL APLICABLES ANALÓGICAMENTE A OTRAS LEYES: A) *Aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva*. B) *Aplicación analógica del Derecho de consumo*. C) *Aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al consumo*. D) *Aplicación analógica de los Baremos*.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO

En nuestro ordenamiento jurídico la analogía está regulada en el artículo 4 del Código civil, ubicado en el capítulo II «aplicación de las normas jurídicas», que a su vez se encuentra dentro del título preliminar del Código civil «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»¹. En el apartado primero del citado precepto se establece que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»². La aplicación analógica, por tratarse de un mecanismo de integración, requiere de la previa existencia de una laguna normativa que cubrir. Esta necesidad de colmar las lagunas legales es consecuencia del sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código civil que se cierra con el recurso a los principios generales lo que supone implícitamente el reconocimiento de la inexistencia de lagunas del Derecho³. Este sistema completo fuentes en el que solo caben las lagunas de la ley permite que los jueces y tribunales puedan cumplir con

«el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan» (art. 1.7 CC)⁴.

El título preliminar actúa como un sistema general de establecimiento de las fuentes del Derecho así como de las reglas para su determinación y aplicación. Uno de los caracteres del citado título es que la mayor parte de sus artículos son de aplicación a todo el ordenamiento jurídico⁵. En consecuencia, el método analógico también es aplicable a otras ramas del ordenamiento jurídico excepto aquellas a las que el artículo 4.2 del Código civil prohíbe su aplicación, tal como sucede con las «leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal»⁶. La exclusión de este tipo de normas ya se contempla en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del nuevo título preliminar del Código civil donde se hace referencia clara al principio de legalidad. Este hecho tras la publicación de la Constitución —cuatro años después de la reforma del título preliminar —queda refrendado por su artículo 9.3 en el que, entre otros, se garantiza el citado principio de legalidad⁷.

II. CLASES DE ANALOGÍA

1. ANALOGÍA *LEGIS* O DE LA LEY

La doctrina y la jurisprudencia distinguen dos tipos de analogía, la *legis* y la *iuris*. En el primer supuesto hay aplicar una concreta norma a un determinado supuesto de hecho carente de regulación. En la analogía *legis*, normativa o de la ley se procede de lo particular a lo particular⁸. Para algún sector de la doctrina lo que realmente hace el intérprete es acudir a una disposición concreta de la Ley, y tras verificar que el principio que se comprende en esta es aplicable al supuesto de hecho carente de regulación se procede a la trasposición de esta norma al supuesto no regulado⁹. En esta modalidad de analogía es donde tiene su exacta aplicación el aforismo *ubi edadem ratio*¹⁰.

La analogía *legis* es un mecanismo de integración aplicable únicamente a las lagunas existentes en las normas escritas como las leyes y se procede a cubrirlas mediante la aplicación de otra norma perteneciente a otra institución de la misma ley en la que se ha detectado la laguna o incluso de otro cuerpo legal, si bien en este último caso de manera restringida, tal como iremos viendo a lo largo de este trabajo¹¹. A esta clase de analogía es a la que se refiere el artículo 4.1 y, como se ha dicho, se aplica exclusivamente a las normas escritas. La analogía *legis* es de aplicación preferente a las otras fuentes del Derecho contempladas en el artículo 1 del Código civil como la costumbre y los principios generales del Derecho. En consecuencia,

puede afirmarse que la analogía *legis* constituye un refuerzo del principio de legalidad que supone la primacía de la ley sobre el resto de fuentes del Derecho o, dicho en otras palabras, la primacía del Derecho escrito sobre el no escrito¹². No obstante, como se analizará más adelante, antes de proceder a la aplicación analógica se tiene que haber intentado la interpretación extensiva de la norma¹³.

2. ANALOGÍA *IURIS* O DEL DERECHO

La segunda modalidad de analogía es la *iuris* o analogía del Derecho que entra en juego cuando no es posible colmar una laguna normativa ni por interpretación extensiva de la norma, ni mediante la analogía *legis* ni tampoco a través de la costumbre. En este caso, de no existir la analogía *iuris*, nos hallaríamos ante las temidas lagunas del Derecho o del ordenamiento que el legislador ha pretendido evitar a toda costa con la cláusula de cierre de nuestro sistema de fuentes que suponen los principios generales del Derecho. De ahí que se haya dicho que nuestro ordenamiento jurídico ha sido concebido como un sistema cerrado o completo en el que se recurre a la autointegración para dar soluciones para todos los problemas planteados¹⁴.

Mediante la analogía *iuris* se obtiene una nueva norma a partir de las reglas que se contienen en varias normas particulares, que pueden incluso encontrarse en diferentes instituciones, de las que por vía de inducción se extraerá un principio general del Derecho que se aplicará por trasposición al supuesto carente de regulación cubriéndose así el vacío legal¹⁵. De ahí que se haya dicho que en la analogía *iuris* se procede primero de lo particular (norma jurídica) a lo general (principio jurídico) y luego, otra vez de lo general a lo particular (supuesto de hecho no regulado por una norma jurídica)¹⁶.

Las principales diferencias entre ambas modalidades de analogía son las siguientes: en la analogía *legis* se aplica una determinada norma a un supuesto de hecho carente de regulación mientras que en la *iuris* se aplica un principio jurídico que se extrae de un conjunto de normas¹⁷. De ahí que se pueda afirmar, como ya hemos dicho, que en la analogía *legis* se procede de lo particular a lo particular a través de la comparación. Por el contrario, en la *iuris* se opera de particular a lo general y de lo general mediante subsunción se regresa a lo particular¹⁸. Finalmente, en la analogía *legis* no hay que extraer un principio general por inducción, aunque al procederse a través de la trasposición de una norma concreta a un supuesto similar haya que atender a la razón o idea fundamental de la norma¹⁹. La extracción de un principio general es exclusiva de la analogía *iuris* en la que, a diferencia

de la *legis*, no se aplicará ninguna de las normas que se tomaron en consideración para extraer de ellas el principio general²⁰.

El hecho de que el recurso a la analogía *iuris* solo sea admisible en última instancia, tras haber agotado todo el sistema de fuentes, obedece a los postulados de la seguridad jurídica, puesto que esa modalidad de analogía supone la aplicación directa de los principios generales del Derecho²¹. Lo anterior supone que cuando exista laguna legal y esta no pueda cubrirse recurriendo a la analogía *legis*, ni tampoco mediante la aplicación de una costumbre habrá que acudir a los principios generales como fuente del Derecho dentro de los que se inserta la analogía *iuris*²².

En la jurisprudencia no son abundantes las sentencias en las que se haya aplicado la analogía *iuris*; dentro de estas hay que destacar las que durante un breve tiempo mantuvieron la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las uniones *more uxorio*²³. Asimismo, también es posible encontrar alguna referencia a la analogía *iuris* en algunas resoluciones relativas a la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato atípico de distribución exclusiva²⁴.

III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA

Los requisitos para la aplicación analógica están contemplados en el artículo 4.1 del Código civil. En primer lugar, se requiere implícitamente la existencia de una laguna legal al decir que procederá «la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico». En segundo lugar, se exige que otras normas «regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Esto supone que la norma integradora que se pueda aplicar para colmar la laguna legal, regule y de respuesta a un supuesto semejante al específico que carece de regulación. Además, entre ambos supuestos, ha de apreciarse «identidad de razón». Un tercer requisito, consiste en que la norma analógica no se encuentre dentro de las excluidas por el apartado segundo del artículo 4, tal como sucede con «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal». Todos estos requisitos han venido exigiéndose por la jurisprudencia, así en la STS de 1 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 622), con cita de la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030), se establece que «para aplicar la analogía es necesario, en primer lugar, la existencia de una verdadera laguna legal o, como dice el artículo 4.1 del Código civil, que las normas «no contemplen un supuesto específico»; en segundo lugar, es exigible la similitud jurídica esencial entre el supuesto que se pretende resolver, que no está previsto en las normas, y el ya regulado por estas, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y

al de los supuestos configurados; esto es, la «identidad de razón» exigida por el artículo 4.1 del Código civil»²⁵.

1. LAGUNA DE LA LEY

El primer requisito para la aplicación analógica es la existencia de una laguna legal o vacío normativo constituido por la «no previsión por la norma de un supuesto determinado» tal como se dice en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974²⁶, donde también se parte de la premisa de que no hay lagunas del Derecho sino únicamente lagunas de la Ley al decir que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho»²⁷.

Nos encontramos ante una laguna de la ley o laguna normativa cuando un supuesto de hecho carece de una solución directa en el ordenamiento jurídico²⁸. La laguna no solo tiene lugar en el caso de inexistencia de norma que sea directamente aplicable al punto controvertido (laguna de regulación o de contenido) sino también cuando existiendo un precepto directamente aplicable al caso presente una deficiencia (laguna de imperfección técnica o defecto de regulación)²⁹. La existencia de una laguna de contenido presupone que a pesar de haber sido debidamente analizada la ley, el intérprete o el juez no ha hallado solución para la cuestión jurídica planteada por no encontrar en ella la solución legal para resolver el caso³⁰. El recurso a la analogía sirve pues, para dar respuesta a un extremo concreto que no han contemplado las normas escritas cuando proceda la aplicación de estas —que pueden incluso existir pero con esa omisión— y, por ello, la respuesta resulte necesaria³¹. La existencia de un supuesto de hecho no regulado, para que tenga la consideración de laguna ha de suponer que no pueda ser aplicado ni según la letra de la ley ni aplicando el sentido lógico de las normas existentes. De modo que la aplicación analógica solo procederá cuando la norma existente (pero insuficiente) no haya podido ser objeto de interpretación extensiva³². Máxime cuando no exista norma que regule ese supuesto de hecho, como sucede con los contratos atípicos, como el contrato de distribución exclusiva, como veremos más adelante.

2. RELACIÓN DE SEMEJANZA E IDENTIDAD DE RAZÓN ENTRE AMBOS SUPUESTOS

Otro requisito que se exige para la aplicación analógica es la existencia de «semejanza» entre el supuesto de hecho regulado y el que carece de regulación. Cabe entender que la similitud tiene lugar cuando en el primero concurren los elementos esenciales sobre los que puede apoyarse la

regulación del segundo³³. En el supuesto regulado ha de establecerse una consecuencia jurídica que sea aplicable al supuesto semejante pero carente de regulación, es decir que sirva para decidir o dar respuesta a una concreta pretensión, quedando así cubierta la laguna legal³⁴. Sin embargo, no concurre el requisito de la semejanza en el caso de identidad ni en el de disimilitud entre los supuestos de hecho. En el primer caso porque siempre será posible una aplicación igual de la ley y, en consecuencia, no existe laguna sobre la que efectuar la aplicación analógica. En el segundo caso tampoco procede el método analógico puesto que es imposible extender una norma a un supuesto de hecho con el que no concurre el requisito de la semejanza³⁵.

Para la aplicación analógica no es suficiente la existencia de una simple relación de semejanza entre el supuesto regulado y el carente de regulación, puesto que en la proposición final del artículo 4.1 de Código civil se exige que entre ambos supuestos se aprecie «identidad de razón»³⁶. En este sentido se manifiesta la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 al decir que procederá la aplicación analógica «si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extendible por consideraciones de identidad o de similitud al supuesto no previsto»³⁷. Lo anterior implica que hay que analizar si los elementos esenciales que caracterizan al supuesto regulado y que constituyen la *ratio iuris* de la norma concurren en el otro caso carente de regulación sobre el que se tiene aplicar la analogía³⁸. De manera que el elemento de identidad no puede ser uno cualquiera, sino aquel que fue tomado en cuenta por el legislador para que una concreta norma regulara un determinado supuesto de hecho, con la que se quiere cotejar la no considerada³⁹. A esto se refiere el artículo 4.1 Código civil cuando utiliza la expresión «identidad de razón», queriendo decir que por contener ambos supuestos de hecho el elemento que lleva al legislador a establecer una determinada norma, la misma tiene que ser de aplicación a ambos casos⁴⁰.

En la jurisprudencia se han utilizado varios criterios que sirven para valorar la suficiencia de la semejanza entre el supuesto regulado y el que carece de ella⁴¹. El primer expediente utilizado es el de la «existencia de “similitud jurídica esencial” entre el supuesto que se pretende resolver, que no está previsto en las normas y el ya regulado por estas, debiéndose acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; esto es, la “identidad de razón” exigida por el artículo 4.1 del Código civil»⁴². En la doctrina se ha dicho que la «identidad de razón» supone que se tenga en cuenta el principio que informa la norma en el caso de la analogía *legis* o los principios que informan el conjunto normativo del que se extraerá el principio general a aplicar «mediante la analogía *iuris*»⁴³. La segunda justificación, muy similar a la anterior, es la que estima que «existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los

elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado⁴⁴». El tercer criterio utilizado para apreciar la suficiencia de la similitud es la de aplicar el principio «*ubi eadem ratio legis est, ibi eadem iuris dispositio*» (si hay igualdad de razón jurídica, debe haber también identidad de disposición concreta)⁴⁵. Finalmente, en alguna sentencia se ha precisado que la analogía «no sea meramente externa o de semejanza aparente»⁴⁶.

IV. LÍMITES DE LA ANALOGÍA

En nuestro ordenamiento jurídico la permisividad de la aplicación analógica constituye la regla general, si bien se establecen unos límites más allá de los cuales está prohibida⁴⁷. Así se expresa el artículo 4 del Código civil al autorizar, en general, el uso de la analogía, cuando concurren sus requisitos, al tiempo que prohíbe («no se aplicarán») la utilización de la analogía para las normas penales, excepcionales y temporales.

1. LEYES PENALES

La prohibición de la analogía en las leyes penales se justifica en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 como «la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha de primar exento de incertidumbre o fisuras»⁴⁸. En el artículo 4.1 del Código penal se contempla que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en ellas» lo que supone la prohibición de la analogía⁴⁹. La proscripción de la aplicación analógica de las leyes penales y de las infracciones administrativas guarda armonía con el artículo 9.3 de la Constitución española que garantiza el principio de legalidad. Esta prohibición también se encuentra implícita en el artículo 25.1 de la Constitución española que establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»⁵⁰. En consecuencia, no se podrá interpretar analógicamente una norma penal para aplicarla a un supuesto carente de regulación.

El citado artículo 25.1, junto con las normas penales, también menciona directamente a las sanciones administrativas y las sitúa dentro del principio de legalidad. De ahí que en la doctrina se haya admitido que también estén incluidas en la prohibición del artículo 4.2 del Código civil⁵¹. El Tribunal Supremo, poco antes de la publicación de la CE, ya había venido aplicando la prohibición del método analógico para el Derecho administrativo sancionador partiendo de la prohibición explícita en el ámbito del Derecho

penal *ex* artículo 4.2 del Código civil⁵². La justificación se basaba en que «el mismo criterio deber regir para el Derecho administrativo sancionador, por la identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo»⁵³. El Tribunal Constitucional también ha excluido la aplicación analógica al menos en perjuicio del sancionado (analogía *malam partem*) al aplicársele el Derecho administrativo sancionador⁵⁴. Sin embargo, el rigor del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución española no es directamente aplicable a las normas sancionadoras del ordenamiento privado tal como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional⁵⁵.

La cuestión de la prohibición de la analogía en las sanciones civiles es más compleja. En un sector de la doctrina, se ha mantenido que las normas prohibitivas⁵⁶ y las normas civiles sancionadoras con pérdida de derechos de determinadas conductas tipificadas y que constituyan *numerus clausus* deben entenderse incluidas en el ámbito restrictivo señalado por el artículo 4.2 del Código civil⁵⁷. Así lo exige su *ratio* que impone no dar al calificativo «penal» una identificación exclusiva con la norma de Derecho penal. En otras palabras, la *ratio* en cuestión lleva a una interpretación extensiva, habida cuenta de que en ningún momento el legislador hace aquella equiparación, si bien el propio Código civil reconoce la «penalidad civil o privación de derechos» en su disposición transitoria tercera⁵⁸. En suma, allí donde se encuentren sanciones civiles informadas por el mismo principio de tipicidad, propio de las normas penales, se producirán todas sus consecuencias y, entre ellas, la imposibilidad de aplicación analógica⁵⁹. Este sería el caso, entre otros, de las causas de exclusión de la patria potestad (art. 111 CC)⁶⁰, la revocación de las donaciones (art. 644 CC), las causas de indignidad para suceder o las causas de desheredación (arts. 851 y sigs. CC). En el ámbito de la LAU son varias la sentencias en las que no se admite la aplicación analógica de preceptos de esa ley arrendaticia si por esa vía se priva de un derecho y aumentan los supuestos tasados de causas de resolución de contrato (art. 114 LAU/64)⁶¹. No obstante, en la doctrina también se ha estimado que con relación a las normas prohibitivas o sancionadoras habrá que distinguir si se presentan como excepción, en cuyo caso estarán incluida dentro de las restricciones del artículo 4.2 del Código civil o si se presenta como regla general en cuyo caso se encontrará dentro del campo del artículo 4.1 y le será de aplicación la analogía⁶².

Es de notar que, en ocasiones el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto ha eludido aquellas prohibiciones o restricciones. Este ha sido el caso de las SSTs de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900) y de 30 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 639) en las que se sortea la prohibición de la aplicación analógica y de la interpretación extensiva en un caso de desheredación por maltrato psicológico al decir que «aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley

(art. 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo [...] los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. [...] hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra⁶³. No obstante, en nuestra opinión el mecanismo utilizado en estas sentencias, aunque el propio Alto Tribunal lo niegue, ha sido el de la interpretación extensiva puesto que ha ampliado el significado de la expresión maltrato de obra del apartado segundo del artículo 853 del Código civil para incluir dentro del mismo al maltrato psicológico. Así pues, tal como analizaremos más adelante, en el caso de las normas restrictivas o prohibitivas sí que será posible la aplicación de la interpretación extensiva siempre que el nuevo caso aplicable —por tratarse de una norma implícita— guarde identidad de razón con el resto de supuestos que integran la norma.

2. LEYES EXCEPCIONALES

El artículo 4. 2 del Código civil también prohíbe la aplicación analógica de las leyes excepcionales. No obstante, es harto difícil determinar cuándo una norma es excepcional o no, puesto que los confines que delimitan las normas especiales, excepcionales, restrictivas, prohibitivas son muy confusos⁶⁴. Para un amplio sector doctrinal son excepcionales aquellas normas que al regular unos concretos supuestos de hecho se apartan de los principios generales del sector del ordenamiento que regulan estableciendo consecuencias contrarias a las exigencias de aquellos principios⁶⁵. De esta manera se puede afirmar que una norma es excepcional porque en ausencia de la misma la solución aplicable sería la establecida por el Derecho común⁶⁶. Para saber si una norma puede calificarse como excepcional hay que individualizar su contenido y confrontarlo con los principios generales del ordenamiento jurídico⁶⁷. Las normas excepcionales al desviarse de los principios generales no pueden aplicarse analógicamente a otros supuestos no previstos por ellas puesto que carecen de la *eadem ratio*⁶⁸. Así pues, la circunstancia de que dentro del Derecho excepcional no se regule un supuesto de hecho no significa que exista una laguna legal puesto que esta siempre podrá ser regulada por el Derecho general⁶⁹. No obstante, alguna voz discordante entiende que sí

que cabe la aplicación analógica de las normas excepcionales cuando en el supuesto carente de regulación sí que existe semejanza e identidad de razón con el regulado⁷⁰. También se ha dicho que las normas excepcionales, así como las temporales, sí que son susceptibles de interpretación extensiva⁷¹.

La doctrina dentro del concepto de Derecho excepcional ha incluido diferentes supuestos. En primer lugar, aquí tiene encaje el contenido normativo de los Decretos de declaración de alarma, excepción y sitio a los que se refieren los artículos. 116 y 55.1 de la Constitución Española y la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*⁷². Asimismo, los Decretos leyes por su carácter provisional y su limitación a resolver casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE)⁷³.

En segundo lugar, también son leyes excepcionales las normas de Derecho especial, al menos a los efectos de la aplicación analógica. Así puede inferirse a partir de la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 en el que se establece una equivalencia entre normas excepcionales y las leyes especiales al decir que «las Leyes excepcionales, también excluidas, forman el tradicionalmente llamado *ius singulare* que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido a la norma general». No obstante, la doctrina mayoritaria estima que la prohibición de la analogía dentro de las leyes excepcionales no debe de regir *ad intra* cuando las mismas puedan ordenarse y constituirse en un sistema como sucede con las normas de Derecho especial⁷⁴. No obstante, como analizaremos más adelante, no puede establecerse la absoluta equivalencia entre normas excepcionales y normas de Derecho singular, puesto que en este último caso no siempre se produce una derogación de los principios del Derecho común, sino una especificación o adaptación de tales principios a una parcela de la realidad⁷⁵. Como analizaremos más adelante, no todas las normas que se encuentran en el seno de una ley especial tienen porqué ser excepcionales. En consecuencia, estimamos que dentro de las leyes especiales es posible admitir la posibilidad de la aplicación analógica de aquellas normas que contienen principios de Derecho general. A lo largo de este trabajo iremos viendo como el Tribunal Supremo, en algunos ámbitos, ha aplicado algunos preceptos de leyes especiales fuera de su ámbito de aplicación, así como en otras no ha estimado procedente la aplicación analógica de algunos preceptos dentro de la propia ley especial por estimar que se trataba de normas excepcionales.

3. LEYES TEMPORALES

Las leyes temporales también quedan fuera de la aplicación del procedimiento analógico por mandato del artículo 4.3 del Código civil. En la expo-

sición de motivos del Decreto 1836/1974 se justifica esta exclusión «porque en modo alguno puede desbordarse en lo más íntimo de su esfera de vigencia y, de otra parte, porque tal circunstancia las dota de un acusado matiz de excepcionalidad». Que la analogía no proceda cuando la ley ha dejado de tener eficacia es claro y comprensible sin más, porque lo contrario llevaría al absurdo de aplicar un precepto no vigente⁷⁶. Las normas temporales por excelencia son las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que tienen carácter anual sin perjuicio de que puedan prorrogarse (art. 134.2 CE). Estas leyes difícilmente pueden aplicarse analógicamente puesto que dejan de producir efectos una vez que ha finalizado su periodo de vigencia o su prórroga (cfr. art. 134.4 CE) y, además establecen consecuencias jurídicas temporales⁷⁷. No obstante, en la doctrina se ha cuestionado que por el mero hecho de que una ley tenga carácter temporal deba ser excluida automáticamente de la aplicación analógica. La excepcionalidad dependerá exclusivamente de su oposición a los principios del Derecho general, tal como ya nos hemos referido al hablar de las leyes especiales. En consecuencia, no existirá ningún impedimento para que, pueda extenderse por vía analógica, los efectos de una norma temporal dentro de su periodo de vigencia siempre que no se aprecie excepcionalidad derivada de su contenido⁷⁸. No obstante, sucede que las leyes temporales suelen ser excepcionales, de modo que en este caso la no aplicación de la analogía deriva de la excepcionalidad y no de la temporalidad⁷⁹.

V. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

La interpretación extensiva constituye otro mecanismo para cubrir las lagunas legales. Se aplica la interpretación extensiva cuando dentro de una materia o institución que está regulada no se ha contemplado un supuesto concreto y, en consecuencia, mediante esta técnica la norma se extiende, se amplía a un caso similar no contemplado por esa misma norma o institución⁸⁰. Las diferencias entre la interpretación extensiva y analogía son bastante sutiles por lo que en la doctrina se ha intentado delimitar los contornos de ambas figuras destacando sus diferencias.

En primer lugar, se actúa por la vía de interpretación extensiva cuando se mantiene la norma dentro de su marco institucional, pero se entienden implícitamente incluidos en el supuesto normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra⁸¹. El ejemplo por antonomasia de interpretación extensiva consistiría en ampliar la expresión sacerdote del artículo 752 del Código civil para incluir dentro de la misma a los ministros de otras religiones como incapaces para suceder al causante al que han confesado durante su última enfermedad. Por el contrario, la técnica empleada en el caso de la

analogía consiste en trasladar una norma de un marco institucional a otro⁸². Así sucede cuando no se ha previsto un caso dentro de una institución o de una materia, de manera que no puede ser resuelto por interpretación extensiva, es decir ampliando alguno de los preceptos que forman parte de esa institución. De manera que no queda otra opción que la de recurrir a lo previsto en un artículo que, dentro de otra institución, regula un caso similar para cubrir el vacío legal⁸³. Así pues, volviendo nuevamente al ejemplo del confesor del artículo 752 del Código civil, sería un supuesto de analogía cuando se trasladase el citado precepto, situado dentro del marco institucional del régimen jurídico del testamento, a los negocios jurídicos *inter vivos* como la donación y, en consecuencia, se estableciese la nulidad de la donación que el donante hubiese efectuado durante su última enfermedad en favor del sacerdote que le confesó⁸⁴.

En segundo lugar, en la interpretación extensiva se opera con la lógica semántica (interpretar hijos como comprendiendo también a los nietos, por ejemplo) y en la aplicación analógica se actúa a través de los argumentos de lógica decisonal (analogía y sus argumentos derivados)⁸⁵. Así pues, la interpretación extensiva consiste en una discordancia exclusivamente verbal entre la *definitio iuris* y la intención de la propia norma. El legislador no ha dicho todo lo que quería decir, mientras que en el caso de la analogía el legislador al no regular un caso fue porque no pensó todo lo que debió pensar⁸⁶.

La tercera diferencia se refiere a las distintas técnicas utilizadas en ambos mecanismos. En el caso de la interpretación extensiva se amplía el significado de una disposición para incluir dentro de su campo de aplicación supuestos que no se encuentran en la letra del precepto, aunque sí en su espíritu⁸⁷. Es decir, que más que extender la norma a casos no contemplados, lo que hace la interpretación extensiva es poner de manifiesto supuestos que ya estaban contenidos en ella de forma implícita⁸⁸. De manera que en la interpretación extensiva se reconstruye una voluntad legislativa existente mientras que en la analogía se está ante una verdadera laguna que se intenta colmar aplicando indirectamente una norma prevista para otro supuesto de hecho⁸⁹. En algún sector de la doctrina se ha dicho que la aplicación analógica puede suponer la creación de una nueva norma, puesto que la norma traspuesta se está aplicando a unos supuestos de hecho que a pesar de ser similares no son los exactamente comprendidos en ella⁹⁰. Sin embargo, entendemos que si la analogía se produce dentro de los límites del artículo 4 del Código civil no tiene porqué suponer la creación de una nueva norma⁹¹. En consecuencia, de superarse aquellos límites se estaría creando una nueva disposición y, en consecuencia, se estaría produciendo una peligrosa sustitución del monopolio legislativo del Estado por parte de jueces y tribunales⁹². De ahí que, el juzgador, en esa labor creativa ha de actuar con extrema prudencia y no

traspasar los límites del marco diseñado por el tenor literal de la norma que ha de ser traspuesta por analogía⁹³.

En cuarto lugar, entre la analogía y la interpretación existe una diferencia de grado. Porque en la analogía hay que rellenar una laguna de más amplio calado mientras que mediante la interpretación se rectifica una expresión ampliándola conforme al espíritu de la ley⁹⁴. Asimismo, en la analogía hay que extraer una norma de su ámbito o marco normativo propio, para regular otra materia, otra institución no contemplada directamente por aquella norma. De modo que en la analogía se produce un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva⁹⁵. Esta diferencia de grado se manifiesta en que, en la analogía, además de la existencia de la preceptiva laguna legal, se exige el doble requisito de la *similis ratio* (de semejanza entre la situación regulada y la carente de regulación) y de la *eadem ratio* (una identidad de razón lógica entre la materia regulada y la que carece de régimen jurídico). Por el contrario, en la interpretación extensiva, al tratarse de una norma implícita solo se exige el requisito de la identidad de razón. Este es el motivo por el que los límites que restringen la analogía sean mayores que los de la interpretación extensiva⁹⁶.

Una quinta diferencia, se encuentra en el hecho de que la interpretación extensiva, como su nombre indica, consiste en una modalidad de interpretación, mientras que la analogía se utiliza en ausencia de norma. De modo que no habiendo norma que interpretar se traspone una norma de un ámbito a otro para cubrir un vacío legal.

La importancia de diferenciar entre ambas categorías estriba en que si la interpretación extensiva desborda el marco señalado por la norma objeto de interpretación se estará utilizando la analogía, y no hay que olvidar, que en determinados ámbitos, como sucede en el ámbito penal, la analogía está proscrita⁹⁷. De ahí que en ocasiones se haya utilizado la interpretación extensiva como un subterfugio para eludir la prohibición de la analogía en las leyes penales y excepcionales⁹⁸. En consecuencia, la mayoría de la doctrina mantiene que tampoco cabe la interpretación extensiva en aquellos ámbitos en los que está prohibida la aplicación analógica⁹⁹. Por el contrario, en un sector minoritario de la doctrina —al que nos adherimos— se aboga por la no aplicación de las prohibiciones de la analogía (art. 4.2. CC) a la interpretación extensiva por entender que se trata de dos cosas distintas puesto que la analogía se encuentra en el campo de la integración, mientras que la otra figura se encuentra en el de la interpretación¹⁰⁰. Como ya hemos referido en la interpretación extensiva se trata de poner de manifiesto supuestos que ya estaban contenidos en una norma de forma implícita y por lo tanto es el propio legislador el que de modo indirecto ha admitido, dentro de una norma prohibitiva o restrictiva de derechos, la existencia de otros supuestos.

En el ámbito penal, como consecuencia del principio de legalidad, *ex* artículo 25 de la Constitución la doctrina mantiene que no solo queda prohibida la analogía sino también la interpretación extensiva. No obstante, algún autor restringe esta prohibición al caso en que esta se efectúa en perjuicio del reo «*in malam partem*» y, por el contrario, entiende que queda permitida cuando lo es «*in bonam partem*»¹⁰¹. En parecidos términos se ha manifestado la jurisprudencia¹⁰².

VI. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS LEYES ESPECIALES

La doctrina mayoritaria admite la aplicación analógica de las leyes especiales, si bien únicamente dentro de su ámbito normativo¹⁰³. A esta unanimidad ha colaborado, sin duda alguna que se admitiese de modo expreso el empleo de esta figura en el artículo 8 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU/64)¹⁰⁴. De este precepto se ha dicho que trataba de agotar las posibilidades de aplicación de la ley especial, retrasando el recurso al Derecho común¹⁰⁵. No hay que olvidar que hasta la modificación del Título Preliminar en 1974 la analogía no se regulaba de modo expreso en el Código civil. Una segunda coincidencia de la doctrina, si bien implícita en la primera afirmación, se refiere a que las normas de las leyes especiales no son aplicables por analogía a los vacíos legales que se producen en el seno de otras leyes especiales ni tampoco en el Derecho común. Esto es así porque las normas de Derecho especial se apartan de los principios del derecho general. Así pues, se mantiene que en las normas especiales el ámbito de su *ratio* está limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante el recurso a la analogía, tal como resulta por aplicación del principio *singularia no sunt extendenda*¹⁰⁶. De modo que, partiendo de esta premisa, no sería técnicamente correcta la aplicación analógica de un precepto de una ley especial a otro ámbito jurídico fuera de esa misma. Así se ha venido reconociendo por la jurisprudencia¹⁰⁷ y por la doctrina¹⁰⁸. Sin embargo, la regla de que las leyes especiales solo pueden aplicarse analógicamente dentro de su ámbito de aplicación no es absoluta, y admite excepciones tanto por defecto como por exceso. En ocasiones, la jurisprudencia —tal como veremos más adelante— no admite la aplicación analógica entre instituciones que se encuentran dentro de una misma ley especial. En otros casos, normas de una ley especial se aplican analógicamente a otras leyes especiales o a supuestos carentes de regulación con son los contratos atípicos. Ambas posibilidades, tanto la de restringir la aplicación analógica dentro de la ley especial como la de expandirla más allá de sus muros están condicionadas por el hecho de que no todas las normas de una

ley especial tienen el mismo grado de excepcionalidad, ni tampoco todos los preceptos de una ley especial tienen carácter excepcional.

1. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL NO APLICABLES DENTRO DE LA MISMA LEY ESPECIAL

Si bien es cierto que la mayoría de las disposiciones que se encuentran en el seno de una ley especial presentan desviaciones con relación al Derecho general, sin embargo, no se puede afirmar que todas las normas de una ley especial tengan la condición de excepcionales. En consecuencia, todas las normas que no sean excepcionales podrán aplicarse analógicamente dentro de esa misma ley especial¹⁰⁹. Un criterio para determinar que preceptos tienen la consideración de excepcionales es su pertenencia a dos tipos: las de privilegio y las que se denominan de «supuesto de hecho exclusivo». El privilegio es una norma que crea una situación jurídica concreta referida a persona o personas determinadas, por lo que los privilegios no pueden ser modelos de conductas ni aplicarse analógicamente¹¹⁰.

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que algunas normas de Derecho especial tienen un doble nivel de excepcionalidad¹¹¹. Por un lado, con relación al derecho general y por otro, incluso con relación a otros preceptos de ese mismo derecho especial. La existencia de normas con un plus de excepcionalidad impide su aplicación analógica a los vacíos legales que se produzcan dentro de otras figuras dentro de esa misma ley especial. Así sucede con la vigente LAU donde en ocasiones no se ha admitido la aplicación analógica de normas relativas a los arrendamientos de vivienda a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda¹¹².

Dentro de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) para la regulación de los arrendamientos de inmuebles urbanos tenemos dos regímenes diferentes, uno aplicable al arrendamiento de vivienda y otro para el arrendamiento para el uso distinto al de vivienda. La regulación de ambas modalidades arrendaticias no lo ha sido con la misma amplitud, de modo que no todos los supuestos regulados para las viviendas tienen su equivalente en los arrendamientos distintos al de vivienda. Ambas clases de arrendamiento tienen una regulación común de carácter principalmente imperativo en los títulos I y IV (art. 4.1 LAU). Los arrendamientos de vivienda se regulan por la voluntad de las partes en el marco del título II de la ley (art. 4.2) y en el caso de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, se regularán por la voluntad de las partes y en su defecto por lo dispuesto en el título III de la ley (art. 4.3 LAU). En ambos casos se aplicará supletoriamente el Código civil. Así pues, son un total de veintidós preceptos los que regulan los arrendamientos de vi-

vivienda (arts. 6 a 28) mientras que solo siete escasos artículos se ocupan de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda (arts. 29 a 35 LAU). De modo que se hace evidente que muchos de los supuestos de hecho que se regulan en el arrendamiento de vivienda carecen de su equivalente en el arrendamiento para uso distinto al de vivienda. De ahí que podría pensarse que por tratarse de una ley especial, y que en la anterior ley arrendaticia de 1964 se preveía la aplicación analógica, que todos los preceptos de la ley podrían utilizarse para cubrir los vacíos normativos que se produjesen en su seno. En la jurisprudencia podemos encontrar varios supuestos en los que no se admite la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de vivienda para cubrir los vacíos normativos de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Un primer supuesto de esa negativa lo constituye el contemplado por la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030). Los hechos que dan lugar a la sentencia consisten en un arrendamiento de local de negocio y durante su vigencia la empresa arrendataria se fusiona con otras del mismo grupo empresarial. En el contrato se autorizaba a la arrendataria la cesión, subarriendo y fusión siempre que se comunicara previamente por escrito a la arrendadora, en caso contrario se sancionaría con la resolución del contrato. En el escrito de demanda la arrendadora, frente al silencio de la arrendataria que no ha comunicado su fusión, no pretende la resolución sino un aumento de la renta del 20% tal como se establece en el artículo 32.2 de la vigente ley de arrendamientos urbanos y en la cláusula 13.^a del contrato de arrendamiento. En primera instancia se desestima la demanda puesto que en la cláusula del contrato, a diferencia del artículo 32.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se hacía ninguna referencia al aumento de la renta. Por el contrario, la Audiencia si bien admite como aplicable el citado artículo 32.2, sin embargo, establece que la actualización de la renta solo se producirá a partir del momento en que esta se reclamó a la arrendataria y no desde el momento en que se produjo la fusión. La Audiencia para llegar a esta conclusión aplica analógicamente el artículo 18.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que establece la irretroactividad de las actualizaciones de la renta en los arrendamientos de vivienda. Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de la arrendadora que se oponía a la aplicación analógica al decir que «el contrato que suscribieron las partes es de arrendamiento de local de negocio y no de vivienda y no estamos ante un supuesto de actualización de la renta sino ante el derecho del arrendador a percibir por disposición legal una elevación o incremento de la renta pactada y en vigor como consecuencia de las fusiones efectuadas por la arrendataria con otras entidades de su grupo, como así resulta del contrato y de la propia Ley (art. 32 LAU)—, lo que impide utilizar la analogía para aplicar una normativa prevista para un caso tan concreto, como es el de la

renta de vivienda, a un arrendamiento de local de negocio que las partes excluyeron de su ámbito material. Sin duda, entre uno y otro supuesto no hay identidad de razón porque, precisamente, el legislador quiso que así fuera estableciendo un régimen legal distinto para uno y otro arrendamiento, que las partes conocían y aceptaban desde el momento en que remiten su contenido a la voluntad de una y otra y, en su defecto, a los títulos I, III y V de la Ley de 1994 y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código civil. En ningún caso pactaron una remisión ni al título, ni al artículo que se aplica, ni la previsión de retorno a la propia ley especial [...]». En consecuencia, el Tribunal Supremo no solo admite el derecho de la arrendadora a la elevación de la renta sino también desde el momento en que tuvo lugar la fusión. En la doctrina se ha estimado procedente este razonamiento del Alto Tribunal al no estimar procedente la aplicación analógica de la normativa prevista para un caso concreto como es el de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda *ex* artículo 18.3 LAU a un arrendamiento de los antiguamente conocidos como de local de negocio. Se ha estimado correcto que el Tribunal Supremo aprecie que no concurre identidad de razón entre ambos supuestos habida cuenta de la diferenciación que el legislador hizo para ambas modalidades de arrendamiento¹¹³. Así, pues la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030) constituye un claro ejemplo de como dentro de una misma ley especial, en ocasiones, no es factible la aplicación analógica cuando los principios de algunos de sus preceptos no son exportables a otros supuestos de hecho carentes de regulación dentro de la misma ley¹¹⁴.

En un segundo grupo de supuestos también se deniega la aplicación analógica dentro de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No se admite la trasposición de las previsiones de algunos artículos (los artículos 58.2 LAU/64 y 16.3 LAU/94) a la disposición transitoria tercera de la vigente ley de arrendamientos urbanos para los casos de arrendamientos de locales de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. En la citada disposición se dispone que aquellos contratos continúan regulándose por la ley arrendaticia de 1964 y en el apartado B punto 3 se establece —a grandes rasgos— que los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge, o un descendiente y continúe la misma actividad desarrollada en el local. En la citada disposición no se indica ni la obligatoriedad de notificar fehacientemente la subrogación ni, en consecuencia, el plazo para hacerla efectiva. De ahí que en algunos pleitos se haya intentado recurrir a la aplicación analógica para cubrir ese vacío legal, por aplicación del plazo de 90 días del artículo 58 LAU/64 para el caso de fallecimiento del arrendatario¹¹⁵. Asimismo, se ha recurrido al plazo de tres meses que el vigente artículo 16.3 LAU establece para notificar la muerte del arrendatario persona física y

el de la persona que se subroga en su posición; transcurrido ese plazo el arrendamiento se extinguirá. El Tribunal Supremo ha consolidado, alrededor de estos supuestos, una línea jurisprudencial que se inicia en la STS de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265), y se continua en las SSTs de 13 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 413) y de 30 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 3516) al establecerse en la primera de aquellas que «a) no se aprecia la existencia de una laguna legal que justifique la aplicación de la analogía, pues bajo la regulación de la LAU/64, que es la aplicable según la disposición transitoria tercera de la LAU, la jurisprudencia no consideraba necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del arrendatario de local de negocio; b) aunque no fuera así, cuando la LAU no establece con precisión que la sanción ante la falta de notificación es la resolución del contrato, no puede aplicarse la analogía para anudar a la omisión una consecuencia tan grave, la cual implica la pérdida de derechos del arrendatario; c) en todo caso, la aplicación analógica del artículo 58 LAU 1964, tomado en su integridad, conduciría a la conclusión de que la falta de notificación no podría ser directamente causa de resolución del contrato, sino, a lo sumo, de que, de no tener lugar la notificación en el plazo de 90 días allí fijado, el arrendador estuviese facultado para requerir al nuevo ocupante a fin de que le notificara la subrogación en otros 30 días, con la advertencia de que su falta en dicho plazo sí podría ser motivo de resolución; d) el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia; pero no comporta que la falta de esta notificación legitime para el ejercicio de la acción resolutoria».

No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha dictado alguna sentencia en clara contradicción con lo expuesto anteriormente al permitir la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de vivienda al arrendamiento de local de negocio. Este es el caso de la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710) en el que por vía analógica se aplica la previsión del artículo 11.2 LAU, respecto a la indemnización en caso de desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento de vivienda, para un arrendamiento de local de negocio¹¹⁶. Sin embargo, a partir de la STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871) se ha producido un cambio de criterio al no estimar la aplicación analógica del artículo 11 LAU para los arrendamientos distintos al de vivienda porque esa «figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 CC), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 CC)», añadiendo que «la aplicación del artículo 11 de la LAU que no está previsto para los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desequilibrando el sustrato económico que las partes tuvieron en cuenta para pactar el contrato, alterando las bases del mismo».

2. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL APLICABLES ANALÓGICAMENTE A OTRAS LEYES

La doctrina mayoritaria, tal como hemos mencionado, ha establecido como una especie de regla general que la aplicación analógica de las leyes especiales solo es posible dentro de su concreto ámbito de aplicación. Sin embargo, la jurisprudencia en algunos concretos ámbitos sí que aplica analógicamente una ley especial fuera de su ámbito de vigencia, en ocasiones lo hace desde una ley especial a otra, o de una ley especial a un supuesto carente de regulación como son los denominados contratos atípicos. La justificación que se ha utilizado por los tribunales para utilizar esta analogía *per saltum* parte de que no todos los preceptos que forman parte de una ley especial son de derecho excepcional, sino que algunos son la concreción de una norma de derecho general instaurada en el Código civil, así pues, estos preceptos que están informados por un principio de Derecho general sí que pueden aplicarse analógicamente a otros ámbitos normativos¹¹⁷.

En la doctrina también se ha dicho que dentro de las leyes especiales existen «normas relativamente excepcionales» que si bien constituyen derogación de las normas generales del orden superior, sin embargo, pueden considerarse generales a su vez respecto de la materia particular a que vienen referidas¹¹⁸. Sin embargo, estos autores aún a pesar de admitir que estas normas pueden ser objeto de aplicación analógica, no precisan si pueden ser aplicadas fuera del marco normativo de la ley especial.

En la jurisprudencia podemos encontrar varios sectores en los que se ha venido aplicando analógicamente una ley especial fuera de su ámbito¹¹⁹.

A) *Aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva*

Una de las normas especiales que más ha sido utilizada por vía analógica fuera de su ámbito de aplicación ha sido la *Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia* (en adelante LCA). Algunos de sus preceptos, como los artículos 25, 28, 29 y 30, han sido aplicados por analogía al contrato atípico de concesión o distribución exclusiva¹²⁰. En el caso del artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se permite la resolución unilateral del contrato de agencia de duración indefinida, si bien en su apartado segundo se establecen los plazos de preaviso que serán de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. En el artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establecen los requisitos para que se genere el derecho a la indemnización por clientela tras la extinción del contrato de agencia, así como la cuantía máxima de la indemnización. En el artículo 29

de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establece una indemnización por los daños y perjuicios causados por la extinción anticipada que no permita la amortización de las inversiones realizadas por el concesionario siguiendo instrucciones del concedente¹²¹. Finalmente, en el artículo 30 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establecen los supuestos en los que no se tiene derecho a ninguna de las anteriores indemnizaciones. En la doctrina más reciente se ha admitido sin ningún tipo de objeción la aplicación analógica de algunos preceptos de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva¹²². Al tratarse la distribución exclusiva de un contrato atípico se hace patente la existencia de una falta de regulación que ha de ser integrada en ocasiones recurriendo a la analogía¹²³. Sin embargo, de acuerdo con el sentir mayoritario de la doctrina que mantiene la inaplicabilidad de una ley especial fuera de su ámbito de aplicación lo procedente habría sido utilizar el Derecho común para integrar las lagunas del contrato de distribución exclusiva¹²⁴.

La justificación empleada por la jurisprudencia para admitir la aplicación de la analogía de una ley especial, como es el caso de la Ley sobre el Contrato de Agencia, fuera de su estricto ámbito de aplicación ha sido que las normas que se contienen en la Ley 12/1992 no tienen la condición de excepcionales. Así lo ha establecido la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) al decir que «la Ley 12/1992, no es un derecho excepcional, sino especial, para la materia del contrato de agencia. La Ley en cuestión no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparta o contradice la regulación de las obligaciones y contratos en general»¹²⁵. Esta argumentación, viene a admitir que no todos los preceptos de una ley especial tienen por qué ser excepcionales. En la citada sentencia se estima procedente la aplicación analógica aún a pesar de la distinta naturaleza jurídica de los contratos de agencia y de concesión puesto que existe identidad de razón entre ambos contratos¹²⁶. Esta *eadamen ratio* se encuentra en que «tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos»¹²⁷. En consonancia con todo lo anterior, en la STS de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), se reconoce que «en los casos en que estimó concurrente la “identidad de razón” que exige el artículo 4.1 del Código civil para la “analogía *legis*”, la jurisprudencia, tras ponderar la significación jurídica de las condiciones de hecho concurrentes, utilizó ese método de integración del ordenamiento para aplicar al segundo, como atípico, alguna norma reguladora del primero». Esta tesis de que la Ley sobre el Contrato de Agencia no contiene normas excepcionales también ha sido continuada por las SSTs de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639)¹²⁸ y la citada de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427)¹²⁹.

Una nota común a las sentencias en las que se ha venido admitiendo la aplicación analógica de las normas de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución en exclusiva es que esa aplicación no se produce de manera automática, sino que caso por caso debe probarse la concurrencia de los requisitos que la Ley 12/1992 viene exigiendo para que se puedan aplicar los artículos 25, 28 y 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia¹³⁰. El artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se aplicará cuando, en un contrato de distribución exclusiva de duración indefinida no se haya pactado un plazo de preaviso y, en consecuencia, se aplica el previsto en ese precepto¹³¹. Entre los requisitos para la aplicación analógica de la indemnización por clientela *ex* artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se encuentra la exigencia de que la «clientela sea captada por el propio intermediario y que posteriormente a la resolución se beneficie de ella la demandada»¹³². Asimismo, en la STS de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677) se ha justificado la aplicación analógica en el hecho de que «se infiere del citado artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia y del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos un principio de nuestro ordenamiento jurídico favorable a la indemnización por creación de clientela y aplicable a los contratos carentes de regulación legal»¹³³.

Así pues, con carácter general se ha venido admitiendo la aplicación analógica al contrato de concesión la compensación por clientela del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia en aquellos casos en los que la actuación del distribuidor a lo largo de la vigencia del contrato ha redundado en beneficio de la actividad del concedente¹³⁴. También se ha venido utilizando el mecanismo de la analogía con el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia¹³⁵, en el que se prevé la denominada «indemnización por inversiones no amortizadas» cuando la resolución unilateral se ha realizado sin justa causa y, además esta precipitación en la extinción de la relación ha provocado esta clase de daños, máxime cuando esos gastos se realizaron por orden, instrucción o sugerencia del empresario. La doctrina también se refiere a estas inversiones como «gastos de confianza»¹³⁶. La jurisprudencia relativa a esta indemnización no es tan extensa como la referida al artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia¹³⁷.

Entre todas las sentencias citadas destaca la STS de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), del Pleno, por unificar la jurisprudencia relativa a la aplicación analógica de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva. A partir de la misma quedará consolidada la posibilidad de fundamentar la indemnización por clientela, no solo en la analogía sino también en el enriquecimiento sin causa, soluciones que habían sido cuestionadas en algunas sentencias aisladas. En esta sentencia la empresa concedente solicitaba que la Sala modificase su jurisprudencia sobre el derecho del distribuidor a una compensación por clientela no fundada en un

incumplimiento del concedente. Como tercer fundamento de la aplicación de la indemnización por clientela, además del enriquecimiento injustificado y el método analógico en esta sentencia se menciona el artículo 1258 del Código civil relativo a la integración del contrato.

B) Aplicación analógica del Derecho de consumo

Un segundo ámbito en el que se ha practicado la analogía de una ley especial fuera de su ámbito de aplicación ha sido con la legislación de consumo, que en ocasiones se ha aplicado a supuestos de hecho regulados por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC). Así pues, la jurisprudencia, en algunos supuestos —más bien escasos— ha procedido a la aplicación analógica de algunos preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) a la contratación entre empresarios. Como se ha puesto de relieve por la doctrina se trata de la aplicación analógica a la contratación entre empresarios de las reglas de control de contenido que la legislación de consumo aplica a consumidores y usuarios. Se ha criticado que la jurisprudencia no haya fundamentado de manera elaborada los argumentos con los que admite en este caso la aplicación analógica¹³⁸. Este ha sido el caso de la cláusula general de buena fe (art. 82.1 TRLGDCU) del que alguna sentencia y algún autor han dicho que es aplicable a la contratación entre empresarios si bien no estaría sujeta al control específico de las reglas contenidas en la lista de cláusulas prohibidas (arts. 85 a 90 TRLGDCU). No obstante, algunas de estas cláusulas son aplicables a la contratación entre empresarios a pesar de que el ámbito de aplicación de la ley se refiere a relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios¹³⁹. La justificación de la analogía varía según la clase de cláusula. En las cláusulas de arbitrio discrecional del predisponente también se estima su aplicación a los empresarios. Se trata de nulidades especiales sobre aquellas cláusulas que otorgan al predisponente poderes o competencias de determinación unilateral del contrato, de su obligatoriedad, de su subsistencia o extinción, o que legitiman para decidir unilateralmente cuando se obliga él como deudor y cuando puede desobligarse la otra parte. Las denominadas reglas de lesividad están contenidas en los artículos 85.2, 85.3, 85.4, 85.5, 86.7, 86.8, 86.10; 86.11, 87.6 todos ellos de la vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No obstante, es viable la aplicación analógica de estos preceptos por cuanto que no son normas de derecho excepcional, sino que se trata de la concreción de las reglas generales del Código civil

contenidas en varios preceptos, tales como el artículo 1115 (nulidad de los contratos sujetos a cláusulas potestativas para una de las partes), el artículo 1256 (nulidad de los contratos en el que su cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes) y, finalmente el artículo 1447 del Código civil (nulidad de los contratos en los que la determinación del objeto se deje al arbitrio de una parte). La aplicación analógica de la normativa de consumidores aplicando su artículo 83 posibilita la nulidad parcial del contrato puesto que de aplicarse el artículo 1256 del Código civil se anularía todo el negocio jurídico¹⁴⁰. Así pues, nuevamente la posibilidad de la utilización de la analogía de algunos preceptos de una ley especial fuera del ámbito de una ley especial viene determinada por el hecho de que esos artículos no constituyen normas excepcionales por tratarse de concreciones de normas generales presentes en el Código civil.

C) Aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al consumo

Un tercer supuesto de aplicación analógica de una ley especial fuera de su concreto ámbito de regulación lo tenemos con las diferentes versiones de las leyes de créditos al consumo. En estas leyes, durante un periodo de tiempo, se ha encontrado una solución para el problema que se originaba en los contratos de préstamo a consumidores, tanto personales como con garantías hipotecarias, cuando se tenía que integrar la cláusula de los intereses de demora cuando han sido declarados abusivos y en consecuencia anulados en virtud de lo establecido en los artículos 83.1 y 85.6 de la ley de consumo. En la jurisprudencia menor, durante bastante tiempo para integrar el contrato y precisar el interés moratorio que debía de ser aplicado al ser anulada la cláusula que contenía el interés de demora abusivo se recurrió a la aplicación analógica del artículo 20. 4 de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante LCCC) que tenía su equivalente en el artículo 19.4 de la anterior Ley 7/1995 de Crédito al Consumo (en adelante LCC) que establece un tipo máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero para los intereses moratorios de los contratos que entran dentro de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación¹⁴¹. Una nota común a todas estas sentencias, es que se ha utilizado directamente la analogía sin haberse realizado ningún tipo de justificación sobre la pertinencia de la aplicación de este mecanismo. En algunas otras sentencias incluso se ha llegado a aplicar directamente los preceptos de las diferentes versiones de la ley de créditos al consumo sin tan siquiera mencionar que se hacía por la vía analógica. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre la aplicación analógica del artículo 19.4 LCC, pensado para los descubiertos en cuenta corriente, para fijar un límite para los intereses remuneratorios. Este ha sido el caso de la STS

de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296) en la que se declara abusivo el interés moratorio de un préstamo hipotecario del 29% anual y se rebaja a 2,5 veces el interés del dinero¹⁴². Todo ello aun a pesar de que la LCC todavía no se había aprobado cuando se concertó el préstamo; este inconveniente se salva al decir que el nuevo interés «resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero»¹⁴³. El éxito de la aplicación analógica del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, y de su equivalente el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, en la jurisprudencia menor no se ha visto correspondido por su aceptación por la doctrina de los autores, donde ha predominado la crítica al empleo analógico de las diferentes versiones de la ley de créditos al consumo para determinar el carácter abusivo de un interés moratorio. La principal crítica consiste en la inexistencia de *eadem ratio* en aquellos casos en que se aplica a los préstamos hipotecarios¹⁴⁴, aunque algún autor parece mantener que no existe ninguna objeción para su utilización fuera de su ámbito de aplicación como orientativo o interpretativo¹⁴⁵.

En la actualidad la necesidad de establecer una referencia para integrar las cláusulas de intereses moratorios que habían sido anuladas por abusivas ha ido desapareciendo como consecuencia de algunas reformas legislativas, si bien todavía en algunos supuestos se hace necesario establecer un límite para determinar a partir de cuando un interés remuneratorio es abusivo. Este ha sido el caso del artículo 83 de la Ley de Consumidores y Usuarios, puesto que, desde su reforma en 2014, ya no permite que las cláusulas abusivas que hayan sido declaradas nulas se integren por la vía del artículo 1258 del Código civil sino que estas se tendrán por no puestas¹⁴⁶. Otra reforma que ha incidido en esta cuestión ha sido la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, que ha modificado el artículo 114 LH estableciéndose un interés de demora que no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero, si bien solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago en el caso de la adquisición de vivienda habitual. De modo parecido el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha establecido un interés de demora equivalente al remuneratorio más tres puntos para los préstamos garantizados con hipoteca para la adquisición de inmuebles para uso residencial por las personas físicas.

Sobre esta materia también han influido varias sentencias del Tribunal Supremo como la Sentencia plenaria de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015,1360) que fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fije un interés de demora que suponga un incremento de

más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. En el caso concreto de la citada resolución se considera abusivos y nulos unos intereses moratorios pactados al 21,80% en un contrato de préstamo personal, además, se establece que no procede la integración de la cláusula declarada abusiva. La novedad de esta sentencia es que se establece como módulo de referencia para determinar la abusividad de los intereses moratorios el previsto para la mora procesal en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consistente en «adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero». Esta corriente doctrinal de la sentencia plenaria ha sido seguida por las SSTs de 7 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3976) y de 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3977) así como por numerosas sentencias de las audiencias provinciales¹⁴⁷. En parecidos términos, se ha establecido esta misma doctrina para los préstamos con garantía hipotecaria celebrados con consumidores aún a pesar del mandato del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que establece un límite de los intereses de demora para la adquisición de vivienda habitual que no puede superar en tres veces el interés legal del dinero¹⁴⁸. Así pues, la anterior aplicación analógica del artículo 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, ha dejado de aplicarse, para ser sustituida por la aplicación analógica del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en este cambio jurisprudencial se está incurriendo en la misma falta de rigor que cuando se aplicaba el parámetro de las sucesivas leyes de créditos al consumo, puesto nuevamente se está efectuando una aplicación tácita de la analógica sin tan siquiera justificar, caso por caso, si concurren los requisitos que se ha venido exigiendo por la jurisprudencia para la aplicación analógica en general: la existencia de laguna legal, de una norma similar en la que concorra identidad de razón y que se trate de un supuesto no prohibido por el artículo 4.3 del Código civil.

VII. CONCLUSIONES

I. En el ordenamiento jurídico privado español no existen las lagunas del Derecho, puesto que el sistema de fuentes del Derecho del título preliminar del Código civil al establecer los principios generales como pieza de cierre del sistema, así como el mandato a jueces y tribunales de dictar sentencia en todo caso, junto con el reconocimiento expreso de la analogía lo impiden.

II. La inexistencia de las lagunas del Derecho no impide la existencia de los vacíos legales. El mecanismo por excelencia para integrar las lagunas de la ley es la analogía, sin perjuicio que las lagunas también puedan ser colmatadas por el recurso a la interpretación extensiva o la aplicación supletoria del Código civil en su caso.

III. La doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación con carácter general de la analogía siempre que concurran los requisitos de similitud y de identidad de razón. Asimismo, en el Código civil se establecen toda una serie de excepciones en las que no procede la aplicación analógica como sucede con las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal. No obstante, en estos supuestos en los que está prohibida la analogía sí que es posible la interpretación extensiva siempre que se respete la *eadem ratio* entre la norma implícita y el resto de los casos que integren la norma más amplia de la que forman parte.

IV. Las leyes especiales en principio son leyes excepcionales y en principio no pueden ser aplicadas analógicamente. No obstante, la doctrina mayoritaria admite la aplicación analógica de las leyes especiales, si bien únicamente dentro del ámbito de regulación de cada ley. Esta regla general de la aplicación de la analogía intramuros de cada cuerpo normativo, no es absoluta, tal como ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia que ha admitido algunas excepciones. En ocasiones, la analogía se admite con carácter restrictivo incluso dentro de la propia ley, tal como sucede con la LAU en la que en ocasiones no se ha admitido la aplicación analógica de soluciones previstas para el arrendamiento de vivienda al arrendamiento distinto al de vivienda. En otras ocasiones, la excepción ha ido en sentido contrario, traspasando los límites de la ley especial y permitiendo que esta se aplique *per saltum* a los vacíos normativos de otras leyes especiales, como había venido sucediendo con la aplicación de los límites para los intereses de demora de las sucesivas leyes de créditos al consumo a otros supuestos como el de los préstamos hipotecarios regulados por la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia también ha permitido la aplicación analógica de las previsiones de una ley especial como la Ley del Contrato de Agencia a supuestos carentes de regulación como el contrato atípico de distribución exclusiva.

V. La posibilidad de restringir la aplicación analógica dentro de una ley especial o de ampliarla excediendo su marco normativo, está condicionado por el carácter excepcional o no del concreto precepto que se pretende aplicar por vía analógica. Lo anterior es posible por el hecho de que no todos los preceptos que se encuentran dentro de una ley especial son necesariamente normas de Derecho excepcional. Así se ha reconocido por la jurisprudencia, especialmente con ocasión de aplicación analógica de normas de la ley del contrato de agencia. El Tribunal Supremo para autorizar el uso de esta analogía *per saltum* parte de que no todos los preceptos que forman parte de una ley especial son de derecho excepcional, sino que algunos son la concreción de una norma de derecho general instaurada en el Código civil, así pues, aquellos preceptos que estén informados por un principio de Derecho general sí que podrán ser aplicados analógicamente a otros ámbitos normativos.

VI. Todos aquellos preceptos de una norma especial que estén informados por un principio de Derecho general podrán aplicarse desde una ley especial a cualquier otra ley especial u otro ámbito de Derecho privado carente de regulación.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (*RTC* 2012, 198)
- STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52)
- STC 126/2001, de 4 de junio de 2001 (*RTC* 2001, 126)
- STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (*RTC* 1987, 37)
- STC (pleno) de 23 de febrero de 1984 (*RTC* 1984, 25)
- STC 69/1983, de 26 de julio de 1983 (*RTC* 1983, 69)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (S. 3.^a) de 22 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 230)
- STS (S. 3.^a) de 29 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 521)
- STS de 1 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 622)
- STS de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533)
- STS de 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 76)
- STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871)
- STS de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293)
- STS de 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3977)
- STS de 7 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3976)
- STS de 30 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 639)
- SSTs de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)
- STS de 19 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2531)
- STS (S. 2.^a) de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8064)
- STS de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002)
- STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030)
- STS de 3 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2622)
- STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296)
- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747)
- STS de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265)
- STS de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3303)
- STS, del Pleno, de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393)
- STS de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594)

- STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427)
- STS de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609)
- STS de 27 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 272)
- STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976)
- STS de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677)
- STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148)
- STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710)
- STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639)
- STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305)
- STS de 9 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5672)
- STS de 18 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9560)
- STS de 24 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1167)
- STS (S. 2.^a) de 12 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 73)
- STS de 12 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9602)
- STS de 8 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8637)
- STS de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 42309)
- STS de 30 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10391)
- STS (S. 2.^a) de 5 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3023)
- STS de 28 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 1409)
- STS de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1839)
- STS de 21 de febrero de 1957 (*AJ* 1957, 401)
- STS de 27 de junio de 1941 (*Ar.* 760)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, 15 ed. Barcelona: Bosch.
- BARCELÓ DOMÈNECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *RCDI*, núm. 682, marzo-abril, 473 a 519.
- (2016). Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del tribunal supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero de 2016, 289-302.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea] Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>, BIB 1993,16.
- (2009). Comentario del artículo 4 del Código civil. En AA.VV. *Comentarios al Código civil*, [En línea], Cizur Menor: Aranzadi, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. (2011). Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005, *Revista Doc-*

- trinal Aranzadi Civil-Mercantil, [En línea], núm. 11/2011, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2010, 2217.
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2016). *Instituciones de Derecho civil. Parte general. Introducción. La relación jurídica. Sujetos y objeto*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017). *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 22.^a ed., Madrid: Tecnos.
- CAPILLA RNCERO, F., (1993). La aplicación de las normas (II). La integración. En MONTES PENEDÉS, V., ROCA TRÍAS, E. y CAPILLA RNCERO, F. *Derecho civil. Parte General. Introducción y fuentes del Derecho civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 175-192.
- CARRASCO PERERA, A. (2005). Arrendamientos urbanos de local de negocio: duración. Reclamación de rentas pactadas. Desistimiento del arrendatario. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710), *CCJC*, núm. 68, 603-620.
- (2017). *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018). *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de Propiedad*, 6.^a ed. Madrid: Tecnos.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a). Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines, *ADC*, vol. 65, núm. 3, 1001-1073.
- (2012.b). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708)», *Revista de Derecho Patrimonial*, [En línea], núm. 28/2012, 585-608. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2012,180.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S. (1999). *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CUETO PÉREZ, M. (2008). Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación administrativa*, núm. 280-281, (Ejemplar dedicado a: la potestad sancionadora de las Administraciones públicas I), 95-117.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho civil de España*, (reimpresión). Madrid: Civitas.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Artículo 4 del Código civil. En: A Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras y F.J. Orduña Moreno (dirs.), R. Valpuesta Fernández (coord.) *Código civil Comentado. Volumen I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 66-70. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019). Actos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, agosto, 12-63.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2011). Sentencia 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296). Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos, *CCJC*, [En línea], núm. 87, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2011,1641.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1991). Comentario del artículo 1 del Código civil. En: *Comentario del Código civil*, T.I, Madrid: Ministerio de Justicia 1.
- (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Madrid: Ariel.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil. Vol. I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13.^a ed. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2020). *Curso de Derecho Administrativo I*. 19.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1999). *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*, *RJN*, núm. 32, 199-356.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales: la unión libre en la jurisprudencia (y II), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea] núm. 6/2002 (disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2002, 655, 1-78.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991). Comentario del artículo 4 del Código civil. En: *Comentario del Código civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 29 a 31.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010) *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch
- LETE DEL RÍO, J.M. (2003). Reflexiones sobre la analogía, *Actualidad civil*, núm. 1, 2003, 99-118.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III y la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea], núm. 7/2013, 184-194, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/363>.
- MONTES PENADÉS, V. L. (1993). Las fuentes del Derecho (I, II y III). En: MONTES PENEDÉS, V., ROCA TRIAS, E. y CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho civil. Parte General. Introducción y fuentes del Derecho civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 73-149.
- Comentario al artículo 4. 2 del Código civil. En: *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid: Tecnos, 207-238.
- PANIZA FULLANA, A. (2015). Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 2015, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>, BIB 2015, 2281.
- PÉREZ UREÑA, A.A. (2003). La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las «uniones de hecho» desde la praxis judicial. El artículo 96 del Código civil y el juicio verbal por precario en la nueva LEC, *Revista de Derecho de familia*, núm. 18, 55-68.
- PUIG BRUTAU, J. (1989): *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo Preliminar, Introducción al Derecho, 2.^a ed., Barcelona: Bosch.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010). *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (2011). Comentario al artículo 4 CP. En: *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I (arts. 1 a 233), (dir. G. Quintero Olivares), Cizur Menor: Aranzadi.

- RAMÓN RIBAS, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 12, julio, 111-164.
- ROCA TRIAS, E. (1992). Comentario al artículo 4 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, EDESA, Vol. 1, núm. 1, 1992; 583-622, disponible en [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/autor%3A\(ROCA+TRIAS\)/p3/WW/vid/229627](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/autor%3A(ROCA+TRIAS)/p3/WW/vid/229627), 1-39).
- RUBIO TORRANO, E. (2004). Resolución contractual e indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 10, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/BIB/2004/1638>.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013). Comentario a la Sentencia de 20 de julio de 2012. Derecho de elevación de renta consecuencia de la fusión de la empresa arrendataria, *CCJC*, [En línea], núm. 91, 443-468, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- SABATER BAYLE, E. (2015). Intereses moratorios del 30% en préstamo usurario entre empresarios y particulares. Carga de la prueba de la cantidad entregada. Concurrencia de la Ley de Represión de la Usura con las normas de protección de los consumidores. Delimitación de sus respectivos ámbitos. Nulidad del contrato de préstamo y de las obligaciones accesorias. Restitución de la cantidad prestada. (Comentario a la STS núm. 677/2014 de 2 diciembre)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea], núm. 7/, Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/BIB/2015/3052>.
- SÁNCHEZ FERRO, S. (1997). Analogía e imperio de la ley, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 13-14, 651-678.
- SERRANO ALONSO, E. (2005). *Introducción al derecho civil*, Madrid: Edisofer.
- SERRANO SANTAMARÍA, A. (2011a). La denuncia unilateral del contrato de distribución y la indemnización por clientela: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7152), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 26, 2011, 311-320.
- (2011b). La resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: Preaviso e indemnizaciones: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3321), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 27, 2011, 229-242.
- (2014). La indemnización por falta de preaviso en la resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: en especial, el lucro cesante: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2013, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 33, 387-396.
- TORRALBA SORIANO, V. (1977). Comentario al artículo 4. 1 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid: Tecnos, 194-207.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2012). Contratos del mercado de servicios (II). Contratos de distribución, contratos publicitarios. Contratos de servicios informáticos. En: *Derecho mercantil II*, (dir. J. M. de la Cuesta Rute). Barcelona: Huygens, 117-138.
- VICENT CHULIÁ, F. (2006). *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAR PALASÍ, J.L. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos.

NOTAS

¹ La actual regulación de la analogía es consecuencia de la modificación del artículo del Código civil que provocó la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil desarrollada por el Decreto 1836/1974. El Código antes de la reforma del título preliminar no regulaba de manera directa la analogía, sino que esta se deducía de algunos preceptos como el artículo 6.2 del Código civil así como de los principios generales del Derecho. (Vid. TORRALBA SORIANO, V. (1977, 194 y 203). No obstante, la doctrina ha precisado que el actual artículo 4.º del Código civil regula la analogía *legis*, mientras que la sede de la analogía *iuris* la constituye el régimen propio de los principios generales del Derecho (vid. CAPILLA RONCERO, F. (1993, 181).

² DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 479), afirma que el cambio del papel de la analogía se debe a los pandektistas alemanes para los que la analogía hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho. De manera que se generaliza la idea de que la semejanza de un caso con el regulado por una ley (*analogía legis*), o con la regularización de todo el Derecho (*analogía iuris*), hace brotar reglas jurídicas que nacen del mismo ordenamiento jurídico.

³ En la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 hay una referencia a las lagunas de la ley y del Derecho al decir que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio más idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica. Esta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extendible, por consideraciones de identidad o similitud, al supuesto no previsto».

⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 65).

⁵ En este sentido se manifiesta la STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987,37), que desestima el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de Reforma Agraria. En su fundamento jurídico 8.º, tras referirse al fraude de ley del artículo 6.4 del Código civil dice que «El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y solo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo».

⁶ SERRANO ALONSO, E. (2005, 118), destaca que la importancia del título preliminar radica en que las materias que lo integran afectan a todo el ordenamiento jurídico, motivo por el cual se ha llegado a cuestionar que esta materia se estudie dentro del Derecho civil, puesto que hay autores para los que esta materia debería ubicarse dentro de una Teoría General del Derecho en las que se analizasen los conceptos e instituciones jurídicas comunes a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

⁷ ROCA TRÍAS, E. (1992, 8 y 9).

⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 283 y 284); ROCA TRÍAS, E. (1992, 13); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 179).

⁹ Para algunos autores, aunque en la analogía *legis* parezca que se va de lo particular a lo particular, en realidad primero es necesario subir al principio general que se comprende en una norma particular para ver si se comprende en otro caso. Así se manifiestan DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118) y TORRALBA SORIANO, V. (1977, 200). Este último autor estima que se parte de una disposición concreta de la Ley, para, sobre la base de su razón o idea fundamental aplicarla «a casos semejantes con base en el artículo 4. 1 del Código civil».

¹⁰ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 106).

¹¹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

¹² MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 216-217), además de mantener la prelación de analogía respecto de la costumbre, también entiende que la aplicación analógica amplía el campo de aplicación de la Ley y refuerza su primacía respecto de las otras fuentes.

¹³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012a, 1035) estima que el procedimiento analógico presupone la falta de regulación para el caso, incluso haciendo uso de la interpretación extensiva, de ahí que haya que buscar semejanzas en reglas de otras instituciones; LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 108).

¹⁴ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 281-282); ROCA TRÍAS, E. (1992, 10); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

¹⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 106); ROCA TRÍAS, E. (1992, 10) y TORRALBA SORIANO, V. (1977, 200). Este último autor estima que tanto en la analogía *legis* como en la *iuris* se procede a través de las ideas fundamentales o principios que inspiran las normas, aunque la primera se inspira en una concreta norma mientras que la segunda se inspira en un conjunto de normas.

¹⁶ BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 180-181).

¹⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29).

¹⁸ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 283-284); TORRALBA SORIANO, V. (1977, 205) para quien la analogía *iuris* está implícita en la llamada a los principios generales del Derecho.

¹⁹ No obstante, en alguna sentencia como la STS de 27 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 272) relativa a la aplicación analógica de la indemnización por clientela del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva se mantiene que «no se aplica la misma norma, sino el principio que la norma revela o que es reconocido a través de ella, y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial, lo que supone la apreciación de que en el caso concurren los requisitos previstos en el precepto». Esta resolución ha sido seguida por las SSTs de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) y de 22 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1289).

²⁰ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 201).

²¹ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29). Además, así se reconoce por la STS de 19 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2531), aunque no se aplique en ese caso concreto al decir que «La aplicación analógica del artículo 96 está excluida y el reconocimiento de tal derecho mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía “*iuris*” [...]».

²² DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67). La STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976), se refiere a la aplicación de la analogía *iuris* como una técnica que consiste en «la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la “analogía *iuris*” como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta “analogía *iuris*” —la «*Rechtsanalogie*» del BGB— parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado».

²³ Es de destacar la STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148) que recomienda la técnica de la analogía *iuris* para los supuestos en los que pueda existir un desequilibrio económico en los casos de ruptura de una unión de hecho. Incluso señala que «debe huirse de la aplicación por «analogía *legis*» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desee su continuidad». En la STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976) para negar la aplicación a las parejas *more uxorio* de un régimen económico matrimonial se niega la aplicación analógica de la analogía *legis*, si bien deja abierta la aplicación de la normativa aplicable a comunidades de bienes «*bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía iuris» —como un mecanismo de obtención*

y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por “*facta concludentia*” se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común— Sentencia de 22 de febrero de 2006 analogía *iuris*». Sentencia citada por las SSTs de 16 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4246), y de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976), de 22 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 8976). Asimismo, con anterioridad hay referencia a la analogía *iuris*, en las SSTs de 18 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4907), de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272), de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993) y de 17 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4605).

²⁴ La STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) establece: «Y en este caso, como antes se ha destacado al transcribir la STS 21 noviembre 2005 (*RJ* 2005, 7677), se trata de la llamada analogía *iuris*, que actúa a través de la indagación del principio que inspira la norma, para proyectarlo sobre el caso, pues no cabe duda del valor integrador de los principios generales del derecho (art. 1.1 y 4, CC) ni de que, a través del sistema de integración previsto en general para los contratos por el artículo del 1258 del Código civil, cabe considerar que las leyes aplicables han de ser no solo las susceptibles de proyección directa, sino las que regulen supuestos que presenten identidad de razón. La laguna no se produce en la regulación contractual, que este caso, como en todos, es perfecta y completa en cuanto las partes quieran, debiendo en lo no previsto aplicarse los mecanismos de integración, sino en las normas que son llamadas a la regulación del supuesto. No hay en nuestro sistema una previsión semejante a la del parágrafo 354 HGB, que permite reclamar comisión o el coste de almacenaje cuando alguien ha cuidado los intereses de otro o le ha prestado sus servicios, incluso si nada se ha estipulado al respecto, pero cabe encontrar un principio de evitación del enriquecimiento injustificado».

²⁵ Con anterioridad se habían recogido estos requisitos, entre otras, en las SSTs de 12 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4758), de 4 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5261), de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4230), de 10 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3871), de 20 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639), de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926); de 21 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9312), de 11 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6240), de 13 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4127), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 18 de mayo de 2006 (*RJA* 2006, 3366), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 28 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639) y de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7314).

²⁶ En la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) se establece que «a la carencia específica de regulación normativa como presupuesto de la aplicación analógica se refieren las SSTs de 7 de enero de 1981 (*RJ* 1981, 33) y de 13 de octubre de 1998 (*RJ* 1998, 8253). La jurisprudencia ha recogido el sentido de la exposición de motivos del Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 cuando enfatizaba que la analogía «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto» (SSTs de 20 de febrero de 1989, de 13 de junio de 2003 [*RJ* 2003, 4127], de 21 de noviembre de 2000 [*RJ* 2000, 9312], etc.)».

²⁷ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203) y CAPILLA RONCERO, F. (1993, 176). Este último autor después de mantener que en términos formales no son posibles las lagunas del ordenamiento, puesto que siempre existe criterio jurídico predeterminado para regular cualquier cuestión. Sin embargo, advierte que la cuestión es más compleja en términos materiales, puesto que para conseguir el resultado de la plenitud del ordenamiento se tiene que recurrir «bien a genéricas fórmulas de cierre (p.e., lo que no está prohibido se considera permitido)» así como a los principios generales del Derecho de los que advierte que «por la función de cierre del sistema que desempeñan, son necesariamente generales y, a menudo, imprecisos, abriendo espacios a cierta libre configuración del Derecho por parte del aplicador». No obstante, este autor termina afirmando la plenitud del ordenamiento, y en consecuencia, la imposibilidad de las lagunas del Derecho.

²⁸ ROCA TRÍAS, E. (1992, 10).

²⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 278), también se refiere a la «laguna» en el doble sentido de deficiencia o inexistencia de la ley.

³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 276); en parecidos términos PUIG BRUTAU, J. (1989, 309 y 311-318), si bien para este autor la palabra «laguna» no es muy afortunada puesto que hubiera sido más correcto hablar de imperfección legal o falta de previsión de las normas promulgadas.

³¹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

³³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29); ROCA TRÍAS, E. (1992, 17); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993) y (2009); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 181); ROCA TRÍAS, E. (1992, 17).

³⁶ En la doctrina se estima que es insuficiente la existencia de una simple « semejanza o similitud » para la aplicación analógica. DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 164, entienden que « la pura relación de semejanza o de similitud entre el caso y el supuesto de hecho constituye una base endeble para la norma », de ahí que estimen que sea necesario « un juicio de valor sobre la conveniencia de tal aplicación o dicho de otro modo, un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso deba recibir, o es justo que reciba, es la misma estatuida en la norma análoga ». Asimismo, LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 110), nos deja ver la importancia de la *ratio legis* al decir que todo hecho jurídico tiene ciertos elementos esenciales que le caracterizan y que forman la *ratio iuris* de la norma, y otros elementos accidentales y contingentes que le acompañan. Al confrontar el hecho regulado y el carente de regulación solo hay que tener en cuenta los rasgos jurídicamente relevantes. Entiende que en ocasiones hechos en apariencia distintos sean en esencia semejantes y capaces de ser sometidos por analogía al mismo tratamiento. Del mismo modo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2002), estima que no es suficiente la existencia de « una cierta o gran semejanza entre ellos, sino que hace falta considerar que, por la misma razón, por la que el supuesto contemplado ha merecido la sanción que le ha sido atribuida, merece la misma sanción el otro que es semejante »; SERRANO ALONSO, E. (2005, 118), dice que es fundamental la coincidencia entre las notas características del supuesto no regulado y el que se considera idéntico.

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

³⁸ Así se manifiesta GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29). Con anterioridad DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480), había dicho que « la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. La analogía no supone —aunque otra cosa parezca— un pasar de lo particular a lo particular, sino que es preciso subir al principio general que comprende a un particular para saber si puede también comprender este otro caso []. No es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino —cuando ello sea permitido— el principio que se revela o puede ser conocido a través de la ley. Se trata de una manifestación del poder regulador de los principios generales, cuya única especialidad está en que su aplicación sea apoya —y así se facilita— en uno o varios textos legales que revelan su existencia; principios generales positivizados legislativamente y que, por eso, pudieron llamarse principios de Derecho positivo ». En parecidos términos SERRANO ALONSO, E. (2005, 117), siguiendo a Enneccerus, mantiene que « la analogía implica una doble operación intelectual por parte del juez o del intérprete: una labor de inducción generalizando los principios que se extraen de una norma particular, seguida de otra deductiva que consiste en aplicar aquellos principios al supuesto de hecho carente de regulación.

³⁹ ROCA TRÍAS, E. (1992, 18) es de la opinión de que la *ratio* es la finalidad que busca la ley al regular de una determinada forma un supuesto de hecho concreto. A

título de ejemplo, dice que, en el caso de las incapacidades para suceder, la razón de la prohibición del artículo 752 para los sacerdotes, es para evitar captaciones de voluntad por parte de personas que pueden tener un fuerte ascendiente en un determinado momento sobre la persona del testador. Por ello cabría aplicar por analogía este precepto a los directores de residencias donde el testador pasó sus últimos días.

⁴⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29).

⁴¹ Estas justificaciones que analizamos por separado, sin embargo, en ocasiones suelen incluirse juntas dentro de una misma sentencia. Unas veces estos argumentos se incorporan directamente en la resolución y, en otras indirectamente, cuando al ser citadas otras se reproduce parte de su contenido.

⁴² Así las SSTs de 10 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3871), de 20 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639) de 21 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9312), de 11 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6240), de 13 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4127), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 18 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3366), de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 12 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4248), de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7314), de 17 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5273), de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030) y de 1 de marzo 2019 (*RJ* 2019, 622).

⁴³ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 206).

⁴⁴ Así se recoge en la STS de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609) al indicar que se entiende que existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado (SSTs de 10 de mayo de 1996 [*RJA* 1996, 871] y de 21 de noviembre de 2000 [*RJA* 2000312]) y que debe acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SSTs de 20 de febrero de 1998 [*RJA* 1998, 39] y de 1 de noviembre de 2000 [*RJA* 2000312]), y es que, como enseña la mejor doctrina, no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley.

⁴⁵ Así las SSTs de 3 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1477), de 4 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5621), de 11 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1493), de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4322), de 1 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2660) y de 17 abril 2012 (*RJ* 2012, 5273). En la doctrina también se ha dicho que el fundamento último de la analogía se encuentra en el principio de igualdad. Así se ha manifestado CAPILLA RONCERO, F. (1993, 179) con base a lo establecido por la STC 103/1990, de 4 de junio de 1990.

⁴⁶ En la STS de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1839) se rechaza la analogía porque se estima su aplicación de la legislación sobre Arrendamientos rústicos es insostenible, en primer lugar porque existe la solución legal del artículo 1548 del Código civil y consiguientemente no se está en el supuesto de la falta de norma aplicable [...]; en segundo lugar porque la analogía que se propone sería meramente externa o de semejanza aparente de los supuestos de cesión en arrendamiento de bienes del hijo «in potestate», pero falta de verdadera semejanza ya que difícil o cuestionablemente al menos puede intercambiarse un régimen de prórrogas legales por el otro, correspondientes a finalidades sociales diversas.

⁴⁷ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 180).

⁴⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30).

⁴⁹ RAMÓN RIBAS, E. (2014, 128).

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67).

⁵¹ Así, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183) y ROCA TRÍAS, E. (1992, 24).

⁵² CUETO PÉREZ, M. (2008, 105), dice que el artículo 129.4 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prohíbe expresamente el uso de la analogía. Igual justificación existe para su prohibición en el derecho Administrativo sancionador, por suponer una

violación del principio de tipicidad, ya que ello implicaría el incumplimiento de la propia esencia del principio de tipicidad. El Tribunal Constitucional antes de la Ley 30/92 ya había establecido esa prohibición (SSTC 75/1984, de 27 de junio de 1984 (*RTC* 1984, 75), 159/86, 12 de diciembre de 1986 (*RTC* 1986, 159); 56/1998, de 16 de marzo de 1998 (*RTC* 1998, 16). No obstante, de la doctrina del Tribunal Constitucional puede deducirse que la analogía prohibida es la analogía *in peius* tal como se establece por la STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52) al decir que «en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, estos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía “in malam partem”». No obstante, dice esta autora que en el resto de normas administrativas sí que es posible la aplicación analógica. Hemos de añadir a lo manifestado por la autora, que en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ya no hay ninguna referencia a la analogía. No obstante, consideramos prohibida su aplicación para las normas administrativas sancionadoras.

⁵³ Así la STS (S. 3.^a) de 20 de enero de 1987(1987, 203). La STC (pleno) de 23 de febrero de 1984 (*RTC* 1984,25) establece que «el artículo 25.1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y, como hemos visto, se refiere a la exigencia de que nadie pueda ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo».

⁵⁴ Así, entre otras la STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52) que establece la sujeción estricta de la Administración a las normas sancionadoras e imposibilidad de interpretación extensiva y de la analogía «in malam partem» al decir que: «Hemos de recordar nuestra reiterada doctrina (SSTC 64/2001, de 17 de marzo de 2001 [*RTC* 2001, 64], F. 4; 123/2001, de 4 de junio de 2001 [*RTC* 2001, 123], F. 11; 125/2001, de 4 de junio de 2001 [*RTC* 2001, 125], F. 3; y 75/2002, de 8 de abril de 2002 [*RTC* 2002, 75], F. 4) según la cual la garantía formal del artículo 25.1 Constitución Española que significa el imperio de la Ley no basta para asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos, ni para garantizar que nadie pueda ser castigado por un hecho no contemplado por la Ley. Por ello, una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, estos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía “in malam partem”, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan».

⁵⁵ En la STS de 9 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5672) se establece que «No procede decretar infracción del artículo 25 de la Constitución, toda vez que dicho precepto se refiere a los delitos, penas y faltas o infracciones administrativas, y no cabe encuadrar en el ámbito de estas, como propia actuación de la Administración pública, la sanción discutida, ni tiene condición de propio acto administrativo lo llevado a cabo por el recurrente. En parecidos términos se había pronunciado el Tribunal Constitucional, destacamos la STC 69/1983, de 26 de julio de 1983 (*RTC* 1983,69) que establece que «el ámbito de operatividad del artículo 25.1 de la CE se reduce a la imposición de condenas penales o de sanciones administrativas y no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas». En el mismo sentido se había pronunciado la STC 73/1982, de 2 de diciembre de 1982 (*RTC* 1982,73), en la que se afirmaba que el artículo 25.1, de la Constitución «literalmente menciona los delitos, las infracciones y las faltas administrativas, por lo cual no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar manera estricta». La STC 118/2006, de 24 de abril de 2006 (*RTC* 2006, 118)

reitera que en el artículo 25.1 Constitución Española «se consagra una garantía que se proyecta exclusivamente sobre los actos a través de los que se ejercita el ius puniendi del Estado, sin abarcar a la realización de ilícitos de naturaleza civil».

⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183); ROCA TRÍAS, E. (1992, 24); LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 117). También mantiene idéntica posición Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1993, 283), al decir que las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras no admiten por lo general la analogía y deben ser entendidas de manera restrictiva (*odiosa sunt restringenda, in dubio pro reo, in dubio pro libertate*). Asimismo, mantiene que las normas limitativas de la capacidad de la persona o de los derechos subjetivos deben considerarse también como disposiciones odiosas y por consiguiente ser entendidas de modo restrictivo y no ampliarlas por analogía.

⁵⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30). En parecidos términos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009) quien justifica esa posibilidad al entender que si la expresión normas penales del artículo 4.2 del Código civil, significa normas de Derecho penal, este precepto podrá ser aplicado por analogía a las normas administrativas y civiles, que contengan auténticas penas, por tener la sanción un contenido meramente punitivo, tal como sucede con las multas.

⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

⁶⁰ La STS de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 42309) establece que: «conductas tipificadas en el artículo 111 del Código civil están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como Leyes civiles sancionadoras con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el número 2.º del citado artículo 4.º; ya que el calificativo de «penal» que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la «penalidad civil», de que se habla en la disposición transitoria tercera del Código, junto a la privación de derechos (STS de 23 de julio de 1987 [*RJ* 1987, 5809])».

⁶¹ Las SSTs de 30 de noviembre de 2011 (*RJ* 2011, 3516), de 13 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 413), de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265) fijan como doctrina jurisprudencial que «la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la disposición transitoria tercera, B), apartado 3, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución».

⁶² MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 222), se mantiene contrario a que la expresión «Leyes penales» del artículo 4.2 del Código civil puede hacerse valer a toda clase de normas sancionadoras o prohibitivas. En consecuencia, admite la aplicación analógica cuando a pesar de tratarse de normas sancionadoras estén informadas por principios generales del sistema.

⁶³ BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2016, 293). muestra su total conformidad con el criterio del Tribunal Supremo que, para evitar la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva, encaja la figura del maltrato psicológico dentro de la fórmula legal del «maltrato de obra». Este autor, ya se había manifestado a favor de esta misma posibilidad varios años antes de las citadas sentencias del Tribunal Supremo en otro artículo doctrinal. *Vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004, 473 a 519).

⁶⁴ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 184).

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67); Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1993, 296); ROCA TRÍAS, E. (1992, 25). De manera más específica MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224), estima que «la norma excepcional sustrae en determinadas circunstancias o durante un tiempo determinado un concreto comportamiento a la regla general»; DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 103), estima que «Derecho excepcional es aquel cuyo principio organizador ha perdido el carácter general, son normas que van *contra tenorem rationem* de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva».

⁶⁶ CARRASCO PERERA, A. (2005, 616), se refiere así respecto del artículo 56 de la LAU/1964 que contempla la indemnización por desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento por el arrendatario.

⁶⁷ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 111) estima que la naturaleza de las normas de carácter excepcional impide su aplicación fuera de los casos para las que fueron previstas, puesto que los casos no previstos por las normas excepcionales caen dentro de las reglas del Derecho general; ROCA TRÍAS, E. (1992, 25 y 26), también mantiene que las normas excepcionales se conciben como una «derogación de las generales, de manera que sus soluciones están en franco contraste con las que deberían haberse aplicado de no existir la legislación especial, de ahí se deriva que no puedan aplicarse por analogía ni que sean susceptibles de interpretación extensiva».

⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483), justifica la inaplicación de la analogía a las leyes excepcionales porque estas «carecen de principios de carácter general». Asimismo, afirma que Derecho excepcional es aquel que cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son normas que van contra el *tenorem rationem* de la organización general y que por ello no tienen fuerza expansiva. MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 232-233), manifiesta que la norma excepcional no puede crecer en ningún caso, mientras que las normas de Derecho especial sí que pueden crecer hacia el interior de su ámbito de vigencia, pero sin desbordarlo. De modo que solo es posible aplicar la analogía dentro de cada sector del ordenamiento jurídico, y en el caso de los ordenamientos especiales aun a pesar de no ser compartimentos estancos, y no puedan considerarse como excepcionales, sin embargo, no es admisible que crezcan a costa del común, traspasando su ámbito de aplicación.

⁶⁹ ROCA TRÍAS, E. (1992, 26).

⁷⁰ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 114) recoge la opinión de Batlle en este sentido. Asimismo, cita la STS de 27 de junio de 1941 que dice que «no es rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional están necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera en absoluto —como ya se advirtió en Sentencia de 7 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940, 1001)— el empleo del procedimiento analógico... por lo que resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza no está literalmente comprendido entre los actos que se prohíben realizar sin la autorización pertinente está incluido cuando menos implícitamente y por modo lógico, en la fórmula legal» —S. de 27 de junio de 1941 (*RJ* 1941, 760)». Doctrina que sigue la STS de 28 de septiembre de 1968 (*RJ* 1968, 3961).

⁷¹ BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49) estima procedente la interpretación extensiva de las normas excepcionales y temporales puesto que esta clase de interpretación deriva de una aplicación directa de la norma y no de una aplicación analógica.

⁷² En el momento de la redacción del presente trabajo todavía es relativamente reciente Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Durante su periodo de vigencia, desde el 14 de marzo hasta la finalización de la sexta prórroga el 21 de junio de 2020 se restringe la circulación de los ciudadanos, se garantiza el suministro de alimentos y productos necesarios para la salud pública, se regula la apertura de la hostelería, la restauración y los locales donde se realicen actividades culturales, artísticas, deportivas y similares, se prioriza el trabajo a distancia y se suspende la actividad escolar presencial. El ministro de Sanidad tiene bajo sus órdenes directas a las autoridades civiles de las Administraciones públicas de todo el país, en particular las sanitarias. El objetivo de estas medidas es proteger la salud de la ciudadanía, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública (Para más información: <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>). Un segundo estado de alarma se ha aprobado con el *Real Decreto* 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCoV-2.

⁷³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67).

⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 165); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 223-226); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330); TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203); DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483), manifiesta que el criterio discriminador para aplicar la analogía «se encuentra en la naturaleza o tipo del principio que informe la regla de que se trate» y que cuando se trate de «regla de carácter especial, el ámbito de su ratio está determinado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante la analogía, aunque dentro de ese espacio sí podrá jugar la analogía»

⁷⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224), pone como ejemplo la LAU/1964 diciendo que si bien la mayoría de sus disposiciones presentan una discordancia o desviación con respecto al Derecho común del Código civil, sin embargo, no se pueden considerar que todas las disposiciones de la LAU sean «excepcionales».

⁷⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30).

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67) se opone a la aplicación analógica de las leyes temporales, como sucede con la Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, añade un segundo elemento que impide su aplicación analógica de este tipo de leyes puesto que además se trata de «una Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado», tal como se recoge por la STC 3/2003, 16 enero 2003 (RTC 2003, 3) —que no es aplicable a supuestos «distintos de los comprendidos expresamente en ellas» y que constituyen su objeto.

⁷⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 31); MONTÉS PENADÉS, V.L. (1993, 238); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

⁷⁹ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 186).

⁸⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁸¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁸⁴ Ambos ejemplos relativos al sacerdote del artículo 752 ha sido propuestos por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280).

⁸⁵ VILLAR PALASÍ, J.L. (1975, 214); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸⁶ VILLAR PALASÍ, J.L. (1975, 178).

⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002, P. 122). *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, 15 ed. Barcelona: Bosch; SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

⁸⁸ PUIG BRUTAU, J. (1989, 300), entiende que esta modalidad de interpretación tiene por finalidad extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando se llega a la conclusión de que expresan menos de lo que corresponde a su finalidad o espíritu (*minus dixit quam voluit*).

⁸⁹ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 108); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 48), estima que se recurre al expediente de la interpretación cuando existe oscuridad en la norma jurídica. Mientras que se acude a la analogía ante la falta o insuficiencia de una norma expresa.

⁹⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 15); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118). Dentro de este sector, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 175), estima que: «a la tarea que consiste en la construcción o reconstrucción de la norma que falta se le conoce con el nombre de integración, para diferenciarla de la interpretación en sentido propio». Asimismo, afirma que la existencia de vacíos normativos, de vacíos de «lagunas» regulación fuerzan al aplicador a construir una norma para poder, luego, aplicarla.

⁹¹ En la doctrina civil predomina la idea de la proscripción de la creación judicial del derecho, de modo que en ausencia de norma jurídica directamente aplicable de acuerdo con el sistema de fuentes, el juez debe acudir a la aplicación analógica de una norma ya existente puesto que el juez no puede crear una norma jurídica. *Vid.* BLASCO GASCÓ,

F.P. (2016, 48). Asimismo, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 176) advierte, del peligro que se presenta al recurrir a los principios generales del Derecho por la imprecisión que estos comportan, puesto que pueden abrir «espacios a cierta libre configuración por parte del aplicador del Derecho». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480-481), ya dejó entrever que la analogía o la semejanza «no crean ni conducen siquiera hasta la regla decisoria, no originan nueva verdad o evidencia, sirven para indicar una posible solución, que se obtendrá comprobando si el principio de la disposición, que regula el caso semejante, puede extenderse hasta el caso en cuestión.

⁹² Esta opinión que difícilmente podemos encontrar en la doctrina civilista, sin embargo, ha sido asumida por parte de la doctrina penal. *Vid.* RAMÓN RIBAS, E. (2014, 129); MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010, 119 y 120); QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (2011, 79).

⁹³ Así se manifiesta la doctrina penal: RAMÓN RIBAS, E. (2014, 139), SÁNCHEZ FERRO, S. (1997, 651-678).

⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483).

⁹⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁹⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1072).

⁹⁷ De ahí el especial interés de la doctrina penalista en deslindar ambas figuras, habida cuenta que la analogía está prohibida en el ordenamiento penal. Así pues, QUINTERO OLIVARES, G. (2010, 127-128), señala el peligro que entraña la interpretación extensiva, puesto que a veces el intérprete se ha alejado tanto de la norma sometida a interpretación que la operación que realmente se ha efectuado es una aplicación analógica puesto que la pretendida interpretación se alejado excesivamente de la norma analizada.

⁹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 220), estima que la jurisprudencia dominante distingue en general entre la aplicación analógica y la interpretación extensiva, que hace jugar en una serie de preceptos en los que la técnica tradicional descartaba la analogía.

⁹⁹ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 31).

¹⁰⁰ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 174), precisa que resulta muy difícil en nuestro Derecho establecer la diferencia entre la analogía *legis* y la interpretación extensiva. Por otro lado, dice que hay que tener presente que «se olvida que la interpretación extensiva puede ser el resultado no solo del argumento analógico o «a pari», sino también del razonamiento a «a fortiori» («con mayor motivo»). Por ello parece poco seguro afirmar que las leyes penales o las excepcionales no son susceptibles de interpretación extensiva; lo que sí es seguro, es que no puede llegarse a una aplicación extensiva de las mismas, mediante la analogía (de cualquier tipo que sea), pues así lo prohíbe taxativamente el artículo 4.2 del Código civil». De manera más directa se pronuncia CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1052-1053) al decir que «mientras la analogía está sujeta a ciertos límites, al no ser aplicable a cierto tipo de normas (como las penales, las excepcionales y las temporales, según enumera nuestro art. 4.2 CC), la interpretación extensiva, por el contrario, se encuentra libre de tales límites». Asimismo, BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49) estima procedente la interpretación extensiva de las normas excepcionales y temporales puesto que esta clase de interpretación deriva de una aplicación directa de la norma y no de una aplicación analógica.

¹⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁰² La STS (S.2.ª) de 12 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 73) estima que «los tipos penales no pueden aplicarse arbitrariamente ni por analogía ni tampoco mediante una interpretación extensiva, rigurosa, inconstitucional, más allá de lo previsto por el propio legislador. En la STS (S. 2.ª) de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8064) dictada en el caso Palma-Arena se establece que a los órganos judiciales penales como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad estricta les «está vedada la interpretación extensiva y la analogía «*in malam partem*». Todo con remisión a la STC 126/2001, de 4 de junio de 2001 (*RTC* 2001, 126) que ya había venido manteniendo idéntica prohibición y explícita

que está vedada este tipo de interpretación y la analogía «fuera de los supuestos y de los límites» que las normas establecen.

¹⁰³ La doctrina, como ya hemos comentado, es prácticamente unánime respecto a la admisión de la analogía en las leyes especiales, si bien únicamente dentro su ámbito de regulación: BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483); DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 165); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 223-226); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330).

¹⁰⁴ El artículo 8 LAU/1964 establecía que: «En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía».

¹⁰⁵ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203).

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330), ROCA TRÍAS, E. (1992, 8).

¹⁰⁷ En la jurisprudencia STS de 22 de julio de 1994 (*RJ* 1993, 6583) se ha dicho que: «Las Leyes Especiales, que como tales son excepcionales, al reglamentar situaciones que están previstas en las leyes generales en forma singular y específica no son susceptibles de aplicación extensiva ni analógica», con base a esta argumentación en esta resolución no se admite que la adquisición forzosa de la propiedad, institución aplicable dentro a los denominados «arrendamientos históricos», sea aplicable por analogía a las aparecerías de la LAR. En la STS de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4139) tampoco se admite ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica de las leyes especiales; en consecuencia, no reconoce la aplicación analógica de las previsiones del Baremo de indemnizaciones contenido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, fuera de los casos en ella contemplados.

¹⁰⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30), tomando como referencia la antigua LAU/1964 entiende que analogía solo puede operar dentro del mismo sistema constituido por el derecho excepcional sin que pudiese aplicarse fuera de él para integrar vacíos normativos de otras leyes. MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 226-227), estima que hay dos planos de la analogía dentro de la LAU, uno hacia el interior de la legislación especial que traslada los principios generales a este sector del ordenamiento jurídico; el segundo plano presenta la legislación especial como excepción frente al Derecho común y no podrán extenderse a este por analogía las normas de la LAU. TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203), tampoco admite la aplicación analógica de la LAU/1964 a los arrendamientos excluidos de la misma, puesto que la analogía como fuente especial de Derecho no es aplicable fuera de su ámbito.

¹⁰⁹ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224), se manifiesta en este sentido poniendo como ejemplo el caso de la LAU y la posibilidad de la aplicación de la analogía en su seno como consecuencia del artículo 8 LAU/1964.

¹¹⁰ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224-225).

¹¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 100), estima que el Derecho excepcional carece de fuerza expansiva hasta para la materia para que se dicta (exclusión de la analogía).

¹¹² En el Tribunal Supremo podemos encontrar sentencias en las que no se autoriza la aplicación analógica dentro de una misma ley especial. Así sucede con la STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871) que no autorizan la aplicación analógica del desistimiento unilateral contemplado por el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el arrendamiento de vivienda para los contratos para uso distinto al de vivienda por no concurrir identidad de razón entre ambos tipos de arrendamiento.

¹¹³ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013 443-468) destaca como el Tribunal Supremo utiliza en su argumentación el Preámbulo de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el que se destaca que la diferenciación de trato de la regulación de ambos arrendamientos se encuentra en que «las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles que hagan eco de esa diferencia» y en consecuencia «el artículo 18.3 de la Ley de Arrendamientos

Urbanos consistente en garantizar al arrendatario una estabilidad económica en el contrato durante la duración a que tiene derecho, tiene un carácter tuitivo del que carece el artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que implica su imposibilidad de aplicación analógica».

¹¹⁴ CAPILLA RNCERO, F. (1993, 184-185), ya advertía respecto a la de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que la aplicación analógica del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solo era posible respecto de los preceptos de esa ley que no mereciesen la consideración de normas excepcionales, dando pues por sentado que en general aquella ley de arrendamientos es ley especial y que en las leyes especiales sí que tiene cabida la analogía, al menos «interna».

¹¹⁵ En el artículo 58.4 de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se establece que: «La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los 90 días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino. Si el arrendador no recibiese en tiempo tal notificación, podrá requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comunique la subrogación del beneficiario con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificare la subrogación en este último plazo».

¹¹⁶ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013); así como CARRASCO PERERA, A. (2005, 608), se muestran contrarios a la aplicación analógica del artículo 11.2 LAU al arrendamiento para uso distinto al de vivienda por varios motivos: por estar situado dentro del régimen de los arrendamientos de vivienda y no en las normas comunes de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos cabe suponer que el legislador no quiso su aplicación automática a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda. De haberlo querido podría haber hecho una remisión al artículo 11. Hay que tener en cuenta que artículo 11.2 está diseñado de manera que no soporta una aplicación analógica, puesto que está limitando la libertad de contratación al establecer una indemnización máxima de un mes de renta por cada año de contrato que quede por cumplir. Además, el presupuesto de hecho de la norma presupone la existencia de un pacto, y si en un arrendamiento para uso distinto de vivienda existe pacto el problema desaparece.

¹¹⁷ CARRASCO PERERA, A. (2017, 754), estima que algunos preceptos de la ley general de consumidores y usuarios relativos a las cláusulas abusivas son concreciones de una regla general instaurada en el Código civil, y «esas reglas han de considerarse como satisfactorias concreciones de dicha regla en el resto de subsistemas del Ordenamiento».

¹¹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 227), si bien se refiere a la existencia de «normas relativamente excepcionales», citando a Castán y a Soto Nieto, también deja entrever que estas normas solo pueden aplicarse analógicamente intramuros de la LAU o de cualquier otra ley especial. Máxime cuando cita la STS de 27 de junio de 1941 (Art. 760) que estima que: «una norma relativamente excepcional puede consentir aplicación analógica dentro del ámbito de su contenido estricto y en tanto en cuanto la ratio del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado». No obstante, Montés Penadés, sí que reconoce la aplicación analógica de la ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución exclusiva, si bien justifica esta postura alegando que las normas de la citada ley no lo son de Derecho excepcional.

¹¹⁹ Una primera sentencia, citada —como confusa— por DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 101), es la de STS de 27 de junio de 1914, que establece que la regulación del aval mercantil no supone un «tratamiento excepcional», es una institución Derecho especial (no excepcional), respecto a la que nada impide la interpretación analógica.

¹²⁰ En la STS de 8 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8637) se establece la diferencia entre ambos contratos: «el contrato de agencia —artículos 1 y 3 de la ley— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en

exclusiva — positivo y negativo— vender solo el concesionario y no vender nadie más en su zona». En parecidos términos las SSTs de 15 de octubre 2008 (*RJ* 2008, 7126) y de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337).

¹²¹ BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 133), señalan la utilidad de la aplicación analógica del artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia cuando en el contrato de distribución exclusiva por tiempo indeterminado no se ha señalado el plazo del preaviso para la resolución unilateral del contrato.

¹²² En la doctrina, entre otros, se manifiestan a favor de la aplicación analógica de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva: BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 132-134). Asimismo, TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 125, 129-138). También están de acuerdo SERRANO SANTAMARÍA, A. (2011a), (2011b) y (2014), así como VICENT CHULIÁ, F. (2006), 889-891.

¹²³ En este sentido la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), con relación a la indemnización por clientela establece que «este tipo de indemnización en los contratos que ahora nos ocupan» constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil, que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, «el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía». Sentencia que ha sido seguida por la STS de 22 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1289). Asimismo, la STS de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3303), en un caso de distribución exclusiva vuelve a referirse a las lagunas del ordenamiento al decir que «en aquellos casos en que estimó concurrente la “identidad de razón” exigida por el artículo 4.1 del Código civil para la «analogía *legis*», recurrió a ese método de integración de las lagunas del ordenamiento, tras tomar en consideración las condiciones de hecho de cada supuesto, para aplicar al segundo alguna norma reguladora del primero —Sentencias de 12 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4292), de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305), de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677), de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3509) y de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323)—, en particular el artículo 28 de la Ley 12/1992».

¹²⁴ En la jurisprudencia podemos encontrar alguna sentencia aislada que así lo ha manifestado como la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639). «De consiguiente, cuando la concesión sea agencia (promoción de actos de comercio o reventa, relación estable e independencia), regirá la Ley 12/1992, tanto en la rescisión como en la indemnización (art. 23); en otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código civil (arts. 1101 y siguientes y 1124), según aclara la Sentencia de 16 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9339)».

¹²⁵ RUBIO TORRANO, E. (2004), estima acertada la posibilidad de la aplicación analógica de la indemnización por clientela del contrato de agencia al contrato de distribución que se reconoce por la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639), aunque finalmente no la aplica porque el contrato entre las partes no era propiamente un contrato de distribución en exclusiva. La citada sentencia a su vez recoge la doctrina de la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) en la que sí que se aplicaron al caso enjuiciado las normas propias del contrato de agencia por concurrir los requisitos necesarios para apreciar la identidad de razón como son que el distribuidor hubiera captado clientela para la demandada y que esta se hubiera beneficiado de esta tras una ruptura intempestiva. En todo caso, señala el autor, que la doctrina se ha planteado a partir de esta construcción jurisprudencial la aptitud de la regulación de la agencia para servir como posible Derecho general de la distribución comercial aplicable a contratos como la franquicia, distribución autorizada, venta en exclusiva, concesión. Destaca, asimismo, la «particular intensidad que reviste el debate en torno a una eventual extensión analógica del estatuto tuitivo de los agentes a una figura funcionalmente próxima como es la del concesionario o distribuidor en sentido estricto». Conclusiones a las que llega a partir del «carácter especial y no excepcional de la Ley de Contrato de Agencia». En parecidos términos, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 133), también mantienen que la Ley 12/1992 «no es derecho excepcional».

¹²⁶ Son numerosas las sentencias en las que se mantiene la existencia de identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución: Entre otras las SSTs de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), de 2 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 331317), de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626), Pleno de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 5071), de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323), de 6 de noviembre de 2006, de 16 de diciembre de 2005 y de 12 de junio de 1999.

¹²⁷ SSTs de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305), de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639) y Pleno de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393).

¹²⁸ En el caso de la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639) si bien se dejan sentadas las bases para la aplicación analógica del contrato de agencia para el contrato de distribución, sin embargo, no se admite para el caso enjuiciado por tratarse de un particular contrato innominado en el que a pesar de efectuarse un cierto tipo de distribución, sin embargo, no concurrían las notas de la venta o distribución en exclusiva ni constituía promoción alguna de operación de comercio. De ahí que como se dirá en otras sentencias, la aplicación analógica del contrato de agencia al contrato de distribución exclusiva no se produce de modo automático.

¹²⁹ En la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), en la que por cierto es ponente V. MONTES PENADES, se dice que «Solo las normas excepcionales, penales o temporales tienen limitada la aplicación analógica (art. 4.2 CC), y el carácter tuitivo predicado de las reglas de la Ley sobre el Contrato de Agencia, y en especial del artículo 28, no podrían por sí impedir la aplicación analógica», asimismo se puntualiza que «la aplicación analógica se circunscribe a la perspectiva del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia pero no a la Ley en su integridad».

¹³⁰ Son numerosas las sentencias en las que se hace referencia a que no es posible aplicar analógicamente al contrato de distribución la Ley sobre el Contrato de Agencia de manera automática. Así las SSTs de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7422), de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626), de 28 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1556), Pleno STS de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 5071), de 21 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2620), 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323). En el supuesto contemplado por la STS de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533) no se aplica la indemnización del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de concesión porque en aquellos casos en los que no exista previsión contractual sobre su determinación o liquidación se «requiere de un necesario módulo o parámetro para calcular y concretar el alcance de la compensación pretendida, tal y como expresamente prevé el núm. 3.º del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia para la determinación de la compensación máxima exigible». En el caso enjuiciado el actor no ha aportado «tal y como le incumbía, los datos de las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años» de modo que no se admite la concesión de la citada indemnización «sin sujeción alguna a dato o módulo que permita su cálculo de un modo verificable y objetivable».

¹³¹ La STS de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002) establece que «En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente». No obstante, son numerosas las sentencias, como la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) en la que se establece que «la reiterada jurisprudencia de esta Sala admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la

terminación. De lo contrario, sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe (sentencias, entre otras, de 24 de febrero y de 23 de julio de 1993). En parecidos términos las más recientes SSTs de 19 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2228), de 19 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3210), de 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4321), de 5 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3321), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002) y de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639).

¹³² RUBIO TORRANO, E. (2004).

¹³³ Son muy numerosas las sentencias en las que se reconoce la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva. Cuestión diferente es que en muchas de ellas no se haya aceptado la analogía por no concurrir los requisitos que se exigen para aplicar esa modalidad de indemnización en un contrato de agencia. Así las más recientes de SSTs de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533), de 19 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2228), de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4321), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7422), 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002), de 2 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 6894), de 20 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 381), de 2 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10121), de 12 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5003).

¹³⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 129), estiman que corresponderá esta indemnización siempre que el agente y en su caso el distribuidor haya incrementado el número de clientes o el volumen de operaciones con la clientela preexistente, siempre que el empresario pueda seguir beneficiándose de aquella una vez extinguido el contrato. En parecidos términos TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 129).

¹³⁵ Es de destacar la STS de 3 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2622) que estima que «Por su parte el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia reconoce al agente el derecho a ser indemnizado por los gastos causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones, expresas o implícitas, del empresario, con tal que no se hubieran amortizado al extinguirse anticipadamente la relación» (Con cita de las SSTs de 11 de diciembre de 2007, de 13 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1490) y de 2 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 3366). Esta corriente doctrinal, admitiendo la aplicación analógica del artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva, con independencia de que atendiendo a las circunstancias concretas del caso se admita o no, ha sido seguida por las SSTs de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293), de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002), de 20 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 381), de 2 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10121), de 12 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5003) y de 25 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3710).

¹³⁶ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 130); TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 129).

¹³⁷ La STS de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293) continúa con la línea jurisprudencial en la que se admite que el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia (indemnización por inversiones no amortizadas) es «analogicamente aplicable al contrato de distribución, la resolución unilateral del contrato por el concedente puede generar un deber de indemnizar cuando el distribuidor hubiera hecho las inversiones no amortizadas en cumplimiento del contrato. Es decir, si el principal indujo o impulsó al distribuidor la realización de determinadas inversiones y le remitió al ulterior desenvolvimiento del contrato para su amortización (recuperación de la inversión mediante los beneficios obtenidos), deberá indemnizarlo si la terminación unilateral del contrato impide dicho desarrollo futuro y, por tanto, la redención de las cantidades invertidas con los beneficios que le reportara la reventa de las mercancías distribuidas». No obstante, en el supuesto enjuiciado no se aplica porque no ha quedado probado que se hubieran impuesto dichas inversiones por el empresario.

¹³⁸ CARRASCO PERERA, A. (2017, 753), cita entre otros el supuesto de la STS de 18 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9560) que ha considerado a la ley general de consumidores como aplicable a la contratación entre empresarios al estimar que una cláusula de las Condiciones Generales de una póliza de contrato de seguro marítimo tenía la condición de abusiva por violar lo preceptuado en el artículo 10.1, c).3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Asimismo, cita la STS de 24 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1167), que, en un caso de contratación entre empresarios considera «aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley de 24/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en cuyo artículo 10, apartado c), números 3.º, 4.º y 5 se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que, como hemos dicho, no coinciden en el supuesto que estudiamos».

¹³⁹ CARRASCO PERERA, A. (2017, 753-754).

¹⁴⁰ CARRASCO PERERA, A. (2017, 754-756). Esta aplicación analógica también es predicable de cuantas cláusulas abusivas contempladas en la Ley General de Consumidores y Usuarios supongan concreciones de otras reglas del Código civil. Entre otros, cita el caso de las cláusulas que impongan al adherente una indemnización o garantía desproporcionadamente alta (arts. 85.6 y 88 TRLGDCU.1) que son reconducibles al artículo 1154 o a la Ley de Usura; las cláusulas relativas a «hechos ficticios» (arts. 87.1, 87.4, 87.5, 87.6, 89.1) que son reconducibles a una deficiencia en la causa onerosa del contrato *ex* artículo 1261.2 del Código civil.

¹⁴¹ Entre muchas otras resoluciones, establecen que son abusivos los intereses de demora al aplicar analógicamente el artículo 19.4 LCC (en algunos casos el 20.4 LCCC): la SAP Barcelona (S. 17.^a) 18 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 110887) interés de demora del 29%; SAP Asturias (S. 6.^a) de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 9848); SAP Madrid (S. 6.^a) de 20 de diciembre de 2002 (*AC* 2003, 258), AAP Burgos de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 75980); AAP Cáceres (S. 2.^a) de 21 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 53053) (27,50 %.); SAP Barcelona (S. 19.^a) de 18 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 95902) interés del 25%; SAP Castellón (S. 1.^a) de 14 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 314091) interés del 20%; AAP Asturias (S. 5.^a) de 30 de diciembre de 2005 (*AC* 2005, 157) interés moratorio del 28%; AAP Asturias (S. 4.^a) de 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 480) interés del 16,5%; AAP Soria (S. 1.^a) de 16 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 15399) intereses pactados del 24%; AAP Madrid (S. 4.^a) de 30 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 400022) de interés de demora del 20,50%; SAP Asturias (S. 6.^a) 16 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 41566) para la que no es moratorio el interés del 16,5% de una tarjeta de crédito y la SAP Asturias (S. 6.^a) 18 marzo 2013 (*JUR* 2013, 162697) contrato de préstamo bancario: interés moratorio pactado al 20%.

¹⁴² Sentencia comentada por DÍEZ GARCÍA, H. (2011).

¹⁴³ En la STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296) igual que en la STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747), los contratos de préstamo se habían concertado antes de la entrada en vigor de la Ley de Crédito al Consumo.

¹⁴⁴ CARRASCO PERERA, A. (2017, 781 y 782), entiende que la aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo al consumo «es muy dudosa» si no fuera que con ella se quiere acceder al control de la tasa de interés; DÍEZ GARCÍA, H. (2011), señala como dificultad para interpretar analógicamente la ley de créditos al consumo el hecho de que el artículo 2.3 LCC prohíbe la aplicación de esa ley a los préstamos hipotecarios; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013, 185), considera que el tipo máximo de 2,5 veces el interés legal no era aplicable analógicamente a los intereses de demora en los préstamos hipotecarios puesto que no existía el requisito de la identidad de razón.

¹⁴⁵ SABATER BAYLE, E. (2015).

¹⁴⁶ Artículo modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁴⁷ El Auto AP Barcelona de 20 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 55341) establece la nulidad por abusiva la cláusula de intereses moratorios del artículo 576 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil incluso para los préstamos con garantía hipotecaria*. El AAP Navarra de 17 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 15246) también declara la nulidad de los intereses de un contrato de seguro. La SAP Madrid (S. 6.^a) de 6 febrero de 2020 (*JUR* 2020, 97564).

¹⁴⁸ En este sentido en las SSTs de 23 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5714), de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 619), de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 619) y de 19 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 398) se establece que puede haber abusividad aunque se respete el límite del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria.

*Trabajo recibido el 11-5-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*