



Lecciones de Derecho Civil I

Federico Arnau Moya



www.sapientia.uji.es | 6

Lecciones de Derecho Civil I

Federico Arnau Moya



UNIVERSITAT
JAUME • I

LICENCIATURA EN DRET

■ Codi assignatura RB01

■ Curs 2008/2009

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: publicacions@uji.es

Col·lecció Sapientia
www.sapientia.uji.es

ISBN: 978-84-691-5639-1



Aquest text està subjecte a una llicència Reconeixement-NoComercial-CompartirIgual de Creative Commons, que permet copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra sempre que especifique l'autor i el nom de la publicació i sense objectius comercials, i també permet crear obres derivades, sempre que siguin distribuïdes amb aquesta mateixa llicència.
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/deed.ca>

CONTENIDO

TEMA 1. EL DERECHO.	11
1. El Derecho en general.	12
2. Derecho natural y positivo.	12
2.1. El Derecho natural	12
2.2. El Derecho positivo	12
3. Derecho objetivo y subjetivo.	13
4. Norma jurídica y ordenamiento jurídico.	13
4.1. Caracteres de las normas jurídicas.	13
4.2. Estructura de la norma jurídica.	14
4.3. Normas jurídicas incompletas.	14
4.4. Textos no normativos.	15
4.5. Destinatarios de la norma y deber de conocerla.	15
4.6. El ordenamiento jurídico.	15
4.7. Las instituciones jurídicas	16
5. Clases de normas.	16
5.1. Normas de Derecho público y de Derecho privado.	16
5.2. Normas rígidas y elásticas.	17
5.3. Normas imperativas y dispositivas.	17
5.4. Normas de Derecho permanente, temporal y transitorio	17
5.5. Normas de Derecho general o particular.	18
5.6. Normas de Derecho común y especial	18
6. El Derecho civil: concepto y contenido	18
6.1. El Derecho civil, Derecho privado general.	18
6.2. Contenido del Derecho civil.	19
6.3. Significado del Derecho civil dentro del Derecho privado	19
TEMA 2. EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.	20
1. La formación del Derecho civil español	21
2. La codificación civil en España: etapas.	21
2.1. Codificación y compilación	21
2.2. La codificación española.	21
3. El Código Civil español.	22
3.1. Estructura.	22
3.2. Contenido.	23
3.3. Características.	23
4. El Código Civil en el momento actual.	24
5. Las leyes civiles especiales.	25
6. Los Derechos forales.	26
6.1. Derecho común y Derecho foral.	26
6.2. Del sistema de Apéndices a las Compilaciones Forales.	27
6.3. El Derecho foral tras la constitución de 1978.	27

7. El Derecho civil valenciano	30
7.1. El Derecho civil foral valenciano.	30
7.2. La Constitución y el Estatuto de Autonomía.	30
8. Diverso ámbito de aplicación del Derecho civil: el Derecho común y el Derecho foral	31
9. El planteamiento de la diversidad legislativa en el Código Civil.	32
10. Las normas de la constitución sobre competencia del Estado y las comunidades autónomas en materia civil.	32
Lecturas recomendadas	33
TEMA 3. FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	34
1. Concepto de «fuente del derecho».	35
1.1. La expresión «fuentes» en sentido amplio.	35
1.2. Fuentes de creación y fuentes de interpretación del Derecho objetivo.	35
2. El sistema de fuentes formales del código.	36
2.1. Sistema de fuentes y principios que lo regulan.	36
2.2. El principio de jerarquía de las fuentes.	36
2.3. Principio de legalidad o de supremacía de la Ley	37
2.4. Principio de sujeción de jueces y tribunales a las normas reconocidas	37
2.5. Principio de competencia.	38
3. La Ley	38
3.1. Introducción.	38
3.2. Requisitos de la Ley.	39
3.3. La vigencia de las leyes en el tiempo: la derogación y la retroactividad.	40
3.4. Clases de leyes y orden jerárquico de las normas estatales.	41
4. La costumbre	42
4.1. Concepto de costumbre.	42
4.2. El valor de la costumbre en el Derecho español.	43
4.3. Requisitos de la costumbre.	43
4.4. Clases de costumbre.	43
4.5. Prueba de la costumbre.	44
4.6. Diferencia entre la costumbre y el uso	44
5. Los principios generales del Derecho.	45
5.1. Forma de manifestarse los PGD	45
5.2. Modos de aplicación de los PGD.	45
5.3. Requisitos para su aplicación	46
5.4. Funciones de los principios generales del Derecho.	46
5.5. Las máximas jurídicas.	46
6. Los tratados internacionales.	47
6.1. Los Tratados Internacionales.	47
6.2. El Derecho comunitario europeo	47
7. La Jurisprudencia.	49
7.1. Concepto.	49
7.2. La jurisprudencia como fuente del Derecho.	49
7.3. Función de la jurisprudencia	49
7.4. Requisitos para que exista la jurisprudencia	50
7.5. El recurso de casación	50
7.6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional	51
8. La doctrina científica	52

TEMA 4. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.	53
1. Interpretación y aplicación de las normas	54
2. Concepto de interpretación.	54
3. Elementos de la interpretación.	55
4. Clases de interpretación.	56
4.1. Por los sujetos: auténtica, judicial y doctrinal	56
4.2. Por los resultados: declarativa, restrictiva y amplia	56
5. La integración de las normas jurídicas.	57
5.1. El problema de las lagunas legales.	57
5.2. Los procedimientos de integración: autointegración y heterointegración	57
6. La analogía.	58
6.1. Concepto.	58
6.2. Requisitos para la aplicación analógica.	58
6.3. Clases de analogía.	59
6.4. La analogía y la jerarquía de las fuentes.	59
6.5. Ámbito de aplicación de la analogía	60
7. La equidad	60
7.1. Concepto.	60
7.2. Clases de equidad	60
TEMA 5. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.	62
1. Los efectos de las normas jurídicas	63
2. La ignorancia de la Ley y el error de derecho.	63
2.1. La ignorancia de la Ley.	63
2.2. El error de derecho.	64
2.3. El deber especial de los funcionarios: el principio <i>iura novit curia</i>	65
3. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos	65
3.1. La exclusión voluntaria de la ley aplicable	66
3.2. La renuncia de derechos	67
4. La nulidad de los actos contrarios a las normas	67
5. El fraude de ley	68
TEMA 6. LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL DERECHO SUBJETIVO	70
1. La relación jurídica	71
1.1. Las situaciones jurídicas: sus tipos.	71
1.2. La relación jurídica	71
2. El Derecho subjetivo	73
3. Estructura del Derecho subjetivo	73
3.1. El sujeto del Derecho subjetivo.	73
3.2. El objeto del Derecho subjetivo.	74
3.3. El contenido del Derecho subjetivo	74
4. Clases de derechos subjetivos y situaciones jurídicas.	76
4.1. Derechos absolutos y relativos.	76
4.2. Derechos de la personalidad, de familia y patrimoniales.	76
5. Nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos.	77
5.1. El nacimiento del Derecho	77
5.2. La modificación de un Derecho.	78
5.3. La extinción de un Derecho.	78

6. El ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y el abuso de derecho	78
6.1 Límites en el ejercicio de los derechos	78
6.2 La buena fe en el ejercicio de los derechos	79
6.3 El ejercicio abusivo del Derecho subjetivo	80
7. Los límites temporales del Derecho subjetivo: la prescripción y la caducidad.	81
7.1. La prescripción extintiva	82
7.2. La caducidad	84
TEMA 7. LA PERSONA FÍSICA.	86
1. La persona, concepto y clases.	87
1.1. Concepto.	87
1.2. Clases de personas.	87
1.3. Caracteres de las normas referentes a la persona.	87
2. Comienzo de la personalidad	88
2.1. Nacimiento y personalidad	88
2.2. Requisitos para ser reputado nacido	88
2.3. Momento del nacimiento	88
2.4. Partos dobles o múltiples	89
3. Situación jurídica del concebido y no nacido	89
4. La reserva de derechos en favor de los no concebidos	90
5. Fin de la personalidad.	90
6. Premoriencia y comoriencia	91
7. La ausencia civil.	91
7.1. Concepto	91
7.2. Caracteres	92
7.3. Requisitos	92
7.4. Sujetos activos	92
7.5. El nombramiento de representante	92
7.6. Otros efectos de la declaración de ausencia.	94
7.7. Cesación de la declaración de ausencia.	94
8. La declaración de fallecimiento	94
8.1. Concepto	94
8.2. Efectos	95
8.3. Requisitos.	95
8.4. Efectos de la declaración de fallecimiento	96
8.5. Cesación de la situación de fallecimiento.	97
9. El nombre de la persona.	98
9.1. Concepto	98
9.2. Adquisición del nombre.	98
9.3. Adquisición de los apellidos	99
9.4. El cambio de apellidos y nombre	100
TEMA 8. LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA PERSONA.	102
1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar	103
1.1. La capacidad jurídica.	103
1.2. La capacidad de obrar	103
2. Capacidad de obrar por razón de la edad.	104
2.1. Capacidad del menor no emancipado.	104
2.2. La capacidad del menor emancipado	105

3. La incapacidad	106
3.1. Concepto de incapacidad	106
3.2. Causas de incapacidad	107
3.3. El proceso de incapacidad	107
4. La prodigalidad	108
5. El estado civil	109
5.1. Concepto y contenido	109
5.2. Clases de estados civiles	109
5.3. Caracteres del estado civil	110
5.4. La publicidad del estado civil de la persona	110
5.5. Valor de la inscripción	111
TEMA 9. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	112
1. Derechos de la personalidad	113
1.1. Concepto	113
1.2. Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad	114
1.3. El marco jurídico de la Constitución española	115
1.4. Diferencias entre derechos humanos fundamentales y los derechos de la personalidad	116
1.5. Naturaleza y caracteres de los derechos de la personalidad	117
1.6. La tutela de los derechos de la personalidad	118
1.7. Clases de derechos de la personalidad	119
2. La vida y la integridad física	119
2.1. El derecho a la vida	119
2.2. Las técnicas de reproducción asistida	121
2.3. El derecho a la integridad física	123
3. La libertad	124
4. El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen	124
Lecturas recomendadas	126
TEMA 10. DOMICILIO, NACIONALIDAD Y VECINDAD CIVIL	127
1. El domicilio	128
1.1. El concepto de domicilio	128
1.2. Las normas de la LEC sobre el domicilio	129
1.3. Pluralidad de domicilios	129
1.4. El domicilio electivo	129
1.5. La residencia	129
2. La nacionalidad	130
2.1. Concepto	130
2.2. Regulación	130
3. La adquisición de la nacionalidad	130
3.1. Formas de adquisición originaria	130
3.2. Formas de adquisición derivativa	131
4. La pérdida de la nacionalidad	132
5. La recuperación de la nacionalidad	134
6. La doble nacionalidad	134
7. La vecindad civil	134
7.1. Concepto	134
7.2. Adquisición de la vecindad civil	135

7.3. Pérdida y recuperación de la vecindad civil	136
7.4. Vecindad civil y nacionalidad	136
TEMA 11. EL REGISTRO CIVIL	137
1. El Registro Civil	138
1.1. Concepto	138
1.2. Necesidad del Registro	138
1.3. Origen y legislación aplicable al registro.....	138
2. El registro civil: significado y organización.....	139
2.1. Clases de registros.....	139
2.2. Secciones del Registro.....	140
3. Hechos inscribibles en el Registro Civil	142
3.1. Hechos inscribibles en el Registro Civil	142
3.2. Competencia del Registro Civil	142
4. Asientos del Registro Civil.....	143
4.1. Clases de asientos.....	143
4.2. El procedimiento registral	145
5. Eficacia jurídica del Registro Civil	145
5.1. La publicidad del Registro	145
5.2. La rectificación de asientos registrales	146
TEMA 12. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JURÍDICA DE LA PERSONA	147
1. El principio de autonomía jurídica de la persona	148
1.1. Concepto de la autonomía jurídica	148
1.2. Límites de la autonomía privada	149
2. La aplicación del principio de la autonomía privada	150
3. El hecho jurídico	150
3.1. Concepto de hecho jurídico	150
3.2. Clases de hechos jurídicos	151
4. El acto jurídico	151
4.1. Concepto de acto jurídico	151
4.2. Clases de actos jurídicos	151
5. El negocio jurídico: concepto y clases	152
5.1. Concepto de negocio jurídico	152
5.2. Diferencia entre negocio jurídico y acto jurídico.....	152
5.3. Orígenes históricos de la teoría del negocio jurídico	153
5.4. Clases de negocios jurídicos	153
6. Elementos del negocio jurídico	156
TEMA 13. LA REPRESENTACIÓN.....	157
1. Concepto	158
1.1. Concepto de representación	158
1.2. Elementos que integran la representación en general.....	158
1.3. Ámbito de la representación.....	158
2. Clases	159
2.1. Representación legal	159
2.2. Representación voluntaria	159
2.3. Representación directa e indirecta	160
2.4. Otras clasificaciones	161

3. El apoderamiento	162
3.1. Caracteres	162
3.2. Distinción entre representación y otras figuras	162
4. La ratificación	163
Lecturas recomendadas	163
TEMA 14. LA PERSONA JURÍDICA	164
1. Concepto de persona jurídica	165
1.1. Personalidad y persona jurídica	165
1.2. Concepto general de persona jurídica	165
2. Clases de personas jurídicas	166
2.1. Personas jurídicas de derecho público y de derecho privado	166
2.2. Asociaciones y fundaciones	166
2.3. Personas jurídicas de interés público y de interés privado	167
3. La atribución de la personalidad jurídica	168
4. Capacidad jurídica de las personas jurídicas	169
5. Los órganos de representación	170
6. El patrimonio	170
7. La nacionalidad	170
8. El domicilio	170
9. Extinción de la persona jurídica	171
10. El abuso de la personalidad jurídica	171
TEMA 15. LAS ASOCIACIONES	173
1. Concepto y régimen jurídico	174
1.1. Concepto de asociación	174
1.2. El Derecho constitucional de asociación	174
1.3. Clases de asociaciones	174
2. Régimen legal de las asociaciones	175
3. La constitución de las asociaciones	176
3.1. La capacidad de los constituyentes	176
3.2. El acuerdo de constitución	176
3.3. La constitución de las asociaciones con ánimo de lucro	177
4. Elementos de la asociación	178
5. Órganos de la asociación	179
5.1. La Asamblea General	179
5.2. El órgano de representación	179
6. Los acuerdos sociales y su impugnación	179
7. La extinción de la asociación: disolución y liquidación	180
8. Asociaciones de hecho y no inscritas	180
TEMA 16. LAS FUNDACIONES	181
1. Concepto y régimen jurídico	182
1.1. Concepto de fundación	182
1.2. Régimen jurídico de las fundaciones	182
2. Constitución	183
2.1. La capacidad para crear fundaciones	183
2.2. El negocio fundacional	183

2.3. Los estatutos de la fundación	183
2.4. La dotación	184
3. La adquisición de la personalidad jurídica	184
4. Órganos de la fundación	184
4.1. El patronato	184
4.2. El protectorado	185
4.3. El Consejo superior de fundación	185
5. El patrimonio de la fundación	186
6. La extinción de la fundación	186
6.1. La extinción de la fundación	186
6.2. La liquidación de la fundación	186
BIBLIOGRAFÍA	187

Tema 1

El Derecho

1. EL DERECHO EN GENERAL

El hombre es un ser que desde siempre ha vivido en sociedad, bien sea en tribus, reinos, o cualquier otro tipo de organización social; esta convivencia necesita un orden sin el cual la misma no sería posible. Así surge el Derecho como un sistema de normas, un conjunto normativo, cuya finalidad es la resolución de los conflictos que se generan y surgen en el cuerpo social al que el Derecho (de cada momento y histórico y de cada comunidad social dada) va destinado, evitando así el recurso a la violencia, quedando cortado de raíz el recurso a la fuerza bruta (LASARTE, 2005).

2. DERECHO NATURAL Y POSITIVO

2.1. El Derecho natural

El hombre posee una capacidad natural para juzgar rectamente (sindéresis) que le permite distinguir el bien del mal, puesto que existen unas reglas no escritas, pero de algún modo eficaces, que se deducen sin más de la naturaleza humana, y que se hallan impresas en el fondo de su conciencia, y desde las cuales se valora el Derecho establecido por el legislador (LACRUZ, 2004).

Este conjunto de normas no escritas, a las que se denomina Derecho natural, han sido estudiadas desde varios puntos de vista:

- a) La fe en una Ley universal superior y anterior a la ley positiva, que ha sido una constante en el cristianismo, y encuentra su formulación más permanente en Santo Tomás, quien afirma la existencia de una ley natural que es «participación de la ley eterna en la criatura racional».
- b) Para otras corrientes filosóficas, a partir del Renacimiento siguen manteniendo la existencia de un Derecho natural que procedería de la mera naturaleza racional del hombre.
- c) En la actualidad muchos juristas, sobre todo tras la experiencia nazi, se manifiestan en favor de la existencia del Derecho natural, al que se refieren como unas reglas jurídicas primarias independientes de la legislación positiva, anteriores y superiores a ella, sin relacionarlas con ninguna explicación trascendente de tipo religioso.

2.2. El Derecho positivo

El Derecho positivo es aquel que está vigente o puesto (del latín *positus*) en un determinado lugar (Estado, Comunidad Autónoma, etc.) durante un determinado periodo de tiempo. Así, hoy en día en España es Derecho positivo el vigente Código Civil de 1889 y, también lo era antes de su entrada en vigor la Novísima Recopilación.

El Derecho positivo, para ser justo, ha de inspirarse en el natural, no contradiciendo sino desarrollando sus principios y reglas a tenor de las circunstancias y necesidades de cada momento y lugar. El derecho natural legitima al positivo; será Derecho positivo justo el que coincida con el Derecho natural, en otro caso se tratará de derecho injusto, aunque su cumplimiento pueda imponerse por la fuerza. (Ej. leyes segregacionistas en EEUU en los años cincuenta, la ley del *apartheid* en Sudáfrica o leyes antisemitas de la Alemania nazi). En la gran mayoría de Constituciones europeas, aparecen referencias a Derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que nos permite afirmar que estas superan el filtro del respeto al Derecho natural.

3. DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El Derecho objetivo es el conjunto de normas que regulan el comportamiento humano de una sociedad. El Derecho subjetivo es la situación de poder concreto que el ordenamiento concede a una determinada persona, física o jurídica, que le permite comportarse de una determinada forma. Según la clase de Derecho subjetivo de que se trate, tendrá un diferente ámbito de poder (BERCOVITZ, 2004). Al titular del Derecho subjetivo, como miembro activo de la comunidad jurídica, se le confía su ejercicio y defensa (DE CASTRO, 1984).

Ej. Cuando al propietario de una finca se le desposee ilegítimamente de aquella, se ha violado su derecho subjetivo de propiedad, en ese caso el Derecho le permite su defensa utilizando ante los tribunales la acción reivindicatoria.

Los derechos subjetivos se dividen en dos grandes grupos: en patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros son aquellos que recaen sobre un objeto o una conducta evaluable en dinero, (ej. una obra literaria, una casa, etc.). Los segundos son aquellos cuyo objeto no pueden evaluarse pecuniariamente. Este es el caso del derecho al honor, a la intimidad, etc. (BERCOVITZ, 2004).

Los derechos patrimoniales a su vez se dividen en dos grupos (BERCOVITZ, 2004):

- a) Derechos reales (del latín *res* = cosa) o derecho de cosas; estos derechos confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre una determinada cosa. Así pues tenemos el derecho de propiedad, el de servidumbre, etc.
- b) Derechos de obligaciones o de crédito, que confieren al titular del mismo una situación de poder sobre la conducta de otra persona. El titular de este derecho puede obtener del obligado una determinada conducta consistente en «dar, hacer o no hacer algo».

Ej. El vendedor es titular de un derecho de crédito que le permite exigir al comprador que pague («dé») el precio de la cosa vendida.

4. NORMA JURÍDICA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Derecho positivo está integrado por el conjunto de normas vigentes por el que se rige una comunidad. Por norma jurídica positiva o disposición, entenderemos todo precepto general cuyo finalidad sea la de ordenar la convivencia de la Comunidad y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por el Estado. Como la norma regula la conducta de seres libres que de hecho pueden desobedecer este mandato básico, esta desobediencia debe ser prevista por aquella, estableciendo, para tal caso la adecuada sanción (ALBALADEJO, 2002).

4.1. Caracteres de las normas jurídicas

Las normas presentan tres características comunes:

- a) *Imperatividad*, porque en toda norma se establece un mandato o una prohibición.
- b) *Generalidad*, puesto que la norma es un mandato general dictado para regular toda una categoría o clase de casos o supuestos en abstracto, faltará la generalidad cuando se dicte la norma para un caso supuesto individual (es decir referente a una persona concreta o a una relación determinada).

Ej. Sería norma jurídica la pensión que se otorga a las viudas de determinada clase de funcionario, no lo sería la disposición dictada para otorgársela únicamente a la viuda de un determinado funcionario.

Albaladejo entiende que las llamadas normas para un caso individual, son verdaderos actos administrativos de los poderes públicos; de modo que cuando un asunto tiene especial importancia, el mandato se efectúa utilizando alguna de las formas (procedimientos) utilizados en el caso de las normas generales. A este tipo de leyes las denomina formales: la ley formal (frente a la material), se trata de un acto emanado, con los debidos trámite y requisitos, del órgano del Estado que tenga el poder de legislar; aunque tal acto no contenga normas jurídicas generales, sino solo disposiciones individuales para casos concretos.

c) *Coercibilidad* es la posibilidad de que la norma jurídica se imponga de forma forzosa, es decir coactivamente, en el supuesto de que no se cumpla de forma voluntaria.

4.2. Estructura de la norma jurídica

La estructura de la norma se compone de dos elementos:

- 1º Supuesto de hecho ante el cual se aplicará una determinada norma.
- 2º Consecuencia jurídica que lleva aparejada el supuesto de hecho. Ej. El art. 315 del cc: establece que «la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos». En este caso el supuesto de hecho será el que se cumplan 18 años y la consecuencia jurídica las prerrogativas que se le conceden al sujeto como lo es, entre muchísimas otras, la capacidad para enajenar bienes inmuebles.

4.3. Normas jurídicas incompletas

La norma jurídica por lo general se presenta toda ella englobada dentro de un mismo pasaje (puede tratarse de un artículo, párrafo, disposición, etc.) de Derecho positivo, en este caso se habla de normas completas (ALBALADEJO, 2002). En otras ocasiones se presenta fraccionada en varios pasajes, de modo que es necesario relacionarlos para construir una norma, en este caso se denominan normas jurídicas incompletas, no autónomas o auxiliares (O'CALLAGHAN, 1993). Se pueden distinguir los siguientes supuestos:

- 1º Las que pretenden aclarar o desenvolver el mandato; así, las definiciones legales (como la de la propiedad, art. 348) y las normas explicativas (como la del art. 346 que explica las expresiones de cosa inmueble o mueble).
- 2º Las limitativas o restrictivas de otra norma, que concretan el alcance de esta.

Es el caso del artículo 671 que permite al testador encomendar a un tercero la distribución de ciertos bienes, tras imponer el artículo anterior, 670, que el testamento es un acto personalísimo.

- 3º Las de remisión o reenvío, que se limitan a decir cuál es el mandato aplicable al supuesto que se prevé.

Este es caso del artículo 620 cc que ordena que las donaciones *mortis causa* se rijan por las normas de la sucesión testamentaria.

4º Las ficciones legales: una norma establece que se entiende que existe un hecho, que no existe en la realidad, a fin de aplicarle determinada norma.

Por ejemplo, el artículo 29 considera nacido —a los efectos favorables— al *nasciturus*, que en realidad no ha nacido todavía.

5º Las normas que no contienen ni mandato ni prohibición completos y que por lo tanto por sí solos no sirven. Este el caso de numerosos artículos del cc como el art. 604, 618, etc.

4.4. Textos no normativos

Dentro de los cuerpos legales frecuentemente aparecen «textos no normativos» que son aquellos que no contienen, ni por sí solos ni en relación con otras disposiciones, ningún mandato ni prohibición de carácter general, de ahí que no sean normas jurídicas al no ser susceptibles de ser impuestos coactivamente (ALBALADEJO, 2002).

Este es el caso de: a) Las exposiciones de motivos o preámbulos que suelen acompañar a las leyes. b) Las divisiones de los cuerpos legales en libros, capítulos, títulos, etc., puesto que lo único que obliga es el contenido de los artículos.

4.5. Destinatarios de la norma y deber de conocerla

Las normas van destinadas a todos aquellos ciudadanos a quienes afecte (unos por tener que cumplirlas y otros por tener que aplicarlas y hacerlas cumplir). Sin embargo, el que las normas vayan destinadas a quienes afecten, no significa que se imponga a todos los posibles destinatarios el deber de tomar conocimiento de ellas. El imponer tal deber o establecer la presunción de que son todas conocidas, no sería justo, por tratarse de cosa prácticamente imposible.

Nuestro ordenamiento, a pesar del tenor literal del art. 6 del cc que establece que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», ni impone el deber de conocimiento ni establece excusa alguna, sino que establece que el Derecho obliga aunque no se le conozca, y que la sanción por incumplimiento se aplica también al que lo incumple por ignorancia. Esta es una cuestión de convivencia y de seguridad jurídica puesto que la organización jurídica, la sociedad, no puede depender de que los individuos conozcan las normas.

4.6. El ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas y principios que informan a estas que rigen en una comunidad concreta, es decir, se trata del derecho objetivo que rige en una determinada comunidad, país o nación. En España el ordenamiento jurídico está integrado por las normas de la Unión Europea y del Estado español, de las distintas Comunidades Autónomas y las de régimen local. El ordenamiento jurídico no solo está integrado por textos legales, sino también por la costumbre y principios generales del Derecho. No solo son normas jurídicas las que se derivan del poder legislativo (de la Unión Europea, del Estado o de la Comunidad Autónoma), sino también algunas de las procedentes del poder ejecutivo (central, autonómico o local) (O'CALLAGHAN, 1993).

La Constitución se refiere al ordenamiento jurídico en su artículo 1.1 y proclama los valores en los que debe inspirarse: «España se constituye en un Estado social democrático de Derecho, que pro-

pugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico». La expresión ordenamiento jurídico también la podemos encontrar en los arts. 9.1 y 147 de la Constitución y en el artículo 1, apartados 1º, 4º y 5º del Código Civil.

4.7. Las instituciones jurídicas

Las normas jurídicas regulan las distintas relaciones sociales, de ahí que se llamen relaciones jurídicas a todas las que son reguladas por aquellas (no son jurídicas aquellas relaciones sociales que quedan al margen del Derecho, como por ejemplo el deber de realizar regalos de boda a familiares y amigos). Cuando las normas jurídicas se agrupan con respecto a una determinada relación, aparece el concepto de *institución jurídica*, que es el conjunto de normas jurídicas que regulan un tipo de relación jurídica (por ejemplo, la compraventa, el matrimonio); la suma de instituciones jurídicas, forma el Derecho positivo y la suma de instituciones jurídicas civiles, el Derecho civil (O'CALLAGHAN, 1993).

5. CLASES DE NORMAS

5.1. Normas de Derecho público y de Derecho privado

El Derecho positivo se divide en una rama pública y otra privada que se pueden definir de la siguiente manera:

El *Derecho público* está integrado por el conjunto de normas que regulan la organización de la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones entre ellos y entre los particulares. Pertenecen al Derecho público: el Derecho penal, el fiscal o tributario, el constitucional, el procesal, el administrativo y el Derecho internacional público.

Las normas de Derecho público se caracterizan por: 1º) estar inspiradas en el interés de la comunidad; 2º) en el Derecho público las partes están en relación de desigualdad, por la superioridad de la Administración con respecto a los particulares; y 3º) son de derecho necesario o imperativo.

El *Derecho privado* es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y sus relaciones entre sí o con los entes públicos cuando actúan como particulares. Son normas de Derecho privado: el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado.

Así cuando la Administración realiza una expropiación (Derecho administrativo) de una finca estaríamos dentro del ámbito del Derecho público, pero cuando realiza una compraventa (Derecho civil) a un particular está actuando como un sujeto de derecho privado.

Las normas del Derecho del trabajo o laboral tienen carácter *mixto*, por una parte pertenecen al Derecho privado las que regulan las relaciones entre empresario y trabajadores y el resto son normas de Derecho público.

Las normas de Derecho privado se caracterizan por: 1º) estar inspiradas en el interés de la persona; 2º) existir igualdad entre las partes; y 3º) ser el reino de la autonomía privada.

5.2. Normas rígidas y elásticas

Esta clasificación se basa en la técnica de aplicación. Son normas rígidas o de Derecho estricto, aquellas en las que supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas tienen un contenido concreto e invariable (ALBALADEJO, 2002).

Ej. La mayoría de edad se alcanza siempre a los 18 años, independientemente del grado de madurez del individuo y con ella, su efecto la plena, capacidad de obrar.

Son normas elásticas o de Derecho equitativo aquellas en las que los efectos jurídicos son flexibles, no están determinados de forma concreta, sino solo indicados, mediante una serie de conceptos cuyo contenido en cada caso particular es variable dentro de ciertos márgenes.

Ej. La justa causa del art. 1.584 cc (entre otros) o la diligencia de un buen padre de familia del art. 1.903 final.

5.3. Normas imperativas y dispositivas

1) De Derecho imperativo, necesario o *ius cogens*: sus efectos o consecuencias jurídicas no pueden ser pactados por las partes. Ej. El art. 57 cc sobre juez competente para la celebración de matrimonio.

2) De Derecho dispositivo, supletorio o derecho voluntario: aquellas cuyos efectos pueden ser excluidos por acuerdo o pacto de las partes.

Ej. El art. 1.475 del cc, al referirse al saneamiento por evicción o el art. 97 cuando se refiere a la pensión por desequilibrio económico en los casos de separación o divorcio.

La regla general es que la gran mayoría de normas son de derecho imperativo y la excepción es su carácter dispositivo. Para saber si una norma pertenece a uno u otro grupo habrá que consultar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

5.4. Normas de Derecho permanente, temporal y transitorio

Esta clasificación atiende a la eficacia de la norma en relación con el tiempo.

1) De Derecho permanente. Son de duración ilimitada, a este grupo pertenecen casi la totalidad de las leyes.

2) De Derecho temporal. Son de duración limitada. Este es el caso de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, que tienen una duración anual, salvo que se prorroguen. La ley presupuestaria tiene efectos algunos civiles puesto que en ella se establece el valor del «interés legal» del dinero.

3) De Derecho transitorio. Determinan la legislación aplicable a una determinada relación jurídica sobre la que recaen sucesivamente una norma en vigor y otra que ha sido derogada por ella.

5.5. Normas de Derecho general o particular

En este caso se atiende a su eficacia con relación al territorio.

- 1) *De Derecho general o común.* Rigen en todo el territorio del Estado español que no sea constitutivo de región foral, y en aquellas rige con carácter supletorio (ALBALADEJO, 2002).

Es Derecho común el Derecho civil del Código.

- 2) *De Derecho particular o foral.* Estas normas, también llamadas de Derecho civil autonómico, solamente rigen en determinadas partes del territorio nacional. En realidad no existe un Derecho foral, sino tantos como regiones forales existen (ALBALADEJO, 2002).

En este sentido podemos hablar de Derecho foral o autonómico de Cataluña o Aragón, entre otros.

5.6. Normas de derecho común y especial

Por su relación al contenido de sus disposiciones las normas pueden ser:

- 1) De Derecho común: son aquellas que están destinadas a regular la realidad jurídica y social en todas sus facetas o aspectos, es decir, la vida social considerada en su totalidad. Ej. Derecho civil.
- 2) De Derecho especial: serán aquellas cuya finalidad es regular materias o relaciones determinadas y concretas (por ejemplo, la legislación hipotecaria, la legislación mercantil, etc.).

6. EL DERECHO CIVIL: CONCEPTO Y CONTENIDO

6.1. El Derecho civil, Derecho privado general

En la época del Derecho romano se inventó la expresión «Derecho civil» (*ius civile*), este era el Derecho del *cives*, del ciudadano romano, frente al derecho del extranjero (*ius gentium*) o de quienes carecían la ciudadanía romana (LACRUZ, 2004). En Roma el *ius civile* comprendía todo el sistema jurídico y por lo tanto normas de Derecho privado como de Derecho público, si bien estas últimas eran cuantitativamente escasas.

A partir de la recepción en la Edad Media del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, exclusivamente en su concepción de Derecho privado, es cuando viene a entenderse por Derecho civil, primero el Derecho privado romano, en contraposición a los Derechos de los diversos reinos existentes, y avanzada la edad moderna e incluso en el siglo XIX, el Derecho privado general de cada país, ya sea romano o autóctono.

Hoy en día todo el Derecho civil es Derecho privado, pero no todo el Derecho privado es civil, sino solo el Derecho privado general o común; este regula, pues, las materias privadas para las que no hay dictadas normas o disposiciones particulares constitutivas de otros derechos privados especiales. Actualmente deben considerarse Derechos privados especiales el Derecho mercantil y la parte no pública del Derecho del Trabajo.

6.2. Contenido del Derecho civil

Separadas del tronco central del Derecho privado, la rama mercantil y la privada del derecho laboral, el Derecho civil abarca el resto (privado general), compuesto por las siguientes materias: la personalidad (física y jurídica), la familia, el patrimonio y la sucesión hereditaria. Así pues podemos definir el Derecho civil como «el Derecho privado general que regula la personalidad y las relaciones más comunes de la convivencia humana».

El conjunto de normas o disposiciones que componen el Derecho civil requieren de un plan de ordenación sistemática dentro de los diferentes Códigos civiles. Los dos principales planes de ordenación son:

- 1) El plan de Gayo o Romano-Francés, que fue el adoptado por nuestro Código y que divide al derecho civil en tres partes: *personas, cosas y acciones*.
- 2) El plan de Savigny o alemán, que ha sido adoptado por las Facultades española de Derecho durante varios planes de estudio y divide al Derecho civil en dos partes: una general que incluye lo relativo a los *elementos comunes a todas las figuras jurídicas civiles* y, dentro de ella a la *persona* como sujeto de derecho, y otra parte especial, que a su vez se subdivide en cuatro: *derecho de cosas o derechos reales; derecho de obligaciones, derecho de familia y derecho de sucesiones*.

6.3. Significado del Derecho civil dentro del Derecho privado

Decíamos que el Derecho civil forma parte del Derecho privado, si bien no todo el Derecho privado es Derecho civil (ej. Derecho mercantil). El Derecho civil es la parte general del Derecho privado y el resto de los derechos que están incluidos en el Derecho privado son especiales. Entre el Derecho civil o común y los derechos especiales existe una relación; de modo que el Código Civil es lo que se ha podido llamar «nuestro primer cuerpo legal» y contiene por ello normas aplicables de manera general a todas las materias jurídicas sean públicas o privadas (DÍEZ-PICAZO, 2003). Por esta razón el Derecho civil del código puede ser considerado Derecho común, ya que son aplicables a cualquier materia o situaciones jurídicas las normas contenidas en el Título Preliminar que se refiere a «las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación».

Este carácter de Derecho común que el Código posee queda reflejado en el artículo 4.3, según el cual las disposiciones del mismo son supletorias de otras leyes. Se dice que un derecho es supletorio con respecto a otro, cuando se aplica cuando falta otra norma más específica que es la que debe regir por razón de la materia (BERCOVITZ, 2004).

Así para saber la edad necesaria mínima para concertar un contrato de arrendamiento de vivienda, tendríamos que aplicar, en primer lugar, la Ley de Arrendamientos Urbanos por ser la ley que debe regir por la materia, ante el silencio de esta ley aplicaremos supletoriamente el cc que establece en 18 años la edad para contratar.

El Código no solo es supletorio de los demás cuerpos legales que contienen normas de Derecho privado (Código de comercio, Ley Hipotecaria, etc.) sino que incluso puede ser supletorio respecto de los textos y cuerpos legales que contengan normas de derecho público (DE CASTRO, 1984).

Tema 2

El Derecho civil español

1. LA FORMACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

El Derecho civil español, como la mayoría de los ordenamientos, es un producto histórico. Está formado por la influencia de dos sistemas distintos: el Derecho romano y el Derecho germánico (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El Derecho romano penetró en la Península como consecuencia de la colonización romana. Influyó en el Derecho visigótico y rebrotó en la Edad Media con la recepción del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y bajo su influencia se redactó el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.

El Derecho germánico se asentó en España tras la invasión de los pueblos bárbaros, cristalizando sobre todo en el ordenamiento visigótico, dentro del cual destaca el llamado *Liber Iudiciorum* que durante la Edad Media fue traducido al castellano con el nombre de *Fuero Juzgo*. El Derecho germánico influyó en muchos de los fueros municipales que van apareciendo durante la Edad Media.

Un hecho jurídico-político de capital importancia, que ha influido en la posterior evolución del Derecho civil español, ha sido la fragmentación de la península en diversos reinos, cada uno de los cuales tenía su propio Derecho civil. Los Derechos civiles peninsulares fueron fundamentalmente: el Derecho castellano, el aragonés, el catalán, el balear, el valenciano y el navarro, existiendo particularidades en Galicia y en el señorío de Vizcaya.

2. LA CODIFICACIÓN CIVIL EN ESPAÑA: ETAPAS

2.1. Codificación y compilación

Una compilación o recopilación de leyes es simplemente una colección de disposiciones de diferentes procedencias y tiempos, que se reúnen y ordenan con criterios que pueden variar (por materias, cronológicamente, etc.), pero que conservan individualidad, sin llegar a formar un verdadero organismo, por lo que carecía de unidad interna. Por el contrario, un código es un conjunto de disposiciones, ordenadas sistemáticamente, que de modo completo y unitario regula una materia (ALBALADEJO, 2002). El Derecho civil español aparece recogido fundamentalmente en el Código Civil de 1889.

2.2. La codificación española

A finales del siglo XVIII se produce en toda Europa un movimiento codificador que habría de dar luz a los modernos códigos civiles, de todos ellos el que más ha influido tanto dentro como fuera de Europa ha sido el Código Civil (*Code*) de Napoleón de 1804. En España el primer intento codificador no consigue un Código sino una mera Recopilación, la Novísima Recopilación de 1805.

a) El Proyecto de Código Civil de 1851

El primer proyecto importante de Código Civil de nuestra historia de la codificación es el de 1851, su máximo artífice fue García Goyena.

Sus caracteres son: liberalismo decidido, progresismo moderado, criterio unificador a base del Derecho de Castilla (Derecho común con la consiguiente derogación de los derechos forales), y afrancesamiento notorio siguiendo al Código de Napoleón.

El Proyecto de 1851 no llegó a convertirse en Código, puesto que pretendía aplicar un mismo Derecho civil en toda España, acabando con los denominados Derechos forales. Esta pretensión unificadora fue la causa de su fracaso, por la fuerte oposición que generó entre los foralistas; con ello se paralizó la codificación y la actividad jurídica tomó otros rumbos, dedicándose los legisladores mientras tanto a redactar una serie de leyes especiales (en realidad leyes generales de aplicación en todo el territorio), entre otras la Ley Hipotecaria de 1861, Ley del Notariado de 1862, Ley de Aguas de 1866, etc.

b) El Proyecto de Ley de Bases de 1881

En 1881, como ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez, se presenta al Senado un Proyecto de Ley de Bases, sobre la que habría de redactarse el futuro Código (por la Comisión General de Códigos del Ministerio de Justicia), entendiéndose que los órganos parlamentarios podían establecer las bases o principios sobre los cuales había de redactarse el Código, pero que en cambio, la labor de redacción de este es una labor estrictamente técnica que debe ser obra de una comisión muy reducida y especializada. Este primer Proyecto de ley de Bases prevé un sistema de *apéndices* en los que se incluirían las instituciones forales que, por su arraigo, no pudieran ser suprimidas, si bien establece que las instituciones forales que sean factibles se incorporarían al Código «para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el reino».

Un segundo Proyecto de Ley de Bases, de 7 de enero de 1885, renuncia definitivamente a la idea de un *código* unitario, limitándose el Código Civil al Derecho castellano: el proyecto se convirtió en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (ahora de Francisco Silvela), que establece la *conservación de los Derechos forales*, salvo en algunas materias, como el título preliminar y el matrimonio (art. 5), los cuales se *recogerán en Apéndices del Código Civil* (art. 6). La idea anterior se plasmó en los antiguos artículos 12 y 13 del Código Civil. El único apéndice que llegó a promulgarse fue el de Aragón, por ley de 7 de diciembre de 1925, hoy derogado y sustituido por su Compilación.

En octubre de 1888 se publicó el Código Civil en la Gaceta de Madrid (actual BOE), y tras ser discutido en Cortes se produce una segunda edición del mismo, entrando en vigor el 27 de julio de 1889.

3. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

3.1. Estructura

En cuanto a sistemática, el Código sigue el plan clásico o romano o de Gayo –personas, cosas y acciones– pero incorporando la novedad de dividir en dos libros lo que en el Plan es el tercero, así pues el Código Civil español consta de cuatro libros, a los que precede un Título preliminar. Los libros, siguiendo el modelo del Código francés se dividen en títulos, los títulos en capítulos, los capítulos (a veces) en secciones y las secciones en artículos, siendo su número de 1.976.

El título preliminar trata de: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia». Los libros giran bajo los siguientes epígrafes, el libro primero «De las personas»; el segundo «De los bienes, de la

propiedad y de sus modificaciones», el tercero «De los diferentes modos de adquirir la propiedad» y el cuarto «De las obligaciones y contratos». El último artículo del Código Civil, el 1.976, contiene una «Disposición final o derogatoria» del Derecho anterior al Código. Luego aparecen unas «Disposiciones transitorias», relativas al paso de la legislación antigua a la nueva y, finaliza con tres «Disposiciones adicionales» que establecen y regulan la revisión del Código cada diez años.

3.2. Contenido

El Código regula las instituciones fundamentales que forman el Derecho civil, aunque ni todo lo que contiene es Derecho civil, ni todo el Derecho civil se contiene en él, puesto que hay materia civil regulada en las denominadas leyes especiales y por otra parte, en algunas ocasiones, trata materias que pertenecen a ramas jurídicas distintas al Derecho civil. El cc ha recibido influencias de nuestro Derecho histórico, del Proyecto de 1851, del Derecho común vigente en la época de la codificación, de las legislaciones forales, así como de la doctrina española y la extranjera sobre todo de la francesa.

3.3. Características

Las normas del Código Civil son de un liberalismo conservador y un individualismo templado. Reconocen el derecho de propiedad como un derecho básico y fundamental (art. 348) y también contemplan la libertad contractual o autonomía de la voluntad (art. 1.255) como principio básico, como herencia de la ideología liberal recibe la preocupación de mantener la libertad del comercio de la tierra, suprimiendo las vinculaciones que la impidan (vid. art. 785). Por el contrario, recoge el Código ninguna preocupación social, extraña a su época, siendo la regulación de los contratos de trabajo y arrendamientos de servicios muy escasa.

La disposición derogatoria o final contenida en el art. 1.976 deroga:

todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza ni vigor así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes.

Este era el caso, entre otros, del art. 332 que dejaba subsistente la Ley de Registro Civil de 1870.

Hay, pues una eficacia general derogatoria del Código Civil, que es plena y absoluta respecto del Derecho anterior (Partidas, Leyes de Toro, Recopilaciones, etc.). La derogación se refiere tanto al Derecho escrito como al Derecho consuetudinario, pues el artículo 1.976 menciona especialmente los «usos y costumbres». La eficacia general derogatoria del Código presenta, sin embargo, algunos límites, sin afectar a:

- 1º Los Derechos forales, cuya plena subsistencia se establecía en los primitivos artículos 12 y 13.
- 2º Los cuerpos legales que tenían por objeto materias distintas de las reguladas por el Código (v.gr. Ley de Enjuiciamiento Civil, Código de Comercio).
- 3º Las leyes especiales que el Código declara subsistentes (Ley Hipotecaria, del Registro Civil, etc.).

Aparte de la eficacia derogatoria expresamente establecida por el art. 1.976, el Código también posee la eficacia derogatoria normal de toda disposición o ley posterior, que deja sin efecto las normas anteriores que estén en contraposición o que sean incompatibles con las suyas (art. 2.2 cc).

4. EL CÓDIGO CIVIL EN EL MOMENTO ACTUAL

El Código ha sufrido varias modificaciones desde su entrada en vigor, si bien el procedimiento de revisión no ha sido el decenal establecido en sus «disposiciones adicionales» del mismo (LACRUZ, 2004). Las principales modificaciones han sido las siguientes:

- La adaptación del régimen del matrimonio al Concordato de 1953 con la Santa Sede.
- La Ley 7/1970, de 4 julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, sobre adopción. Que reformó los artículos 172 a 180 sobre adopción; pero casi todos ellos fueron nuevamente modificados por la Ley 11/1981.
- Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título preliminar del CC. Supuso la Reforma del Título Preliminar del CC, que enriqueció la teoría de las fuentes del Derecho, también afectó a la teoría de la aplicación, interpretación y eficacia de la norma y se ocupó del uso de la analogía, el fraude de ley, el abuso del Derecho, etc.
- La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Supuso la supresión de las licencias maritales y equiparación de los esposos en los aspectos personales y la posibilidad de modificar las capitulaciones matrimoniales después de la boda.
- La Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.
- Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad.
- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- La Ley 30/1981 de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Introduciendo entre otras novedades el divorcio, y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.
- La Ley 6/1984, de 31 de marzo, ha modificado determinados artículos del cc sobre la interdicción. La reforma afecta a los artículos 681, 853, 1.700 y 1.732 del CC de los que se suprime toda referencia a la pena de interdicción.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la LEC en materia de adopción. También afecta al acogimiento familiar.
- La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad
- La Ley 1/1991, de 7 de enero, de Modificación de los Códigos Civil y Penal, en materia de responsabilidad civil del profesorado.
- La Ley 30/1991 de Modificación del cc en materia de testamentos.
- La Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.
- Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.
- Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos,
- Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.
- Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción Asistida.
- Ley 49/2003, de 26 noviembre, de arrendamientos rústicos.

- Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio.
- Ley 54/2007 de adopción internacional.

5. LAS LEYES CIVILES ESPECIALES

Existe toda una serie de leyes civiles distintas y anteriores al Código que este declaró subsistentes; y otras que han ido apareciendo con posterioridad y modificando el Derecho civil positivo. Estas leyes en ocasiones, como sucede con los Arrendamientos urbanos no han modificado el texto del Código, si bien le desprovisto de toda la fuerza legal por mor del principio de especialidad.

Las principales leyes civiles especiales son:

- Decreto 8 febrero 1946 que aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria y Decreto 14 febrero 1947 que aprueba su Reglamento.
- Ley 8 de junio 1957 de Registro civil y su Reglamento de 1958.
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad Horizontal.
- Decreto núm. 4104/1964, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Ley 26/1991, de 21 noviembre de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Ley 2/1994, de 30 marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.
- Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
- Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 36/2002, de 8 de octubre, modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.
- Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 22/2003, Concursal.
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.
- Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.
- RD 417/2006, de 7 abril. Desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Ley 10/2006, de 28 abril. Modifica la Ley 43/2003, de 21 noviembre, de Montes.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida.

- Ley 23/2006, de 7 julio. Modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12-4-1996.
- Ley 26/2006, de 17 julio. Ley de mediación de seguros y reaseguros privados.
- Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.
- Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- RD 1301/2006, de 10 noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Ley 14/2007, de 3 julio, de investigación biomédica.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 3/2007, de 15 marzo. Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.
- Real Decreto 170/2007, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 noviembre 1958.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre. Ley de Consumidores y Usuarios de 2007.
- Ley 43/2007, de 13 diciembre. Ley de Protección de consumidores en contratación de bienes con restitución de precio.

6. LOS DERECHOS FORALES

6.1. Derecho común y Derecho foral

El Código no estableció el mismo ordenamiento jurídico civil para toda España, sino que junto a normas aplicables (al menos supletoriamente) a todo el país, dispuso el mantenimiento de otras particulares, para regir solo en ciertas regiones, constituyendo lo que se conoce como Derecho foral. El Derecho civil común es el único aplicable en todo el territorio nacional que no sea constitutivo de región foral y con carácter supletorio en las regiones aforadas o forales (ALBALADEJO, 2002).

El Derecho civil común está compuesto por el Código Civil, las leyes civiles especiales declaradas vigentes por el mismo y las también civiles que se han dictado con posterioridad, modificando a aquel o a estas o dando regulación legal a alguna figura que antes carecía de ella.

El Derecho foral se aplicará única y exclusivamente en las regiones forales, se trata de varios derechos civiles, uno para cada una de las regiones forales. El Derecho civil foral está constituido por las normas civiles que contienen o declaran vigentes las Compilaciones dictadas para cada una de las diversas regiones forales, y por la disposición especial del fuero del Baylío para cierta parte de Extremadura.

La existencia de diversos Derechos civiles (el común y los forales) se debe a que históricamente España se encontraba dividida en varios reinos, cada uno de ellos con su propio Derecho civil, sin que este se unificara cuando se produjo bajo los Reyes Católicos la unidad política de todo

el país. Subsistió no solamente la diversidad de derechos sino la autonomía legislativa de los antiguos reinos. Felipe V tras la Guerra de Sucesión abolió el Derecho civil en los Reinos que tomaron partido por su oponente el archiduque Carlos de Austria y así Valencia, Cataluña, Baleares y Aragón, quedaron sin su derecho especial, con el tiempo el derecho civil se restableció en las tres últimas regiones, si bien quedó petrificado o estático, puesto que se les privó la posibilidad de renovar su Derecho civil al suprimírseles sus órganos legislativos, únicamente quedó Navarra con capacidad legislativa hasta la última guerra carlista.

El término foral procede del Fuero, que eran los estatutos jurídicos que recogían en la Edad Media las costumbres de cada localidad, además de los privilegios otorgados por los reyes a las mismas, así como el conjunto de disposiciones que preservaban la nobleza, el clero y el vasallaje de una zona. Era un pacto solemne entre los pobladores y el rey, y también –por extensión– eran las leyes que regían determinada comarca o localidad. Era un Derecho muy dividido, en la que una ciudad concreta se regía por su derecho propio.

6.2. Del sistema de Apéndices a las Compilaciones Forales

Hoy en día subsiste la diversidad como consecuencia de la Ley de Bases de 1888 que ordenó que lo que debiese la conservarse del Derecho particular de cada región se recogiese pequeños códigos que recibieron el nombre de «Apéndices al Código». Este sistema fracasó y no llegaron a publicarse, pero tras el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946, pasaron a denominarse «Compilaciones», las cuales a diferencia de los Apéndices podían incluir instituciones forales no vigentes. En 1973 se terminó la última compilación, la de Navarra; tras la promulgación de la Constitución se reformó la mayoría de compilaciones para adecuarse al texto constitucional, posteriormente algunas de ellas incluso han sido sustituidas por otras leyes civiles, ahora llamadas autonómicas.

Las regiones, que han compilado su *Derecho foral o especial o particular*, son Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra, Galicia, parte de Vizcaya y Álava, la antigua tierra de Ayala (Álava) y una última compuesta por cierto sector de Extremadura (Alburquerque, Jerez de los Caballeros y algunos otros pueblos). En el resto de España rige el Derecho civil común.

6.3. El Derecho foral tras la constitución de 1978

La terminología de «foral» como propia de fueros es discutible, así como la de «especial», puesto que no es una norma especial, por lo que se va imponiendo el término puro y simple de Derecho civil. Así ha sucedido por ejemplo con el texto refundido de la compilación de Cataluña, de 1984 que se denomina «del Derecho civil de Cataluña», sin calificativo de foral o especial, y lo mismo ha sucedido con las leyes de reforma de las compilaciones de Baleares, Aragón y Galicia.

No obstante, en la mayoría de las antiguas regiones forales, tras la promulgación de la Constitución se han dictado numerosas leyes en materia civil que en muchos casos, como el de Cataluña han superado con creces el Derecho compilado.

6.3.1. El Derecho civil en el País Vasco

La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1959, ha sido sustituida por la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco de 1 de julio de 1992, que se limita a hacer la necesaria adaptación de ese Derecho a nuestros tiempos, eliminando algunos anacronismos que la Compilación de 1959 aún mantenía y restaurando instituciones muy arraigadas de las que prescindía. Consta de un Título Preliminar, dedicado a las fuentes del Derecho foral y tres libros referentes al Derecho aplicable en Vizcaya, Álava y Guipúzcoa. Tras la aprobación de la Constitución, el Parlamento vasco dictó la Ley 3/1992 que ha dispuesto un nuevo régimen denominado «Derecho civil foral del País Vasco». En el ámbito del derecho de familia se ha dictado la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho.

6.3.2. El Derecho civil en Cataluña

La Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña fue aprobada por la Ley de 21 de julio de 1960, luego modificada por la Ley 13/1984, de 20 marzo, dictada para adaptar la compilación a la Constitución española; posteriormente en cumplimiento de aquella ley se dicta el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, para adaptarlo a la CE.

La Compilación ha sido modificada por diversas Leyes aprobadas por el Parlamento Catalán: la Ley 6/1990, de 16 de Marzo, de los censos; la Ley 13/1990, de 9 de Julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad; Ley 7/1991, de 18 de junio, de asociaciones; la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña; la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia; la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, de de uso y habitación; la Ley 5/2001, de fundaciones; la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente; la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; la Ley 25/2001 de 31 de diciembre, de accesión y ocupación; Ley 19/2002, de 5 julio, de derechos reales de garantía.

Es de destacar la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera ley del Código Civil de Cataluña, en la que se establece la estructura del que pretende ser el futuro Código Civil de Cataluña, dividido en seis libros, referentes el primero a las disposiciones generales, el segundo a la persona y la familia, el tercero a la persona jurídica, el cuarto a las sucesiones, el quinto a los derechos reales y el sexto a las obligaciones y contratos.

La ley 2/2005, de 4 de abril de contratos de integración; la Ley 3/2005 de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela Posteriormente se ha dictado la ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que ha derogado la mayoría de leyes civiles catalanas que regulaban este ámbito, finalmente la Ley 17/2008, de 20 de febrero de contratos de cultivo.

6.3.3. El Derecho civil en Baleares

La Compilación de Derecho Civil de Baleares se aprobó por Ley de 19 de abril de 1961, modificada posteriormente por Ley 8/1990, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma de Baleares que dio lugar al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre que aprobó el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares. La Compilación incorporó a su texto tanto el Derecho autóctono balear como el Derecho romano, que se había venido aplicando consuetudinariamente en las islas. Su estructura es la siguiente: consta de 86 artículos, distribuidos en un Título Preliminar y tres Libros, uno por cada una de las tres principales islas, seguidos de tres Disposiciones Finales y dos Transitorias. En el ámbito de Derecho de familia se ha dictado la Ley 18/2001, de 19 diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares.

6.3.4. El Derecho civil en Galicia

El caso de Galicia es paradigmático, puesto que al formar parte de los Reinos de León y de Castilla, nunca tuvo autonomía legislativa. De modo que el único Derecho civil que tuvo fue consuetudinario y en su mayor parte *contra legem* por ir contra el Derecho de Castilla. Sin embargo, desde muy pronto se incluyó a Galicia como región foral, e incluso tuvo un proyecto de Apéndice al Código Civil que no llegó a ser aprobado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La Compilación de Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963; fue sustituida por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, denominada «Derecho Civil de Galicia». Esta ley a su vez ha sido derogada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de «normas reguladoras de Derecho civil de Galicia», en cuya disposición adicional tercera se regulaban las parejas de hecho, si bien esta disposición ha sido modificada por la Ley 10/2007.

La Ley 3/1993, de 16 de abril, reguló las aparcerías y los arrendamientos rústicos.

6.3.5. El Derecho civil en Aragón

La Compilación de Aragón se aprobó por la Ley de 8 de abril de 1967, que ha sido modificada por la Ley de 21 de mayo de 1985, para adaptarla a la Constitución (que la denomina Compilación de Derecho Civil de Aragón), y por la Ley 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos; la Ley 1/1999, de 12 de febrero, de sucesiones por causa de muerte que deroga el Libro II de la Compilación relativo al «Derecho de sucesión por causa de muerte»; y por la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad; la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, Derecho de la Persona de ha derogado en su totalidad el Libro I de la Compilación. Las parejas de hecho han sido reguladas por la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de la presidencia de la diputación general de Aragón, relativa a parejas estables no casadas, modificada a su vez por la Ley 2/2004.

6.3.6. El Derecho civil en Navarra

Compilación de Navarra. Con la promulgación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra por Ley 1/1973 de 1 de marzo, culminó la recopilación de los Derechos Forales de España. La Ley foral 5/1987, de 1 de abril, modificó la Compilación de 1973 con el fin de adaptarla a los principios constitucionales y a la realidad social de Navarra (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La

Compilación, también llamada «Fuero Nuevo de Navarra», consta de quinientas noventa y seis «leyes», denominación que se da a sus preceptos por fidelidad a la tradición legislativa de Navarra, divididos en un Libro Preliminar, seguido de otros tres que llevan la denominación de Primero, Segundo y Tercero, para terminar con cinco Disposiciones Transitorias. Se presentó la Compilación como un fiel reflejo del Derecho Civil realmente vigente en Navarra, por haberse prescindido de las instituciones caídas en desuso y haberse incorporado, en cambio, otras consuetudinarias y prácticas que ofrecen soluciones jurídicas de gran actualidad. En el ámbito del Derecho de familia ha sido dictada la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

7. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO

7.1. El Derecho civil foral valenciano

El Reino de Valencia se creó en siglo XIII; el primer ordenamiento propiamente valenciano fue la *Costum o Fur*, promulgada en 1240 por Jaime I, primero como derecho municipal de la capital, y desde el año 1261, tras tener lugar las primeras Cortes Valencianas como Derecho general del reino, completado por disposiciones posteriores.

Els Furs provienen en parte importante del Derecho común (romano-canónico), conteniendo también privilegios anteriores concedidos por el monarca y textos copiados (o inspirados en) las *Consuetudines Ilerdenses*, los Fueros de Aragón, y acaso los *Usatges* catalanes y el *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo. Este Derecho valenciano, así configurado fue la base del Derecho territorial, desarrollado por la legislación real y de *Les Corts*.

Las fuentes de Derecho valenciano fueron *Els Furs*, de aplicación a todos los ciudadanos y *Les Actes de Corts*, que solo obligaban a los representantes de les Corts, como derecho supletorio se aplicó la *naturalem rationem et aequitatem* equivalente al Derecho común.

Tras la Guerra de Sucesión, Felipe V dicta los Decretos de Nueva Planta, el de 29 de junio de 1709, abolió los Fueros de Valencia y Aragón, y se gobernaron ambos reinos a partir de entonces «según el estilo y las leyes de Castilla». Si bien tras el fin de la guerra se restablecieron todas las legislaciones civiles derogadas por los sucesivos Decretos de Nueva Planta, de Cataluña, Aragón y Baleares, no aconteció igual con el Derecho valenciano. Los intentos de conseguir la reposición de los Fueros, llegando incluso a percibir una promesa verbal del monarca no llegaron a fructificar.

7.2. La Constitución y el Estatuto de Autonomía

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 1982, en su art. 31.2, confería a la Generalidad competencia exclusiva en materia de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano». Tras la reforma del Estatuto a través de la 10/2006, el actual art. 49.1.2 ha establecido que la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre la: «Conservación, desarrollo y modificación del Derecho Foral y Valenciano». Asimismo en el art. 49.1.3. se reconoce competencia exclusiva para dictar: «Normas procesales y de procedimiento administrativo derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano o de las especialidades de la organización de la Generalitat».

La competencia exclusiva de la Generalitat Valenciana, en materia de Derecho civil parece chocar con el del art. 149.1.8 de la Constitución, referido a la exclusividad del Estado en determinadas materias, en el que se establece la posibilidad de «la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan». Así pues se planteó el problema de la existencia de Derecho civil valenciano a pesar de la falta de una Compilación valenciana. Si bien cierto que en la comunidad Valenciana no existía Compilación de Derecho civil, por otra parte también lo es el que se había conservado desde la Edad media, a pesar de la derogación de los Fueros, una serie de instituciones específicas del Derecho Valenciano originadas en la época foral: (costumbres en materia de Arrendamientos Rústicos).

En el ejercicio de la competencia que el Estatuto le atribuye, la Generalitat Valenciana, dictó la Ley 6/1985 de 15 de diciembre sobre Arrendamientos Históricos Valencianos. Contra varios de los artículos de esta Ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por la Sentencia de 28 septiembre de 1992 que vino a decir:

- a) Que la referencia del art. 149 de la CE no se refiere solo a los derechos civiles que habían sido objeto de compilación a la entrada en vigor de la Constitución.
- b) Que la Generalitat Valenciana tiene competencia para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial.
- c) Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de derecho legislado de aplicación preferente, en su propio ámbito respecto del Derecho civil común (art. 149.3 CE y arts. 13 a 16 CC). Otras manifestaciones legislativas de la Generalitat Valenciana en el ámbito civil han sido la Ley 1/2001 sobre uniones de hecho y la Ley 8/2003, de 24 marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

La cuestión, sobre la existencia del Derecho civil valenciano, no es pacífica y ha vuelto a ponerse en entredicho con la publicación de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial Valenciano, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

8. DIVERSO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL: EL DERECHO COMÚN Y EL DERECHO FORAL

El art. 13 del Código Civil regula el ámbito de aplicación de los diferentes regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional y establece que:

1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinen los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del Libro I [Del matrimonio], con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general directa en toda España.
2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas, según sus normas especiales.

Este artículo, que fue modificado por la reforma del Título Preliminar de 1974, contiene tres reglas:

- a) Las disposiciones del Título Preliminar que hay que aplicar directamente a todo el territorio nacional (incluidos los territorios forales) son las que «determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación».
- b) Las normas del Capítulo IV del Libro I, que se refieren a la celebración del matrimonio y sus requisitos, a los efectos personales de la relación matrimonial entre los cónyuges y sobre nulidad y disolución del matrimonio, serán también de aplicación general y directa en toda España, por el contrario no lo serán las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales que además tras la reforma del Código de 1981 pasaron a tener otra ubicación en el Código (Libro IV, Título III).
- c) Se aplicará el Derecho especial o foral, quedando el Código Civil como un derecho supletorio de segundo grado en todas aquellas materias que no han sido mencionadas en el párrafo primero.

9. EL PLANTEAMIENTO DE LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO CIVIL

Cuando se publicó el Código Civil en 1889, el antiguo artículo 12 establecía la supletoriedad del mismo con respecto de los Derechos forales, en defecto de los derechos supletorios que lo fueran en cada uno de ellos según sus leyes especiales (forales). Significaba ello que el Código Civil era un derecho supletorio de segundo grado, puesto que los Derechos forales conservaban, no solo su derecho propio, sino también el que venía siendo en ellos Derecho supletorio (p. ej. Derecho romano, Derecho canónico, etc.).

El asunto empezó a cambiar con la publicación de las Compilaciones, si bien en las primeras se estableció la sustitución del Derecho (foral) anterior por las Compilaciones y la supletoriedad de estas respecto del Derecho civil; en las segundas (Navarra y Aragón) se estableció su propio sistema de fuentes, señalando la supletoriedad del cc tras estas fuentes. (Ej. En Aragón se aplicaría el cc después de la Compilación, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho Aragonés.) Tras las últimas Compilaciones se produjo la reforma del Título Preliminar.

10. LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE COMPETENCIA DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA CIVIL

La Constitución es norma superior tanto con respecto a las Compilaciones forales, como de las restantes leyes, y tiene también respecto de aquellas el mismo efecto derogatorio directo en relación al Código Civil. Aunque el art. 13 del Código Civil no ha sido formalmente derogado, ha quedado superado por la promulgación de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la legislación de las Comunidades Autónomas posterior a los Estatutos de Autonomía. Según el art. 149.1.8 de la CE:

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8ª. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación o eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los Registros e instrumentos públicos, base de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.

Así pues, las Comunidades Autónomas podrán legislar sobre su Derecho foral «allí donde exista», lo cual, según Díez-Picazo y Gullón, significa que donde no hubiese derecho foral en el momento de la promulgación de la Constitución, no habrá competencia legislativa de la Comunidad Autónoma, aunque esta teoría no es compartida por toda la doctrina. Provisionalmente podemos considerar como territorios forales, a efectos de esta competencia legislativa, a los seis dotados de Compilación.

Nota común a todos ellos es la reserva, en los correspondiente Estatutos de la competencia legislativa sobre Derecho privado propio en favor del correspondiente órgano legislativo autonómico.

Las normas civiles emanadas de cada Comunidad son leyes de valor y eficacia idénticos al de las normas estatales, con posibilidad de derogar estas en el ámbito de competencia señalado por el respectivo Estatuto de Autonomía, y ante todo derogar las Compilaciones actualmente vigentes, pero también el Código Civil o cualquier otra ley estatal, mientras la Comunidad legisle en el marco de sus atribuciones.

LECTURAS RECOMENDADAS

AAV: *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, Tirant lo Blanch, 1996.

BLASCO GASCÓ, F.: «La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 18/2006 y «Despropósitos de la proposición de Ley de régimen económico matrimonial valenciano», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 19/2006.

GARCIA I SANZ, A.: *Institucions de Dret Civil Valencià*, Universitat Jaume I, 1996.

Tema 3

Fuentes del ordenamiento jurídico español

1. CONCEPTO DE «FUENTE DEL DERECHO»

1.1. La expresión «fuentes» en sentido amplio

La palabra «fuente» se utiliza en el lenguaje jurídico en sentido metafórico, puesto que en el lenguaje usual se entiende por fuente el lugar de donde sale o mana agua. En un sentido traslaticio, designa lo que es principio o fundamento de algo, la raíz de lo jurídico, lo mismo que la fuente natural es el punto de surgimiento del agua (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1991).

La moderna doctrina atribuye un doble sentido a la expresión de «fuentes del Derecho», distinguiendo entre:

1.1.1. Fuentes materiales

En este sentido se refieren al origen de las normas jurídicas, lo que equivale a determinar quiénes son los órganos o grupos sociales con potestad para crear las normas jurídicas, el Derecho. Las llamadas fuentes materiales responden a la pregunta «¿Quién establece el Derecho?». Así pues en España, son fuentes materiales las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las CCAA, el Gobierno de la Nación, los Gobiernos autonómicos y municipales o locales y los grupos sociales.

1.1.2. Fuentes formales

Desde este punto de vista fuente se refiere a la forma de expresión o de exteriorización en que la norma jurídica se manifiesta. Es la forma externa de manifestarse el Derecho positivo. Las denominadas llamadas fuentes formales responden a la pregunta «¿Cómo (en qué forma) se establece el derecho?». Las fuentes formales según el art. 1º del Código Civil son: la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Ambas clases de fuentes están interrelacionadas, y así a una determinada fuente de producción (material) suele corresponderle una determinada forma de exteriorización de la misma. Así el Parlamento produce Derecho en forma de leyes y el Gobierno en forma de decretos.

Tras la publicación de la CE y la incorporación de España a la ahora denominada Unión Europea el sistema de fuentes formales queda así:

- 1º La Constitución de 1978.
- 2º Los Tratados Internacionales.
- 3º El Derecho comunitario europeo.
- 4º La Ley.
- 5º La Costumbre.
- 6º Los Principios Generales del Derecho.

1.2. Fuentes de creación y fuentes de interpretación del Derecho objetivo

La doctrina suele dividir las fuentes formales en, fuentes directas y fuentes indirectas:

- a) Directas, primarias o de creación: son las que pueden producir normas jurídicas con absoluta independencia y por su propia potestad. Son la ley, que emana del poder legislativo y

la costumbre que aparece como creación espontánea del sentimiento y comportamiento populares y los principios generales del derecho.

- b) Indirectas, secundarias o de interpretación: se consideran de interpretación, porque aclaran o completan a las anteriores, y son: la jurisprudencia y la doctrina, algunos autores también incluyen entre las mismas a la analogía y a la equidad.

2. EL SISTEMA DE FUENTES FORMALES DEL CÓDIGO

2.1. Sistema de fuentes y principios que lo regulan

El artículo 1.1 cc establece que: «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; en el apartado 5º también se menciona como fuente a los Tratados Internacionales. Otras fuentes, no mencionadas por el art. 1º del cc, porque no existían cuando este se modificó en 1974, son la Constitución Española (CE) y el Derecho comunitario europeo.

El art. 1 cc enumera las fuentes formales directas y cómo estas son creadas por el Estado o por el pueblo, indirectamente se está reconociendo la existencia de estas dos fuentes materiales. Así, pues, el artículo 1º.1 hace una enumeración exhaustiva de las fuentes del Derecho, es decir, que no habrá más fuentes que las enumeradas en este artículo, por lo tanto las llamadas fuentes indirectas como la jurisprudencia y la doctrina, no tendrán ningún valor de fuente para el legislador.

Este sistema de fuentes, a pesar de la literalidad del art. 1º.1: «fuentes del ordenamiento jurídico español» solo es aplicable al sector del ordenamiento jurídico civil, puesto que en otros sectores del ordenamiento jurídico, como sucede en el Derecho penal, no se admiten como fuente ni la costumbre ni los principios generales del Derecho.

2.2. El principio de jerarquía de las fuentes

En el art. 1º aparecen formulados varios principios.

Al coexistir diferentes fuentes formales del Derecho se hace preciso establecer su jerarquía normativa, es decir, su primacía y subordinación respectivas, de acuerdo con su rango, que determina su eficacia (O'CALLAGHAN, 1993).

La jerarquía normativa se deduce de los siguientes preceptos (O'CALLAGHAN, 1993):

- a) Del artículo 9.1 y 3 de la CE, al ordenar que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que «la Constitución garantiza la jerarquía normativa».
- b) Del art. 1º cc, en el que el principio de jerarquía o de prelación de las fuentes aparece recogido en los siguientes términos:

- «2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior».
- «3. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable...».
- «4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre...».

- c) Del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 ordena que: «los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

El principio de jerarquía se aplica en un doble sentido.

- a) sentido propio, entre las reglas de distinto origen (ej. ley-costumbre), lo que supone que las *normas de rango superior* siempre prevalecerán sobre las *inferiores*; de donde se deduce que será nula y no podrá ser aplicada aquella norma que discrepe de una superior. Si bien esta afirmación debe de hacerse en un sentido relativo, pues aun cuando los principios generales del Derecho se aplican en defecto de ley y de costumbre, también se les reconoce un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.
- b) sentido impropio, entre *fuentes del mismo rango*, prevalece la ley posterior sobre la anterior (*lex posterior ad priora trahi nequitur*) y la norma especial sobre la general (*lex specialis derogat leges generales*) (O'CALLAGHAN, 1993). Así la Ley de Arrendamientos Urbanos se aplica con carácter preferente al cc por razón de su especialidad.

Hay que tener en cuenta que dentro de la expresión *ley*, tenemos un amplio abanico de normas que también guardan una jerarquía entre ellas. (Ej. Las leyes se encuentran subordinadas a la CE y a su vez los reglamentos a las leyes.) De esta forma con respecto a las leyes que sean contrarias a la Constitución, según se desprende del art. 34 LOTC, deberán ser declaradas inconstitucionales y nulas. Los reglamentos contrarios a las leyes también deberán ser declarados nulos.

2.3. Principio de legalidad o de supremacía de la Ley

El art. 1 cc, apartados 3 y 4, establece la supremacía de la Ley respecto de las otras fuentes (costumbre y principios generales). Esto no siempre fue así puesto que en la Edad Media era habitual la supremacía de la costumbre sobre la Ley y hoy en día en la Compilación de Navarra se admite la superioridad de la costumbre frente a la ley dispositiva.

En este sentido, la ley comprende también la Constitución, como ley suprema o ley de leyes, los tratados que se integran en el ordenamiento (art. 1.5 del Código Civil) y los reglamentos de la Unión Europea, que son leyes comunitarias (O'CALLAGHAN, 1993). El principio de legalidad también aparece recogido en el art. 9.3 de la CE: «La constitución garantiza el principio de legalidad, el principio de jerarquía normativa [...]».

2.4. Principio de sujeción de jueces y tribunales a las normas reconocidas

Este principio aparece formulado en el apartado 7º, del art. 1º: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido». Este precepto se completa con lo establecido en el art. 120.3 de la CE, que ordena que las sentencias que se dicten sean «siempre motivadas», es decir, fundadas precisamente en el sistema de fuentes. Si los jueces o tribunales infringieran el dictado del art. 1º.7, estarían violando el Derecho fundamental de las personas establecido en el art. 24 de la CE de una tutela judicial efectiva, que según la doctrina del Tribunal Constitucional es el derecho obtener una resolución o Sentencia jurídicamente fundada. Un fallo que vulnerase el sistema de fuentes establecido, (p. ej. por aplicar una fuente no reconocida en nuestro ordenamiento) sería un fallo arbitrario, no jurídicamente motivado y, por tanto vulnera tal derecho.

El sentido normativo del 1.7 cc ha de entenderse también en la desautorización de aquellas posibles y eventuales normas o fuentes de normas, que en tal precepto no aparecen mencionadas, a las que no podrá reconocerse el carácter de fuentes del derecho y respecto de las cuales no existe el deber de inexcusable de los jueces y tribunales de resolver atendiéndose a ellas, salvo cuando fueren fuentes indirectas, a las que recurriesen otras fuentes.

Así pues no sería válida una sentencia que se fundamentase en precedente judicial, que consiste en dictar sentencia sobre la base de un supuesto antiguo Derecho consuetudinario como sucede en el área jurídica anglo-americana que es antilegalista.

2.5. Principio de competencia

En el territorio español coexisten tres tipos de fuentes que comparten su eficacia bajo el principio de la competencia. Son las del *Derecho comunitario*, que proceden del poder legislativo de la Unión Europea; del *Derecho estatal*, que nace del poder legislativo (Congreso y Senado) del Estado español, y del *Derecho autonómico*, cuyo origen se halla en el poder legislativo de cada Comunidad Autónoma (O'CALLAGHAN, 1993).

Entre estas fuentes rige el principio de competencia. Las del Derecho comunitario se aplican a materias propias del mismo, que son esencialmente de Derecho mercantil y económicas o de Derecho administrativo. También de Derecho civil en materias que son comunes a toda la Comunidad económica (como la responsabilidad por productos, etc.). Sin embargo, si alguna norma comunitaria contradice la estatal española o de una Comunidad Autónoma, se aplicará el principio de jerarquía y prevalece aquella, y queda derogada esta.

Las fuentes de Derecho estatal se aplican a todo el territorio nacional. Tal como dice el artículo 149.1.8 de la Constitución, el «Estado tiene competencia exclusiva (es decir, las fuentes formales de Derecho estatal) sobre la legislación civil». Por tanto, en principio, las fuentes de Derecho estatal tienen la competencia sobre el Derecho civil (O'CALLAGHAN, 1993). Pero se ha dicho que la tienen «en principio», puesto que la misma norma constitucional atribuye a las fuentes formales del Derecho autonómico la competencia para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio allí donde exista, salvo concretas excepciones. Al estudiar el Derecho foral se ha visto qué debe entenderse por conservación, modificación y desarrollo de su Derecho y las excepciones que prevé la Constitución. Por tanto, en las materias de este Derecho civil propio –foral o especial– el principio de competencia las atribuye a las fuentes propias del Derecho autonómico (O'CALLAGHAN, 1993).

3. LA LEY

3.1. Introducción

En un *sentido jurídico amplio*, la Ley es cualquier norma positiva o extrapositiva, bien sea escrita o bien oral [consuetudinaria]. En *sentido estricto*, la Ley será la norma general que nace de la potestad del Estado y que constituye una regla de Derecho objetivo o que es una norma jurídica de carácter general, establecida por el Estado a través de sus órganos; ya sean las Cortes Generales para toda la nación o las Asambleas Legislativas para las Comunidades Autónomas que dispongan de ellas.

El rasgo fundamental de la Ley es su carácter escrito que se desprende de esta acepción restringida, por lo que quedará excluidas de su ámbito las normas no escritas como las costumbres.

Acotando más el concepto de Ley, será la norma general, emanada del Estado o de las Comunidades Autónomas, con carácter escrito que reúna unos requisitos que se desprenden de su origen, elaboración y rango.

3.2. Requisitos de la Ley

3.2.1. Requisitos internos de la Ley

- 1º Generalidad. La Ley se dirige a un conjunto en abstracto de sujetos y de situaciones, lo cual la distingue de las disposiciones de carácter singular.
- 2º Obligatoriedad. Las leyes están constituidas por un mandato (dirigido a un supuesto de hecho determinado) y una sanción (consecuencia jurídica) que se establece para el caso de incumplimiento del mandato.
- 3º Racionalidad. El mandato de la Ley ha de ser un mandato justo, en clara armonía con el Derecho natural.

3.2.2. Requisitos externos de la Ley

- a) Legalidad. Desde este punto de vista la Ley ha de ser establecida con los procedimientos y garantías que son exigidos por el Ordenamiento jurídico.

El art. 87 CE establece a quien corresponde la iniciativa legislativa al decir que:

1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.
2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.
3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

Tras ser aprobados por el Congreso, los proyectos y proposición de Ley se remitirán al Senado de acuerdo con lo establecido en los arts. 88 a 90 CE:

Artículo 88: Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

Artículo 89: 1. La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos regulados por el artículo 87.

2. Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en este como tal proposición.

Artículo 90: 1. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de este.

2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso rectifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.

3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá a de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.

Tras ser aprobadas las leyes por las Cortes Generales, el Rey las sancionará en el plazo de quince días, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación (art. 91 CE).

El principio de legalidad aparece reconocido en el art. 9. 3 CE:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La promulgación es el acto solemne de atestiguar la existencia de la ley y de ordenar a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir.

La publicación es el acto solemne de la notificación de la ley a los ciudadanos.

b) El requisito de publicidad, la *seguridad jurídica* exige que la Ley pueda ser conocida por todos; el art. 91 CE contiene el mandato de su publicidad y el art. 2º.1 del CC establece el mecanismo para su entrada en vigor: «2.1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su entera publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone de otra cosa».

El periodo de tiempo que media entre la publicación de la ley y su entrada en vigor se conoce como *vacatio legis*. La consecuencia directa de la publicidad es el carácter escrito de la ley.

3.3. La vigencia de las leyes en el tiempo: la derogación y la retroactividad

3.3.1. La derogación

Derogar es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior. En ese sentido el art. 2.2 CC establece que: «Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación solo tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la nueva ley, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobra vigencia la que esta hubiera derogado».

En este precepto se recogen dos tipos de derogación: la derogación será *expresa* cuando explícitamente se extinga la vigencia de la ley anterior, y *tácita* cuando de una nueva regulación incompatible con la ley anterior. La derogación, bien sea tácita o expresa, puede ser *total* cuando derogue totalmente la ley anterior o *parcial* cuando la derogue en parte.

Un ejemplo de derogación expresa lo constituye el art. 1.976 CC y uno de derogación tácita la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que parece derogar el art. 1.591 CC si bien no lo dice expresamente.

3.3.2. La retroactividad de la Ley

Las leyes se promulgan para que produzcan efectos a partir de su entrada en vigor y hasta que termine su vigencia. Sin embargo, las relaciones constituidas bajo la vigencia de la ley anterior penetran en el ámbito de vigencia de la nueva ley (PUIG BRUTAU, 1977).

Estaremos ante una situación de retroactividad, cuando la ley nueva se aplica a los actos realizados bajo la vigencia de la legislación anterior; por el contrario, la irretroactividad se da cuando la ley nueva carece de aplicación respecto de los actos realizados durante la vigencia de la legislación derogada o en relación con sus consecuencias. El legislador cuando dicta una nueva ley, por lo general, suele resolver estas cuestiones en las denominadas Disposiciones Transitorias o de Derecho transitorio.

El art. 2º.3 del cc dispone que: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Lo anterior supone que la irretroactividad es la norma general. No obstante las disposiciones en cuyo texto se dispusiere su carácter retroactivo, tendrán que superar el filtro establecido por el art. 9º.3 de la CE que garantiza «la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...».

Ej. El Código Penal de 1995 derogó expresamente el CP de 1974, sin embargo en aquellos aspectos en que el Código derogado fuera más favorable para el reo, continuará siéndole de aplicación este.

3.4. Clases de leyes y orden jerárquico de las normas estatales

La Ley es la fuente formal más importante del Derecho moderno, de acuerdo con la CE puede adoptar varias modalidades.

En primer lugar, están las leyes orgánicas y las ordinarias. La primera modalidad es la relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y demás previstas en la Constitución (art. 81 de la Constitución). La ordinaria puede regular cualquier otra materia. También se diferencian por su procedimiento de elaboración: la Ley orgánica requieren la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2) mientras que para la ordinaria basta la mayoría simple.

En segundo lugar, nos encontramos con otra variante, que es la Ley de bases (art. 82 CE) que autoriza al Gobierno dictar, siguiendo tales bases, normas con rango de ley, llamadas Decretos Legislativos (art. 85 de la Constitución). Un ejemplo de tal fuente es el propio Código Civil, cuya Ley de Bases de 11 de marzo de 1888 autorizó al Gobierno (art. 1) a publicarlo, lo que hizo efectivamente por Decreto (legislativo) de 24 de julio de 1889. Idéntico procedimiento se utilizó para la reforma del Título Preliminar, por Ley de 17 de marzo de 1973 y redacción por Decreto (legislativo) de 31 de marzo de 1974.

En tercer lugar, está el Decreto-Ley, por el que el Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, dicta una norma con rango de ley, que inmediatamente debe ser ratificado por el Congreso, quien ostenta el poder legislativo. El contenido del DL no puede afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución ni al régimen de las Comunidades Autónomas (art. 85 de la Constitución, que se refiere también a otras materias, ajenas al Derecho civil).

Por último, aun no formando parte del concepto de ley, hay que mencionar a los Decretos, emanados del poder ejecutivo –Consejo de Ministros– y las Órdenes ministeriales o de las Comisiones delegadas, que integran la potestad reglamentaria de la Administración. A veces tienen especial importancia en el Derecho civil; por ejemplo, el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

En todo caso, no hay que olvidar que la Ley, como fuente del Derecho, también puede emanar del poder legislativo de las Comunidades Autónomas, tal como reconoce el artículo 149.1.8.º de la Constitución, para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, foral o especial. Las leyes se publican en su propio Boletín Oficial, a partir de cuyo momento tiene aplicación general y, posteriormente, se publican en el Boletín Oficial del Estado.

Según los arts. 81 a 92 de la CE existen los siguientes tipos de leyes; que se exponen según su orden jerárquico:

LEYES

- 1º Constitución
- 2º Leyes orgánicas.
Leyes ordinarias.
- 3º Decretos legislativos.
Decretos-leyes.

También tendrán la consideración de leyes las emanadas de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

No obstante la enumeración anterior, existen otras disposiciones administrativas de carácter general, que asimismo ordenadas jerárquicamente son:

- 4º Decretos.
- 5º Órdenes de comisiones delegadas.
- 6º Órdenes Ministeriales.
- 7º Disposiciones inferiores según la autoridad que las dicte.

4. LA COSTUMBRE

La costumbre es una fuente formal del derecho (forma de manifestarse el Derecho) que tiene su correlativa fuente material en los grupos sociales. Al conjunto de normas que surgen de la costumbre se les conoce como normas consuetudinarias. La costumbre a diferencia de la ley pertenece a la tradición oral.

4.1. Concepto de costumbre

Según Albaladejo (2002) la costumbre es «la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta que cuando cumple una serie de requisitos deviene norma jurídica». Para De Castro costumbre es «la norma creada e impuesta por el uso social»; se plantea la cuestión del porqué de la admisión de unas reglas que han nacido fuera de la organización del Estado, por la actuación

continuada o habitual de ciertos grupos sociales. La fuerza social del uso es fortísima: crea hábitos, modos regulares de comportarse, que hacen que la conducta habitual sea fácil, y que la insólita choque automáticamente con la resistencia general. El Derecho concede eficacia normativa, en ciertos casos, al mero suceder uniforme y continuado no por una preferencia o respeto a la rutina, sino para proteger a la legítima confianza que alrededor suyo se ha ido consolidando.

La STS de 18 abril de 1951 define la costumbre como «una norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizados con intención jurídica».

4.2. El valor de la costumbre en el Derecho español

Sus caracteres en nuestro Derecho son:

- 1º La costumbre es admitida como fuente jurídica independiente. La ley la reconoce y tiene eficacia sin que sea necesario que una disposición legal se remita expresamente a la costumbre.
- 2º La costumbre tiene valor subsidiario respecto a la ley; es decir, que solo será aplicable la costumbre en defecto de ley.
- 3º La costumbre es norma de significado secundario, habida cuenta de la supremacía de la ley y que está prohibida la costumbre que sea contraria a la ley; prueba de ello es que su conocimiento no se exige a los jueces y funcionarios tal como sucede con la ley *curia novit iura*.

4.3. Requisitos de la costumbre

Para que una costumbre sea válida debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Uso social: manifestado a través de la realización de una serie de actos externos, de manera uniforme e ininterrumpida a lo largo de los tiempos.
- b) *Opinio iuris seu necessitatis* o convicción social de que aquella manera de actuar lo es con la intención de regular jurídicamente un supuesto de hecho.
- c) Racionalidad: que la costumbre no sea contraria a la moral, al orden público o al Derecho (art. 1.3). Por orden público debemos entender estrictamente el orden público constitucional, no siendo admisible una ley que aún no siendo contraria a la ley viole cualquier principio constitucional.
- d) No ser contraria a la Ley. El art. 1.3 establece la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable.

4.4. Clases de costumbre

Según Albaladejo las costumbres pueden clasificarse:

- a) Por su difusión territorial, cabe que sea *general, regional o local* según se practique en todo territorio o nacional o en una región o localidad.
- b) Por la materia regulada, puede ser general o especial según que alcance a todo el ámbito de una determinada figura jurídica (ej. todos contratos de corretaje) o bien que solo alcance a determinados supuestos de la misma (ej. al corretaje de fincas rústicas).

c) Por su relación con la Ley. Según su relación con la Ley se dividen en:

Costumbre *extra o praeter legem*, costumbre fuera de la ley, que regula situaciones sobre las que la ley guarda silencio, es decir en situaciones de laguna legal.

Costumbre *contra legem*, es aquella que regula un punto en contradicción con lo que establece la Ley. El Código rechaza este tipo de costumbre, si bien la *compilación navarra* admite la costumbre contra ley dispositiva.

Costumbre *secundum o propter legem*, es aquella que tiene por objeto algo regulado por la ley, pero atribuye a esta regulación un sentido determinado o aplica la ley de determina forma.

4.5. Prueba de la costumbre

Si alguien en juicio quiere alegar a su favor una determinada costumbre, deberá de probar su existencia (art. 1.3 cc); ello constituye una excepción al principio que rige cuando se trata de una ley *iura novit curia* (los tribunales conocen la ley).

Nuestra doctrina y práctica forense (ante los tribunales) admite toda clase de pruebas admitidas en Derecho sobre la existencia de la costumbre.

Para que la alegación de una costumbre tenga éxito ante los tribunales se tendrá procederá del siguiente modo:

- a) Se alegará, junto a la existencia de la costumbre, la falta de ley aplicable al caso.
- b) Deberá demostrarse que la costumbre alegada tiene los requisitos necesarios para constituir Derecho.

4.6. Diferencia entre la costumbre y el uso

La diferenciación entre la costumbre y los usos está en que aquella supone la *opinio iuris*. El uso es un tipo de práctica de los negocios que tiene por materia la determinación del contenido de los negocios, y al que una disposición legislativa remite expresamente para que realice tal función. El uso para nacer ha de reunir todos los requisitos de la costumbre pero su conversión en regla jurídica es facilitada por la Ley; es similar a la costumbre, en cuanto la Ley le da el valor de tal al remitirse expresamente al mismo. El uso es un estadio preliminar para que una determinada conducta se convierta en costumbre.

El uso comercial supone la existencia de una conducta repetida y uniforme en el mundo del proceder de los negocios, que, sin ser interpretativa, el art. 1.3 del cc la considera costumbre (sts 16 noviembre 1994).

Los usos del comercio fueron la fuente de creación del Derecho mercantil histórico y hoy siguen teniendo un importante papel como fuente del mismo, en especial en el comercio internacional (arts 2.º del CDECO., y 9.2 Convenio de Viena sobre venta internacional de mercancías, (VICENT CHULIÁ, 1981-1982) Hoy se reconoce similitud entre uso del comercio y costumbre civil, porque en aquel -decían- bastaba la existencia de una práctica reiterada. Hoy doctrina y jurisprudencia los equiparan, por lo que han de reunir los mismos requisitos: 1) una práctica continuada, 2) la convicción social de su obligatoriedad, 3) no ser contrarios a las leyes, la moral y el orden

público, y 4) quien lo alega debe probar su existencia y contenido (art. 1.3 cc. y SSTs de 28 junio 1982 y 2 abril 1993), si bien el juez también puede informarse de oficio, ante las Cámaras de Comercio y otros organismos profesionales, y aplicar los usos del comercio notorios (ver STS de 27 abril 1945). Los usos del comercio, continúa VICENT CHULIÀ, tienen dos orígenes: a) la mayoría de ellos son de origen contractual, mediante la repetición de cláusulas que acaban convirtiéndose en «cláusulas de estilo» y luego se consideran obligatorias aunque no se pacten (ya son «usos normativos»); y b) otros son de origen extracontractual, y nacen con la consciente adecuación de la actividad empresarial a modelos de conducta sociales.

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Según Díez-Picazo, desde una orbita iuspositivista los PGD son las ideas motrices que han servido de criterios de inspiración a las leyes o normas concretas de ese derecho positivo y por otra parte son las normas generales que se obtienen mediante decantación de esas leyes.

5.1. Forma de manifestarse los PGD

Los PGD pueden aparecer de manera expresa en el texto de las leyes positivas (p. ej. el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra positivizado en el art. 1.255 cc, lo mismo sucede con el principio de libertad de forma de los contratos, art. 1.278 cc); lo más habitual es que aparezcan de forma implícita en el ordenamiento jurídico, sin que se encuentren recogidos en ningún artículo en concreto. (Ej. El principio que condena el enriquecimiento injusto no se encuentra formulado en ningún precepto en concreto del cc si bien la existencia de este principio planea por todo el código.)

5.2. Modos de aplicación de los PGD

Los principios generales se aplican de dos formas:

- a) Indirectamente, a través de la propia ley o costumbre que estamos aplicando, puesto que los PGD tiene un significado informador de la ley o de la costumbre.
- b) Directamente, cuando se aplica, como fuente subsidiaria del Derecho, tal como dice el artículo 1.4 cc, es decir a falta de ley o de costumbre aplicable, llenando las lagunas o vacíos legales.

Según Díez-Picazo, lo más característico de los PGD es que enuncian una consecuencia de deber sin ser ligarla específicamente a un supuesto de hecho concreto o ligándola a un supuesto de hecho concebido de forma muy general e indeterminado (p. ej., cuando se habla de comportarse de buena fe en la vida jurídica).

Al completar el Derecho legislado y consuetudinario, los principios generales del Derecho, contribuyen a la autointegración del ordenamiento jurídico civil, de forma que el conjunto formado por Ley-costumbre-principios generales del Derecho siempre contendrá algún tipo de norma para solucionar cualquier supuesto de hecho. Lo anterior, supone que si bien cabe el vacío legal por falta de Ley aplicable a un supuesto de hecho; sin embargo, no cabe hablar de vacío del Derecho o vacío legal referido al ordenamiento jurídico civil en su conjunto porque este constituye un todo sin fisuras en virtud del referido principio de autointegración.

5.3. Requisitos para su aplicación

La doctrina del TS viene exigiendo varios requisitos para que los PGD puedan ser aplicados:

- a) Vigencia, porque haya sido reconocida expresamente su existencia en algunas sentencias del Tribunal Supremo.
- b) Aplicabilidad al caso jurídico de que se trate.
- c) Que el principio no sea contrario con la Ley.
- d) Que el principio pueda considerarse como tal a la luz del Derecho romano o de la tradición jurídica española.

Ej. El principio que establece que lo que es vicioso o nulo desde un principio, no puede ser convalidado por el transcurso del tiempo. Podemos encontrarlo como máxima jurídica en el Digesto «*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*», Paulo, 8SAb.D.50.17.29; siendo elevado a la categoría de PGD por las SSTs de 17 Abril, 33; 25 Abril 1.951 y 18 mayo 1967.

5.4. Funciones de los principios generales del Derecho

Según Federico de Castro, los principios tienen una triple función, actuando:

- 1º Como fundamentadores del Ordenamiento, siendo en tal caso anteriores a las disposiciones legales, que de ellos recibirían su inspiración y su unidad y coherencia sistemática.
- 2º Como orientadores en la labor de interpretación de la Ley, aplicándose en tal función simultáneamente a la norma cuyo sentido vendrían a esclarecer.
- 3º Como supletorios de la Ley, aplicándose en defecto de Ley (o de costumbre) llenando las lagunas que en la misma se producen.

5.5. Las máximas jurídicas

Frecuentemente los principios generales del Derecho se formulan como máximas (también denominadas *apotegmas, regulae iuris, aforismos, o brocardos jurídicos*). Estas máximas consisten en fórmulas ideadas por la doctrina o jurisprudencia muy antiguas con el fin de condensar y dotar de plasticidad a las normas jurídicas que comúnmente se admitían. Estas reglas son frecuentemente utilizadas por el TS en sus sentencias para hacer patentes aquellos principios de los cuales son vehículo. Tal sucede con las máximas *pacta sunt servanda; res perit domino, periculum est emptoris*; «No es lícito enriquecerse torticeramente en daño de otro», etc.

No siempre las reglas jurídicas recogen un principio general, sino que, a veces con ellas se expresan ideas que son orientaciones en algún tema jurídico, bien simplificaciones de alguna doctrina; según Villar Palasí, son resúmenes didácticos de los que la ley establece.

Justiniano ha conservado una colección *Regulae iuris* en el Digesto (50, 17) *de diversis regulis iuris antiquis*. En nuestro Derecho antiguo, Las Partidas, a imitación del Digesto también contienen un capítulo dedicado a las reglas del Derecho.

6. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

6.1. Los Tratados Internacionales

El art. 96 de la Constitución Española establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». En parecidos términos se manifiesta el art. 1.5 del cc (modificado en el año 1974) «las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto que no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación íntegra en el BOE».

El Tratado, una vez concluido válidamente, ya tiene fuerza vinculante en las relaciones entre España y el Estado extranjero, pero para ser fuente inmediata en el Derecho interno además requiere su publicación en el BOE. El Tratado hasta que no es publicado se encuentra en una situación semejante a la de la Ley sancionada y promulgada y no publicada, es decir, que no obliga y no debe aplicarse por los tribunales.

Los Tratados internacionales tienen el mismo rango jerárquico que las leyes, pero tiene un sistema de derogación más complejo que el de una ley ordinaria, puesto que no se derogan por una ley posterior, ya que según el art. 89 de la CE «sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas de Derecho internacional».

6.2. El Derecho comunitario europeo

6.2.1. Primacía del Derecho comunitario sobre el nacional

De acuerdo con Díez-Picazo y Gullón, tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas hay que tener en cuenta que los tratados constitutivos de las Comunidades atribuyen a sus organismos algunas competencias derivadas de la Constitución, lo que conlleva a una modificación del sistema interno de fuentes del Derecho, puesto que hay toda una serie de normas y decisiones europeas de aplicación directa como los reglamentos de la Comunidad. El Derecho comunitario ostenta una primacía sobre el nacional, alcanzando la misma a los Tratados (Derecho originario) y las normas y actos adoptados para su aplicación (Derecho derivado). Las fuentes formales del Derecho español, tras la adhesión a la Comunidad Europea, han quedado alteradas y son las siguientes (O'CALLAGHAN, 1993):

- 1º La Constitución, que es la norma suprema del Ordenamiento jurídico; toda norma inferior que vaya contra ella, podrá dar lugar a un *recurso* o *cuestión de inconstitucionalidad*.
- 2º Los Tratados internacionales.
- 3º Los Reglamentos de la Unión Europea y las Directivas, siempre que tengan una norma directamente aplicable y que no haya sido dictada la norma adecuada de desarrollo por el poder legislativo español.
- 4º La Ley: Ley orgánica u ordinaria, Decreto legislativo o Decreto Ley, Ley estatal o de la Comunidad Autónoma, todas en su propia competencia.
- 5º La costumbre.
- 6º Los principios generales del derecho.

6.2.2. Contenido del Derecho comunitario

El Derecho comunitario europeo está integrado por:

- a) El denominado *Derecho primario* integrado por los Tratados Constitutivos de la CEE y los posteriores que los completan o modifican.
 - b) El *Derecho derivado*, subordinado y derivado del anterior, está formado por las normas emanadas de las instituciones dotadas de poder legislativo de la Unión Europea, que son esencialmente el Consejo y la Comisión. Dentro del Derecho europeo derivado existen tres tipos de fuentes formales: Reglamentos, Decisiones y Directivas (O'CALLAGHAN, 1993).
- El *Reglamento* (que no debe confundirse con el concepto que tiene en España de ejercicio de la potestad reglamentaria por el poder ejecutivo, por Decreto u Orden) es la fuente formal del Derecho comunitario europeo más importante, y puede ser comparada a nuestra Ley. Es una norma emanada del poder legislativo de la Unión Europea, de alcance general, obligatorio y directamente aplicable en cada Estado miembro. Se publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* en cada uno de los idiomas de los Estados miembros. Basta con esta publicación para que sea directamente aplicable en cada uno de ellos, sin necesidad de publicarse en los diarios oficiales (como nuestro BOE) de cada Estado miembro.
 - La *Decisión* es obligatoria y de aplicación directa, como el Reglamento, pero no tiene alcance general, sino un *destinatario individual*, que puede ser uno o varios Estados miembros o una o varias personas físicas o jurídicas.
 - La *Directiva* impone a los Estados miembros la obligación de dictar una norma interna –según sus propias fuentes formales del Derecho– de acuerdo con tal Directiva. Si no lo hace, da lugar a la aplicación directa de la Directiva en el Estado que no ha cumplido aquella obligación. La directiva en principio no es de aplicación directa a diferencia del Reglamento y de la Decisión.
 - Otras disposiciones, como las *Recomendaciones* y los *Dictámenes*, no tienen fuerza vinculante y, por tanto, no pueden incluirse como fuentes del Derecho.

Por último, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sito en Luxemburgo) tiene el mismo valor que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero en el ámbito del Derecho comunitario. Su actuación no es por razón de recursos, sino, esencialmente, por reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones por un Estado miembro; planteamiento de la cuestión prejudicial por un Tribunal de Justicia de un Estado miembro sobre si es aplicable una norma comunitaria; control de la legalidad de las normas emanadas del poder legislativo (Consejo y Comisión); casos de violación del Tratado de Roma; indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual de la Comunidad (arts. 164 y ss. del Tratado de Roma) (O'CALLAGHAN, 1993).

No puede dejar de advertirse que, por ahora, el Derecho europeo tiene escasa incidencia en el Derecho civil, si bien podría ser el camino adecuado para llegar a un Código Civil europeo

7. LA JURISPRUDENCIA

7.1. Concepto

La palabra jurisprudencia es traducción de la palabra *iurisprudentia* que en la actualidad puede utilizarse en dos sentidos: como «ciencia del Derecho» y como «doctrina que resulta de las decisiones judiciales», este segundo sentido es el comúnmente se le atribuye a la jurisprudencia (PUIG BRUTAU, 1977).

7.2. La jurisprudencia como fuente del Derecho

Según el profesor Díez-Picazo, antes de la modificación del Título Preliminar del cc en 1974 se había producido en la doctrina jurídico-española una polémica sobre si la jurisprudencia era o no fuente del derecho. Los defensores de la tesis afirmativas argumentaron que las afirmaciones jurisprudenciales operan en el plano de la aplicación del derecho como verdaderas guías o directrices que sirven para resolver los conflictos, esto es en forma paralela o similar a como lo hacen las normas jurídicas. Las tesis negadoras de la configuración de la Jurisprudencia como fuente del Derecho, hicieron hincapié en la imposibilidad de que un órgano jurisdiccional, cree o produzca reglas (normas) de carácter general, puesto que desde un punto de vista constitucional esa no es la función del Poder Judicial. Por otra parte, se señalaba la falta de obligatoriedad, en el sentido jurídico de observar como mandatos los criterios extraídos o emanados de la jurisprudencia, tal obligatoriedad no existe ni para los ciudadanos, ni para los órganos jurisdiccionales ni para el propio ts que puede cambiar su jurisprudencia.

El nuevo Título Preliminar no incluyó a la Jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho, y así el actual art. 1.6 dice: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

7.3. Función de la jurisprudencia

La función que se le asigna es la de complemento o de integración del ordenamiento jurídico que no significa suplir las deficiencias de las otras fuentes, puesto que la ambigua expresión «complementará» a diferencia de la terminante expresión «completará», significa que el ordenamiento está ya completo sin la jurisprudencia; de este modo la doctrina jurisprudencial tiene tres tipos de funciones (HERNÁNDEZ GIL):

- a) Función de interpretación de las normas, estableciendo el alcance, la inteligencia o la significación de las expresiones ambiguas u oscuras.
- b) Función de interpretación integradora de las normas, cuando se introducen en ellas variantes, que sin, sin aparecer expresamente en ellas, son exigidas por su coherencia sistemática dentro del ordenamiento.
- c) Función de consagración de los principios jurídicos generales.; extrayéndolos del ordenamiento y una función de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por tales principios.

7.4. Requisitos para que exista jurisprudencia

La jurisprudencia está formada por las doctrinas o proposiciones jurídicas utilizadas para la resolución y decisión de casos concretos. De ahí que no sea posible considerar como jurisprudencia la totalidad de las sentencias, sino solo aquellas partes de las mismas, que constituyeron en cada caso la razón de fondo para adoptar una determinada decisión (*ratio decidendi*). No constituyen por consiguiente jurisprudencia las afirmaciones incidentales o las hechas a mayor abundamiento (*obiter dicta*).

Para que exista jurisprudencia se exigen al menos dos fallos, del Tribunal Supremo en el mismo sentido. El TS no se encuentra vinculado por su propia jurisprudencia y puede variarla, pero las nuevas líneas jurisprudenciales se encontrarán asentadas cuando se vuelva a producir el requisito de la reiteración.

Los Tribunales inferiores sí que están obligados a seguir la doctrina establecida por el TS, si uno de estos Tribunales al dictar una sentencia, interpreta y aplica la ley en contra de la corriente doctrinal establecida por el TS, aquella sentencia podrá ser objeto de recurso de casación.

En materia de Derecho civil solo será jurisprudencia la emanada de la Sala 1ª o de lo Civil del TS. No tendrá la consideración de Jurisprudencia la emanada de los Tribunales Superiores de Justicia ni de cualquier otro tribunal inferior; no obstante, cierto sector doctrinal le llama «Jurisprudencia Menor».

El art. 1º.6 del CC no menciona la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) reconocida en la CE y en el art. 5º LOPJ. Las sentencias del TC vinculan a los poderes públicos en la medida en que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, pero la vinculación de los poderes públicos se produce también en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución, de la que el TC es el intérprete supremo, y en lo que se refiere, asimismo, a la interpretación conforme a la CE de las leyes enjuiciadas.

7.5. El recurso de casación

El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley (art. 477 LEC) o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales (recurso extraordinario por infracción procesal art. 468 y ss. LEC). Su fallo le corresponde a un Tribunal Superior de Justicia, en las CCAA con derecho autonómico civil o al Tribunal Supremo.

El origen de este mecanismo se puede encontrar en el Derecho francés. La palabra «casar» proviene del latín *casare*, que significa abrogar o derogar. Por su parte, «casación» proviene del término francés *cassation*, derivado a su vez de *casser*, que se traduce como anular, romper o quebrantar.

El art. 447 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil contempla el recurso de casación así como las resoluciones recurribles en casación, al establecer que:

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.
2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconozca el artículo 24 de la Constitución

2º Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas.

3º Cuando la resolución del recurso presente interés casacional.

4º Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

7.6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC). Es un órgano constitucional e independiente de cualquier otro. No forma parte del Poder Judicial y solo está sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica. En la relación de fuentes del 1.6 cc no se menciona la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (TC) reconocida en la CE y en el art. 5º LOPJ. El TC pese a no ser un órgano judicial sino constitucional (como su propio nombre indica) también emite sentencias, con la denominación técnica de jurisprudencia.

Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»; tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad (art. 164 de la Constitución).

Dichas sentencias, por el especial grado de su órgano emisor, tienen efectos normativos, al ser el TC el único órgano legitimado para interpretar válidamente la Constitución. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial claramente determina que las sentencias del TC son vinculantes, y los jueces y tribunales deben interpretar todas las normas conforme con la interpretación que de las mismas resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos.

Las dos principales competencias del Tribunal Constitucional son:

- a) El control de constitucionalidad de normas con rango de ley, sean del Estado o de las Comunidades autónomas. Este control se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. El primero es un recurso directo y abstracto, promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. De todos ellos conoce el Pleno del Tribunal.
- b) El recurso de amparo, por violación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas relacionados en el art. 53.2 de la Constitución, es decir, por violación de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, ambos inclusive. Lo puede interponer cualquier persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

8. LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Por doctrina científica se entiende aquella que es expuesta por los autores en sus obras . No es fuente del Derecho, es un simple *medio de conocerlo o profundizar en su estudio*. La doctrina científica tiene el valor que le confiera la autoridad científica del autor que la defiende o el que le proporcione los argumentos que emplea

La doctrina trabaja sobre fuentes; no es fuente, sino que se refiere a ellas; por tanto, depende enteramente de la misma.

En el Derecho romano tuvo carácter de fuente del Derecho no solo desde un punto de vista práctico, sino legalmente, por una ley de Valentiniano III que dio fuerza de ley a las opiniones de Papiniano, Gaio, Ulpiano, Paulo y Modestino.

La escasez de fuentes legales pudo dar lugar a que las lagunas que se produjeran fueran suplidas o atenuadas por la doctrina científica de autores muy cualificados. Pero posteriormente –y definitivamente en la época de la codificación– se buscó en la ley y en los códigos una fijeza y estabilidad jurídica en la sociedad que no podía dar la doctrina, sino los textos legales.

Tema 4

La interpretación y la integración de las normas jurídicas

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Según Díez-Picazo y Gullón (2003), toda norma nace con la pretensión de que la realidad social se ajuste a ella. El conjunto de actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad social a los dictados de la norma, se conoce con el nombre de «aplicación del derecho». La norma se aplica al ponerla en contacto con una realidad concreta. La aplicación consiste en subsumir el supuesto acontecido en la realidad al supuesto previsto en la norma, es decir, determinar si un determinado supuesto real es el que hipotéticamente ha previsto la norma. Los jueces y tribunales serán los encargados de aplicar la norma, así en un juicio en concreto, a la hora de dictar sentencia, primero se fijarán y determinarán los «hechos» y luego el juzgador deberá seleccionar la norma aplicable, el Derecho, a aquella realidad fáctica.

Para poder «seleccionar» la norma aplicable al caso, el juzgador tendrá que haber desentrañado previamente el supuesto de hecho contenido en la norma, es decir, que primero la tendrá que haber interpretado. Esto es que tendrá que haber comprobado si el supuesto de hecho de la norma, coincide con el supuesto de hecho del caso que ha enjuiciado. En el Código Civil la importancia de la aplicación aparece recogida en el propio enunciado del Título Preliminar: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»; el capítulo 2º del mismo aparece comprendido bajo la rúbrica «Aplicación de las normas jurídicas»; no obstante, el Título Preliminar no aborda en su integridad la materia de la aplicación de la norma, puesto que solo contiene preceptos sobre la interpretación de las leyes y su aplicación equitativa o analógica.

2. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

Dentro del conjunto de actividades que deben desenvolverse en la aplicación del Derecho, la interpretación constituye la operación jurídica básica (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Si bien las normas jurídicas se dictan con carácter general y abstracto, las mismas en la realidad han de ser aplicadas a casos concretos. Para Díez-Picazo y Gullón, la interpretación jurídica es la actividad dirigida a la búsqueda del sentido o significado (o alcance) de la norma a través de los textos o signos de exteriorización, con el fin de aplicar la misma a la realidad social a la que se refiere.

El profesor De Castro nos dice que, antes de averiguar el sentido de una norma, es preciso saber qué es lo que busca a través de los signos que la exteriorizan, que es lo que se estima como esencia de la misma. En ese punto aparecen dos líneas de interpretación claramente diferenciadas: la interpretación subjetiva (búsqueda de la voluntad del legislador) y la interpretación objetiva (búsqueda de la voluntad de la ley).

En el caso de la interpretación subjetiva, se parte de que, toda vez que la Ley es un mandato del legislador, lo que debe ser averiguado por el intérprete es cuál ha sido la verdadera voluntad que guió al legislador al dictar el mandato. El objetivo de la interpretación es la *voluntas legislatoris*. Este punto de vista cuadra perfectamente con un Estado absoluto o totalitario, el intérprete como servidor de un príncipe o de un jefe debe de averiguar lo que este ha querido y complacerle. El problema del subjetivismo tiene un grave inconveniente de orden práctico, puesto cuando lo que se tienen que interpretar son normas muy antiguas, la voluntad del originario legislador pierde todo interés.

La dirección objetiva no trata de encontrar la voluntad del legislador sino, de una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley (*voluntas legis*). La ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado

ya su papel y ha quedado detrás de su obra. Su obra es el texto de la ley, su voluntad se ha hecho texto y por lo tanto solo las manifestaciones de voluntad vertidas en él tendrán valor vinculante, por lo tanto solo valdrá la voluntad que resulte del texto legal.

La dirección objetiva constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico, solo una interpretación objetiva es capaz de hacer frente a problemas planteados a *posteriori* por situaciones que el legislador histórico no pudo conocer. El Código Civil se orienta hacia la dirección objetiva, ello se deduce del artículo 3º.1 en el que se enumeran los criterios hermenéuticos o de interpretación: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

3. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

El intérprete para llevar a cabo su tarea debe de valerse de unos medios o instrumentos que son los elementos de interpretación o criterios hermenéuticos. Antes de la reforma del Título Preliminar de 1974, nuestro Código Civil no contenía ninguna regla relativa a la interpretación de sus preceptos, ahora se encuentran recogidas en el art. 3.1. cc. Este precepto sigue la doctrina del jurista alemán de principios de siglo XIX, Savigny, que señaló que los criterios o elementos que sirven para la interpretación son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. La existencia de varios elementos de interpretación no significa, como dice Puig Brutau (1977), que se trate de medios con los que pueda procederse a operaciones separadas sino que la finalidad de la interpretación ha de alcanzarse con la utilización conjunta de todos ellos.

- a) *La interpretación gramatical.* A este elemento se refiere el art. 3.1 del cc se está refiriendo a que las normas se interpretarán según el «sentido propio de sus palabras». En este tipo de interpretación cabe la utilización de las reglas semánticas que trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que tiene cada una de las palabras al ser fijada en el texto.
- b) *La interpretación lógica.* Es la que utiliza las reglas del razonar humano para comprender el significado de la norma. Por ello ha de rechazarse la interpretación que conduzca a un resultado contradictorio con otras normas, o con el sistema en que todas ellas se hallen integradas y la que conduzca a consecuencias absurdas. El art. 3 cc no contiene ninguna referencia a la interpretación lógica, si bien ello no implica que deba ser excluida.
- c) *La interpretación histórica,* a ella se refiere el Código cuando se remite a «los antecedentes históricos y legislativos». Consiste, según Lacruz (*et al.*, 2004), en traer a colación, para entender la ley, los antecedentes de su formación, la historia y tradiciones del pueblo puesto que en ellos se encontrará la clave para la explicación de la ley.
- d) *La interpretación sistemática* relaciona la norma de que se trata con las que integran la misma institución jurídica, y cada institución con las demás hasta llegar a los principios fundamentales del sistema. En este sentido el Código dice que las palabras de la Ley se han de interpretar «en relación con su contexto». Según Lacruz (*et al.*, 2004) este elemento no es sino una ampliación del *lógico* y que en este elemento cabe incluir la *voluntas legislatoris*.

Así pues, en el art. 3 cc aparecen dos elementos no presentes en la clasificación savigniana:

- a) La regla *in claris non fit interpretatio* o «interpretación atendiendo al espíritu y finalidad de la norma», que consiste en que cuando una norma es clara no cabe realizar ninguna interpretación que tergiverse el sentido de sus palabras.

- b) La interpretación de las normas atendiendo a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»; este criterio incita a acomodar los preceptos jurídicos a las circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos.

4. CLASES DE INTERPRETACIÓN

4.1. Por los sujetos: auténtica, judicial y doctrinal

Si se tiene en cuenta a la persona o el órgano que realiza la interpretación, esta se divide en *auténtica, judicial y doctrinal*.

La interpretación será auténtica cuando el propio legislador aclara su significado. En el Derecho romano, algunos emperadores delegaron esta facultad en determinadas personas, hasta que Justiniano recabó para sí dichas facultades interpretativas. También se reconoció este tipo de interpretación en el Fuero Juzgo y en las Partidas.

La interpretación judicial es la llevada a cabo por jueces y tribunales en su labor de aplicación de las normas legales a los casos concretos. Este tipo de interpretación culmina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ejerce una influencia determinante sobre la interpretación de las normas que ejercitan los jueces y tribunales de orden inferior. Para el juez, la interpretación de las normas es una tarea ineludible puesto que tiene la obligación de resolver todos los casos de que conozca como se deriva de los arts. 1.7 cc y 120.3 de la cc.

La interpretación doctrinal es la que realizan los tratadistas del Derecho, en sus estudios de investigación, cuando la ley pueda ofrecer alguna duda, ya explicando su verdadero sentido, ya bien restringiéndolo o ampliándolo. Si bien esta clase de interpretación no puede ser invocada ante los Tribunales de Justicia, estos deben estar siempre en contacto con la doctrina científica y no deberían prescindir, sin razones graves de las orientaciones y soluciones que esta marque, cuando sea comúnmente aceptada. El estudioso del Derecho no solo se dedica a resolver problemas jurídicos sino también a plantear problemas aún no suscitados en la práctica, anticipándose así a la aplicación judicial.

4.2. Por los resultados: declarativa, restrictiva y amplia

- a) Declarativa, si el resultado obtenido con el intérprete coincide con el que se desprende del texto de la ley.
- b) Restrictiva, si se encierra el texto dentro de unos límites más estrechos dentro de lo que permite su tenor literal.
- c) Extensiva o amplia, es la que interpreta los términos de la ley más allá de su sentido literal, la interpretación extensiva permite inferir que la norma no dice expresamente todo lo que verdaderamente pretendía decir y por lo tanto el resultado de la interpretación va más allá del contenido original de la norma.

5. LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Si la interpretación es la atribución de sentido a la norma, la integración es una actividad de signo diferente, mediante ella no se trata de establecer el significado de una norma, sino suplir o salvar un defecto (o carencia) del material normativo del que de modo inmediato se dispone. El tema general de la integración de las normas se conoce con el nombre de «lagunas del derecho» y abarca también el procedimiento o modo para suplir o llenar tales lagunas (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2003).

5.1. El problema de las lagunas legales

La expresión laguna se utiliza en sentido metafórico, para referirnos a la existencia de posible vacíos o deficiencias en la ley, es decir, cuando nos encontramos con una inexistencia de norma jurídica aplicable a un determinado supuesto de hecho. La ley puede presentar lagunas legales porque al tratarse de un hecho abstracto y general no puede abarcar todos los supuestos de la realidad que puedan nacer durante su vigencia (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Ej. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 no contiene ninguna norma que nos indique la edad mínima para poder concertar un arrendamiento urbano, es decir, que presenta un vacío legal con respecto a ese punto en concreto.

Si bien podemos hablar de las lagunas de la ley –del Código Civil o del Código de Comercio–, no podemos hacerlo cuando nos referimos al ordenamiento jurídico, en ese sentido la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código Civil dice: «La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho» por lo tanto se admite la existencia de laguna legal pero no la del ordenamiento. Según Lacruz, no puede haber lagunas del ordenamiento puesto que según el art. 1.7º del cc: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Es decir, que una determinada ley podrá presentar una serie de lagunas pero el ordenamiento jurídico nos va a proporcionar los medios adecuados para llenar ese vacío legal.

5.2. Los procedimientos de integración: autointegración y heterointegración

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* (DRAE), integrar significa «Completar un todo con las partes que faltaban». Los ordenamientos tradicionalmente han recurrido a dos sistemas para integrar las lagunas legales.

a) La autointegración se da cuando el sistema es autosuficiente para llevar a cabo la labor de complemento o de integración. El ordenamiento jurídico español se configura como un sujeto a autointegración, siendo la norma de cierre de este sistema cerrado y completo, el recurso a los principios generales del derecho.

Esta prescripción se manifiesta tanto en lo manifestado en la Exposición de Motivos del Título preliminar, como en el art. 1.7 del cc.

Sin embargo, en la reforma del Título Preliminar además del recurso a los principios generales del derecho, se introdujeron otros criterios de integración como la analogía y la equidad.

b) Se habla de heterointegración cuando el sistema jurídico recurre a otro sistema diferente para llevar a cabo la labor de complemento. Este es un sistema propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presupone la existencia de otro mejor al que recurrir. Es el llamado sistema de los derechos supletorios (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Así el Derecho romano en su función de «ius comune» fue durante siglos derecho supletorio del derecho particular [todo el ordenamiento jurídico] de cada país.

Hoy en día el sistema de heterointegración se utiliza pero no respecto del ordenamiento jurídico considerado como unidad total, sino para alguna de sus partes por la relación que guardan entre sí. De esta forma el Código Civil es supletorio de otros cuerpos legales (art. 4.3), y en las relaciones entre estos se producen también formas de heterointegración por remisión de unos a otros (ej. El Código de Comercio se remite en ocasiones al cc).

La Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) no establece la edad mínima para poder celebrar un contrato de alquiler, esta laguna de la ley se puede salvar al aplicar supletoriamente el Código; y así podemos afirmar que la edad mínima para realizar un contrato de arrendamiento urbano es de 18 años, puesto que esta es la edad que el Código señala con carácter general para poder contratar en el art. 1.263. De este modo hemos integrado la laguna legal planteada mediante el recurso a la heterointegración.

La supletoriedad no significa que las leyes que hayan de integrarse con el Código Civil no puedan previamente integrar sus lagunas con el recurso a la analogía, procedimiento que siempre será preferente a la aplicación del apartado 3 del art. 4º, como lo demuestra la ordenación de los apartados del precepto (GULLÓN BALLESTEROS, 1991).

6. LA ANALOGÍA

6.1. Concepto

El art. 4º.1 cc dispone: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie su identidad de razón».

Para Puig Brutau, cuando las normas no contemplan el supuesto específico del caso que se ha de resolver, existe una laguna legal; pero si el intérprete advierte que está previsto otro supuesto semejante al planteado y en los dos aprecia identidad de razón, podrá aplicar por analogía la norma del caso regulado al que no lo está, porque la misma razón justifica la identidad de la consecuencia.

No sería lógico ni justo que dentro de un mismo ordenamiento no se resolvieran igual ambos supuestos, cuando a pesar de sus diferencias coinciden en lo esencial.

6.2. Requisitos para la aplicación analógica

Tres son los requisitos exigidos por la jurisprudencia (sts 7 enero 1981) para que sea procedente la aplicación analógica de la norma:

- a) que el supuesto específico carezca de regulación normativa.
- b) que haya una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso.
- c) que hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.
- d) que no haya prohibición legal de recurrir a la analogía.

6.3. Clases de analogía

La analogía puede ser analogía *legis* (de ley) o *iuris* (de Derecho). La primera, que es la contemplada en el art. 4.1 cc, es la que toma por base o por punto de partida la existencia de una disposición concreta de la ley para aplicarla a casos idénticos o semejantes en su esencia jurídica. Según Díez-Picazo y Gullón, este tipo de analogía procede lógicamente de lo particular a lo particular. Este tipo de analogía pretende evitar la existencia de lagunas de la ley.

La STS de 5 julio 2001 (RJ 4993), admite la aplicación analógica en los casos de uniones de hecho *more uxorio* puesto que «encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99)».

La STS 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148) por el contrario niega la aplicación analógica en el ámbito de las uniones de hecho.

La analogía *iuris* es un mecanismo para obtener un principio general del derecho, parte de la existencia, no de una norma en concreto sino de un conjunto de normas y procura inducir de ellas un principio general del Derecho y después aplicar esta norma general obtenida (principio general) a un caso particular que carece de regulación expresa (COCA PAYERAS, 1980).

Según Díez-Picazo y Gullón en este tipo de analogía se procede de lo particular a una abstracción (lo general) y luego aplica lo general obtenido a lo particular. Este tipo de analogía hay que entenderla implícita en los principios generales del Derecho cuando han de aplicarse como fuente de acuerdo con el art. 1 del cc. La analogía *iuris* tiende a evitar las lagunas del Derecho.

La STS 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148) que niega la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las uniones de hecho hace una referencia al funcionamiento de la analogía *iuris*, aunque luego por una serie de consideraciones no la aplica: «Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de la analogía *iuris*, o sea no partir para 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.

Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho –artículo 1.1 del cc– y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10-9 y en el artículo 1.887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión».

6.4. La analogía y la jerarquía de las fuentes

Según Lacruz, la admisión de la analogía por el nuevo Título Preliminar no altera la jerarquía de fuentes, pero sí que afecta al orden de aplicación práctica de las mismas. De forma que la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, bien sea esta de aplicación exacta o directa,

sin necesidad de recurrir a la *analogía legis*, o bien que no se trate de ley directamente aplicable, sino mediante la aplicación de la analogía.

Por el contrario la *analogía iuris*, como implica la aplicación directa de los principios generales del derecho, solo se aplicará cuando ni la ley, directamente ni por *analogía legis*, ni por la costumbre resuelvan el caso, esto es así porque el art. 1.4º establece que: «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre».

6.5. Ámbito de aplicación de la analogía

El art. 4.2 del cc restringe el uso del método analógico al establecer que: «Las leyes penales, las excepcionales [o leyes especiales], y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Es decir, que un supuesto contemplado en la LAU, por tratarse de una ley especial no podría aplicarse analógicamente al Código Civil. La analogía sí que funciona en la leyes especiales pero solo en un plano horizontal, es decir dentro del mismo cuerpo legal que supone la LAU, pero sin que pueda aplicarse verticalmente, pasando de un cuerpo jurídico especial a uno general.

Si bien las leyes especiales no pueden aplicarse analógicamente a otros supuestos, si que cabe el empleo de la analogía para la solución de las cuestiones referentes a las materias que la ley especial regula. Así el art. 8 de la LAU de 1964 preveía la utilización de la analogía dentro de esa misma ley (GULLÓN BALLESTEROS, 1991).

La analogía tampoco será aplicable a la costumbre ni a la doctrina jurisprudencial (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

7. LA EQUIDAD

7.1. Concepto

Esta figura jurídica aparece reflejada en el art. 3.2 del cc al establecer que: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella [en la equidad] cuando la ley expresamente lo permita».

En latín *aequitas* es palabra empleada para indicar la solución que mitiga la rigidez de la norma general. Según Capilla Roncero, el concepto de equidad es difícilmente aprehensible. Por equidad cabe entender la invocación de la idea de *justicia relativa o comparativa*, que impone el tratamiento igual de lo que es igual, y el tratamiento desigual de lo que es distinto; pero también se considera tal la ponderación del Derecho estricto, que se traduce en la justicia del caso concreto y, finalmente, como remisión a criterios de impartición de justicia, que no descansan en el Derecho escrito, sino en la razón natural, la moral, etc.

7.2. Clases de equidad

Nuestro código se refiere a la equidad interpretativa y al juicio de equidad (LACRUZ, 2004):

1) La equidad interpretativa tiene como misión el cooperar con la norma para su justa aplicación al caso concreto, a través de las funciones que la misma ley le atribuye para integrar la norma parcialmente en blanco (equidad integradora) y de interpretarla cuando la rígida aplicación de aquella condujera a resultados injustos (equidad interpretativa), de esta forma se adapta la generalidad y el rigor de las normas a las circunstancias del caso concreto. Esta función interpretativa de la equidad, nos dice Capilla Roncero, es operativa siempre y actúa en concurrencia con los criterios interpretativos del art. 3.1 cc.

A ello se refiere el Código cuando establece que: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas».

El Derecho ha de ser completado por la equidad, la regla general por la excepción para que siempre pueda alcanzarse una solución humana. Por estar formuladas las normas en términos de generales, la equidad ha de estar dispuesta a intervenir para que la justicia se logre en cada caso concreto (PUIG BRUTAU, 1977).

2) El juicio de equidad. En este supuesto, la equidad, funciona como sustituto de la norma, pero solo en aquellos casos en los que la ley lo autorice expresamente las resoluciones de los Tribunales podrán descansar en la equidad (LACRUZ, 2004).

Aquí –según Capilla Roncero– hace referencia a la equidad como fuente o suministradora de criterios de decisión, ajenos a las normas legales. Esta función se ha de limitar al mínimo, puesto que el recurso a los principios generales del Derecho como fuente, permite prescindir del recurso a la equidad para colmar las lagunas normativas. (Otra cosa es que la aplicación de aquellos principios deba ser equitativa.)

Esta función aparece recogida en el art. 3.2º: «... si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella [en la equidad] cuando la ley expresamente lo permita».

La Ley permite el recurso a la equidad en los siguientes casos: El art. 1.154 del cc autoriza a los tribunales a moderar equitativamente la pena convencional en determinados casos; también se autoriza el recurso a la equidad en el caso del art. 1.690 cc o el del art. 13.2 de la LPH cuando el juez puede adoptar acuerdos por equidad cuando no se pueda conseguir la mayoría en las juntas.

El art. 4.1 de la derogada La Ley de Arbitraje de 1998 establecía que «[...] los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes.

2. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad [...]»

El art. 34.1 de la vigente Ley 60/2003 de Arbitraje establece que los «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

La diferencia entre la equidad y la analogía está en el campo de la actuación, puesto que mientras la analogía suple la falta de la ley, la equidad (en uno de sus dos sentidos) supera la deficiencia de los preceptos legales existentes cuya aplicación provocaría una solución injusta (LACRUZ, 2004).

Tema 5

La eficacia de las normas jurídicas

1. LOS EFECTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La norma jurídica presenta una triple eficacia que, según Díez-Picazo y Gullón (2003), puede escalonarse de la siguiente manera:

- 1º Existe un deber jurídico de cumplimiento de la previsión establecida por la norma (deber jurídico de cumplimiento de la norma). En este sentido, el artículo 9.1 de la Constitución dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (O'CALLAGHAN, 1993).
- 2º Existe una serie de consecuencias que el ordenamiento jurídico establece para la falta de cumplimiento del deber de observancia de la norma (eficacia sancionadora de las normas).
- 3º La norma acota una parcela de la realidad social y en cuanto que planea para ella un determinado orden jurídico, la transmuta o convierte en realidad jurídica (eficacia constitutiva de las normas)

El Título Preliminar del cc dedica su Capítulo III (arts. 6º y 7º) a la «Eficacia de las normas jurídicas».

2. LA IGNORANCIA DE LA LEY Y EL ERROR DE DERECHO

El primer efecto de toda norma es establecer un deber jurídico de cumplimiento de la misma, que consiste en que los destinatarios de la norma deben ajustar a ella su comportamiento (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

2.1. La ignorancia de la Ley

Dentro del capítulo dedicado a la eficacia de las normas, el art. 6º.1, se refiere a la inexcusabilidad del cumplimiento de las normas cuando establece que: «1. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento».

Este precepto no significa que todos los ciudadanos estén obligados al conocimiento de todo el ordenamiento jurídico; en opinión de Díez-Picazo y Gullón (2003), el significado de este precepto consiste en que si la norma jurídica comporta un deber jurídico de observar un determinado comportamiento, este no puede ser dejado al arbitrio del destinatario de la norma.

Las leyes han de ser cumplidas por sus destinatarios aunque las ignoren, de manera que si aquellos no observan la conducta prescrita en ellas se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas (sanción), sin que para evitarlo puedan alegar su desconocimiento. Esta consecuencia se deriva de que las normas han de tener una efectividad social con independencia de que sean o no conocidas realmente; así pues la eficacia de la ley estará fundamentada en la *efectividad social* y no en el deber de conocimiento que han de tener los ciudadanos de las normas jurídicas, deber que es completamente imposible de cumplir por lo demás (GULLÓN BALLESTEROS, 1991).

A modo de resumen, podemos afirmar que si bien no existe el deber jurídico de conocer las normas, su ignorancia es irrelevante para su obligatoriedad (O'CALLAGHAN, 1993).

2.2. El error de derecho

Las normas jurídicas son eficaces frente a sus destinatarios, que tienen que cumplirlas aunque las ignoren. No obstante, puede suceder que un sujeto adopte decisiones con relevancia jurídica, como consecuencia de su equivocado conocimiento del Derecho (CAPILLA RONCERO, 2003).

Se planea así el denominado error de Derecho, que es contemplado por el art. 6.1. 2º cc, al establecer que: «El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen». La diferencia entre la ignorancia de la Ley y el error de Derecho consiste en que la primera supone desconocer la ley, mientras que el error es tener una noción falsa sobre ella (O'CALLAGHAN, 1993).

El error de Derecho radica en el falso o equivocado conocimiento de la norma o regla jurídica en cuanto a su *contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto*, siempre que el sujeto haya decidido actuar como consecuencia de aquella ignorancia o falso conocimiento (GULLÓN, 1991).

El art. 6º admite la posibilidad del error de Derecho, no para evitar la Ley que se alega desconocer, sino para privar de eficacia a los actos jurídicos que se hayan realizado teniendo en cuenta como presupuesto ese desconocimiento o atenuar las sanciones (dentro de lo permitido por la norma).

Ej. Si se compra un solar para edificar ignorando que una norma urbanística lo prohíbe, no se podrá edificar evidentemente, pero se podrá alegar que se sufrió un error al comprarlo y de esta manera anular el contrato de compraventa. Con la anulación del contrato no se ha burlado la ley, el terreno seguirá sin edificarse, pero los efectos jurídicos de la compraventa, perjudiciales para quien tiene que pagar un precio para algo que no sirve, han sido destruidos.

El legislador al decir que «el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las normas determinen» ha querido señalar el carácter excepcional del error, en el sentido de que su admisión es restringida, tomándose solo en consideración cuando alguna norma jurídica lo permita. (Ej. art. 1.266 del cc, señala una serie de supuestos en los que el error puede invalidar el consentimiento en materia contractual.) Si esta no distingue entre error de hecho (*error facti*) –o falso conocimiento de la realidad a la que hay que aplicar la norma– y error de derecho (*error iuris*), no puede rechazarse este último porque la norma no lo acoge expresamente. Hay interpretarla para ver si excluye o no al error de derecho. Si esta menciona exclusivamente al error de hecho es que excluye al de derecho.

Ej. El art. 1.234 «la confesión solo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho» y 1.817 «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos está sujeta a lo dispuesto en el art. 1.265 de este Código. Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que este se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado».

El cc reconoce la eficacia del error de Derecho en diferentes lugares: art. 69, al declarar que produce efectos civiles el matrimonio declarado nulo, pero que fue contraído de buena fe, esto es con ignorancia de la causa de nulidad; art. 361 cuando se tiene en cuenta la buena fe del que edificó, sembró o plantó en terreno ajeno.

2.3. El deber especial de los funcionarios: el principio *iura novit curia*

Si bien las normas jurídicas tienen como destinatarios a todos los ciudadanos, existe un especial deber de conocimiento y cumplimiento de las normas jurídicas impuesto a los funcionarios públicos, cuya función es la de velar por el cumplimiento o aplicar las normas, es por ello se les exige el conocimiento de las normas y la correspondiente responsabilidad por las infracciones (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003)

Una de las consecuencias de especial deber de conocimiento, que se impone a jueces y magistrados, es la máxima *iura novit curia* (el Tribunal conoce el Derecho). Esto es así porque el juez tiene el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos a él sometidos, tal como dispone el artículo 1.7 del Código Civil. Esta regla tiene dos significados (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003):

- a) En primer lugar, que el juez no está vinculado por las alegaciones de Derecho que hayan efectuado las partes, y si bien debe decidir en sus *fallos* de acuerdo con los hechos alegados y probados por las partes, no está vinculado por las alegaciones jurídicas realizadas por aquellos. Es decir, que el juez puede tener en cuenta una norma que la parte no haya invocado o tener en cuenta otra distinta a la alegada por la parte. Esta es la regla *da mihi factum, dabo tibi ius*.
- b) Finalmente que las normas jurídicas no precisan ser probadas por los litigantes, puesto que el juez las conoce o debe conocerlas. Por el contrario, no se aplica el principio *iura novit...* a la *costumbre* que debe ser probada por quien intente utilizarla (1.3. cc) ni al Derecho extranjero, cuyo contenido y vigencia deberá ser acreditado por la persona que pretenda utilizarlo tal como establece el art. 12.6 cc: «la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios dictando al efecto las providencias oportunas».

No es Derecho extranjero el de la Unión Europea ni, mucho menos, el de las Comunidades Autónomas españolas (O'CALLAGHAN, 1993).

3. LA EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE LA LEY APLICABLE Y LA RENUNCIA DE DERECHOS

El art. 6º.2 cc establece que: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público establecido».

En este precepto se regulan dos instituciones similares que tienen un mismo régimen jurídico: la *exclusión voluntaria de la ley aplicable* y la *renuncia de derechos*.

La exclusión se refiere al Derecho objetivo y la renuncia se refiere a los Derechos subjetivos, puesto que estos últimos pueden representar un elemento patrimonial que el titular puede negociar y renunciar; el Derecho objetivo, en cambio no está a disposición de los particulares que no pueden excluirlo excepto cuando se trate de *normas de Derecho dispositivo*.

3.1. La exclusión voluntaria de la ley aplicable

El art. 6.2 cc permite, bajo ciertos límites, la exclusión voluntaria de la ley aplicable a un determinado supuesto de hecho. El art. 6º se refiere a la exclusión de «la ley aplicable» sin matizar si se refiere a la ley dispositiva o a la imperativa, no obstante habrá que entender que se refiere a la dispositiva, puesto que la esencia de la norma imperativa rechaza el juego de la autonomía de la voluntad (GULLÓN, 1991). La posibilidad de excluir la ley aplicable únicamente es posible con respecto a la ley dispositiva (CAPILLA RONCERO, 2003).

Para ello habrá que distinguir previamente entre *normas de derecho imperativo* (o de *ius cogens* o Derecho necesario) y *normas de Derecho dispositivo* (CAPILLA RONCERO, 2003), también llamadas de *Derecho voluntario, supletorias o permisivas*.

Son normas de derecho necesario, aquellas cuya observancia y cumplimiento se impone obligatoriamente a sus destinatarios; tienen una eficacia inderogable que excluye la voluntad privada, por lo que los sujetos no pueden suprimir o alterar su mandato; su aplicación no depende del arbitrio de los particulares (O'CALLAGHAN, 2003).

La normas de *ius cogens* se puede hacer una subdistinción: *imperativas y prohibitivas*. Las primeras imponen una conducta como legal; las segundas prohíben la contraria como ilegítima. Un ejemplo del primer grupo lo tenemos en el «El deber de prestar alimentos a los hijos y otros parientes (art. 143 cc)», un ejemplo del otro lo tenemos en la prohibición de contratar sobre cosas ilícitas (art. 1.271 cc), o en el artículo 1.459, que prohíbe la compra de ciertos bienes a ciertas personas y; finalmente la del artículo 221 relativa al tutor.

En todo caso, como normas necesarias, no dispositivas, deben ser respetadas y están por encima de la voluntad de los particulares. En consecuencia, el artículo 6.3 dispone que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (O'CALLAGHAN, 1993).

Son normas de Derecho dispositivo, también llamadas de *Derecho voluntario, supletorias o permisivas*, aquellas cuyo contenido es disponible para las partes, en el sentido de que el Derecho autoriza a las partes que sustituyan la norma de derecho dispositivo por otra reglamentación que estas establezcan en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del art. 1.255 cc.

Ej. La pensión por desequilibrio económico ex art. 97 cc es de derecho dispositivo y por tanto las partes pueden pactar su inaplicación en un pleito de divorcio.

El problema se plantea a la hora de discernir si una ley es dispositiva o imperativa, puesto que el cc no establece una presunción del carácter dispositivo de las normas frente al carácter imperativo o necesario de las mismas, por ello para dilucidar si una determinada norma es imperativa o dispositiva habrá que estar a las reglas generales de la interpretación.

La exclusión voluntaria de la ley presupone una declaración de voluntad y un supuesto dado, de acuerdo con el cual la ley debería ser aplicable si aquella declaración de voluntad no existiera (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

3.2. La renuncia de derechos

Esta figura está englobada en el art. 6.2, se trata de la renuncia de derechos subjetivos que ya han sido adquiridos y se refiere tanto a los derechos subjetivos reconocidos por la ley (imperativa) como los derechos nacidos de la voluntad de las partes en virtud del ejercicio de la autonomía privada (ej. contrato).

La verdadera renuncia es la abdicativa, por la que el renunciante pierde el Derecho sin transmitirlo a nadie, puesto que la llamada renuncia traslativa (donación, venta, permuta, etc.) es un acto de enajenación. La renuncia abdicativa es una declaración unilateral de voluntad que será eficaz si el renunciante tiene capacidad para disponer del derecho renunciado, y si se respeta el límite legal de no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros.

Toda renuncia de derechos según reiterada doctrina del TS para que produzca efectos ha de ser *explícita, clara, terminante e inequívoca*.

Según el cc, son irrenunciables los derechos siguientes: el derecho a percibir alimentos (art. 151); la acción de revocación de donaciones por supervivencia y superveniencia de hijos; la renuncia o transacción sobre la legítima futura (art. 816); la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo en que haya incurrido el deudor; el derecho a prescribir para lo sucesivo del art. 1.935 cc.

Son renunciables la acción de saneamiento (art. 1.447 cc), el mandato (1.732), la herencia (833), el legado (888), la pensión por desequilibrio económico (art. 97).

La sanción contra la exclusión de la ley aplicable o la renuncia de derechos sin respetar los límites del art. 6º, (el interés u orden público y la ausencia de perjuicio a terceros) es la falta de validez y eficacia de ese acto abdicativo, es decir su nulidad.

4. LA NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LAS NORMAS

El incumplimiento de las normas debe ser perseguido y evitado, mediante la correspondiente sanción al infractor. El ordenamiento jurídico dispone de un amplio abanico de consecuencias negativas (sanciones) para el infractor; la intensidad de la sanción estará en función de la gravedad del ilícito cometido (CAPILLA RONCERO, 2003).

La infracción de la norma puede ser directa y formal, o indirecta u oblicua como en el supuesto del *fraude de ley*.

La infracción directa de las normas se contempla en el art. 6º.3 cc dispone: «Los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La sanción de nulidad es para toda clase de actos jurídicos (contratos, negocios jurídicos familiares, etc.) contrarios a las normas *imperativas y prohibitivas*, con exclusión de las normas dispositivas, puesto que las normas de derecho dispositivo, por su propia naturaleza, permiten que la autonomía privada (art. 1.255) establezca pactos o disposiciones contrarios y distintos a lo prevenido por ellas (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La sanción de nulidad significa la nulidad de pleno derecho o radical, absoluta e insubsanable; lo cual quiere decir que esta es una nulidad definitiva que no puede subsanarse o confirmarse por el mero transcurso del tiempo, a diferencia de la anulabilidad que prescribe a los cuatro años y puede subsanarse por ese mero pasar del tiempo.

En el art. 6.3 se reconoce que no toda infracción de la norma imperativa o prohibitiva llevará aparejada la nulidad puesto que la propia norma violada puede establecer otro tipo de sanción (ej. la anulabilidad).

Cuando proceda la sanción de nulidad, esta puede ser total o parcial. Estaremos ante el primer caso cuando es de tal entidad que afecta a todo el acto.

Ej. En materia de contratos el art. 1.261 nos dice que no hay contrato [este es nulo] si no concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa, es decir que el contrato al que le falte alguno de estos elementos será radicalmente nulo en toda su extensión. Por el contrario estaremos frente a una nulidad parcial cuando un contrato que a pesar de cumplir todos los requisitos del art. 1.261 contiene alguna cláusula que viole una disposición imperativa, siendo solamente nula esta cláusula y salvándose el resto del negocio en virtud del principio *favor negotii*.

La nulidad de pleno derecho significa que la apariencia de acto puede hacerse desaparecer a instancia de cualquiera a quien perjudique el acto nulo, aun cuando no fuera parte en el mismo. No obstante, el propio juez puede declararla de oficio, es decir sin necesidad de que sea denunciada por los perjudicados.

5. EL FRAUDE DE LEY

La violación indirecta de la norma constituye el denominado fraude de ley que aparece contemplado en el art. 6º.4 cc que establece que: «Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida ejecución de la norma que se hubiere tratado de eludir».

El fraude de ley fue introducido en el Código Civil por la reforma del Título Preliminar de mayo de 1974. En la consideración del fraude de ley prepondera la idea de considerar al ordenamiento como un todo; por eso es reputada como fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. De Castro (1984) define el fraude de ley como «uno o varios actos cuyo resultado está prohibido por una ley, pero que se ampara en otra dictada con distinta finalidad». Los actos en fraude de ley se distinguen claramente de los que se realizan en contravención directa de normas imperativas o prohibitivas, (art. 6.1 cc) en que en aquellos la infracción no se produce de manera frontal o directa, sino por vía indirecta o *circumventio legis*, que es dar un rodeo a la ley amparándose en otra norma, con el fin de evitar chocar con ella.

Cometen fraude de ley aquellos extranjeros que se casan con españoles con la única finalidad de adquirir la nacionalidad española, acortando de esta manera los plazos de residencia establecidos en el art. 22 del cc, (de 10 años se pasa a 2) y una vez conseguido el propósito de obtener la nacionalidad se divorcian.

También habrían cometido fraude de ley, por ejemplo, aquellas parejas que antes de 1981, después de haber renunciado a la nacionalidad española (norma de cobertura) hubiesen adquirido

la nacionalidad norteamericana para poder divorciarse (resultado prohibido en el ordenamiento español antes de 1981) en aquel país y luego recuperar la nacionalidad española.

El efecto del fraude de ley es la aplicación de la sanción correspondiente a la violación de la ley defraudada, precisamente por haberse destruido la apariencia de protección de la ley de cobertura. Pudiendo aplicarse de oficio por el artículo 11 de la LOPJ (O'CALLAGHAN, 1993).

Así, el acto realizado queda sometido a los efectos que produzca la violación de la ley defraudada y, además, como acto ilícito, puede dar lugar a la obligación de indemnizar daños y perjuicios si ha causado daño a tercero en base al artículo 1.902 (O'CALLAGHAN, 1993).

Sin embargo, el fraude de ley no lleva siempre consigo la nulidad del acto, sino que se dará esta si la ley defraudada es imperativa o prohibitiva, cuya nulidad vendrá impuesta por el artículo 6.3, el acto queda sometido a los efectos que produzca la violación de la ley defraudada y si esta es imperativa o prohibitiva, la sanción será de nulidad absoluta; en otro caso, tendrá la sanción que corresponda (O'CALLAGHAN, 1993).

Respecto a la sanción o efectos que ha de producir el reconocimiento de la existencia del fraude, ha de tenerse en cuenta que la naturaleza y peculiaridades de este impiden que la misma ley determine de antemano sus efectos, limitándose a decir que los actos fraudulentos «no impedirán la correcta aplicación de la norma que se trató de eludir»; así pues será la interpretación judicial la que decidirá la sanción a aplicar: en unos casos decretará la nulidad absoluta de los actos fraudulentos y en otros bastará aplicar la norma que se trató de eludir; todo ello porque el acto en fraude no es nulo, o no lo es directamente, y lo que importa es eliminar el resultado fraudulento (O'CALLAGHAN, 1993).

Ej. En el supuesto analizado de los matrimonios fraudulentos se declarará la nulidad del matrimonio y asimismo la nulidad de la nacionalidad obtenida en base a aquel matrimonio.

Tema 6

La relación jurídica y el Derecho subjetivo

1. LA RELACIÓN JURÍDICA

1.1. Las situaciones jurídicas: sus tipos

La «situación jurídica» es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, que el ordenamiento jurídico valora y regula. Las situaciones jurídicas pueden ser: *situaciones unisubjetivas*, cuando son maneras de estar o estados de la persona en sí misma considerada; o *situaciones intersubjetivas*, cuando el Derecho valora la situación en que una persona se encuentra con respecto a otras (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La *situación unisubjetiva*, según Díez-Picazo y Gullón, puede consistir en: a) un modo de estar o de «ser» de la persona, jurídicamente valorado (ejemplo, ser mayor de edad, estar casado, etc.); b) un modo de estar la persona respecto de los bienes (ej. derecho de propiedad, usufructo, etc.). Dentro de las situaciones intersubjetivas destaca la idea de «relación jurídica».

1.2. La relación jurídica

1.2.1. Concepto

La doctrina tradicionalmente ha definido las relaciones jurídicas como aquellas situaciones sociales, de persona a persona, en cuanto que son reconocidas por el ordenamiento jurídico y de ello se extraen efectos o consecuencias jurídicas (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Esta definición presenta una serie de imprecisiones puesto, que hay relaciones sociales como la *amistad*, *la enemistad*, *el noviazgo*, *relaciones amorosas*, etc., que pueden ser tenidas en cuenta de forma lateral por el ordenamiento jurídico, y atribuirles consecuencias jurídicas, sin que de ello se pueda deducir que la amistad, por ejemplo, constituya una relación jurídica. El tema de la amistad no está jurídicamente regulado, el ordenamiento jurídico no regula los derechos y obligaciones que el amigo tiene con respecto del amigo, porque en verdad no existen. No hay relación jurídica por el hecho de que a una situación se le ligue algún efecto jurídico.

Hay que excluir del concepto de relación jurídica las relaciones sociales o vitales que el ordenamiento jurídico contempla solo para extraer de ellas algunos laterales y episódicos efectos. Hay que separar la relación jurídica las meras relaciones de interconexión o de contacto interpersonal como las denominadas «relaciones de vecindad». La relación solo será jurídica tal cuando sea cauce para la realización de funciones económicas o sociales.

La relación jurídica, según Díez-Picazo y Gullón (2003) también puede definirse de modo más preciso como: «Una situación en la que se encuentran dos personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la considera además, como un cauce idóneo para la realización de una función merecedora de la tutela jurídica». En este sentido sí pues podemos hablar, por ejemplo, de la *relación conyugal*, que, por la contracción del matrimonio, nace entre el marido y mujer, o la *relación arrendaticia* que el contrato de arrendamiento genera entre arrendador y arrendatario.

La relación jurídica tiene su origen en un hecho jurídico (el matrimonio, el contrato, etc.) y engloba o puede englobar un conjunto, una trama de poderes, facultades, deberes, etc., que corresponden a las personas que en ella intervienen. Se entiende por hecho jurídico a todo suceso al que el ordenamiento atribuye la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, pérdida o la modificación de un derecho (ALBALADEJO, 2002).

Al conjunto de normas referentes a las relaciones jurídicas de una cierta clase, o en general de una figura jurídica determinada se le llama institución jurídica. En tal sentido es una institución el matrimonio (en cuanto forman una unidad las normas relativas a él), otra la propiedad, la compraventa, etc. (ALBALADEJO, 2002).

1.2.2. Estructura de la relación jurídica

Los elementos estructurales de la relación jurídica son los sujetos y el objeto de la relación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

1º Los sujetos de la relación jurídica son los sujetos entre los que la relación se establece. La relación jurídica siempre se establece entre personas, por lo que no se ajusta a una buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para referirse a la situación en que se encuentra un persona respecto de una cosa. La relación se polariza en dos términos personales (ej. Acreedor y deudor, arrendador y arrendatario).

Dentro de los sujetos de la relación jurídica cabe distinguir entre un sujeto activo y uno pasivo. Al sujeto activo le corresponden posiciones activas de poder jurídico, es decir derechos subjetivos y facultades. Al sujeto pasivo se le imponen deberes jurídicos y frente al mismo se dan los derechos o facultades del sujeto activo (DÍEZ-PICAZO, 2008).

La cualidad que a una persona le atribuye el estar en una relación jurídica o el ser sujeto activo de ella se denomina «titularidad» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). No obstante, la distinción ente sujetos activos y pasivos no es absoluta, puesto que en muchas relaciones jurídicas patrimoniales (compraventa, arrendamiento, etc.) pueden confluir al mismo tiempo en una misma persona derechos y obligaciones.

2º El objeto de la relación jurídica es la materia social que queda afectada por la relación y, en definitiva, los bienes e intereses que a la misma se refiere. Así, la conducta o comportamiento de otras personas en cuanto pueda ser valioso para el titular (prestaciones de servicios, relaciones de trabajo) o los bienes económicos, que a su vez pueden ser cosas materiales, energías y bienes inmateriales o intelectuales (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

1.2.3. Contenido de la relación jurídica

Toda relación jurídica es cauce de realización de una función social o económica, para que esta pueda lograrse se atribuyen a los sujetos situaciones de poder jurídico, mediante las cuales se posibilita que uno de los interesados logre sus aspiraciones y situaciones de deber, en virtud de la cual los interesados deben necesariamente adoptar una determinada conducta (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El poder jurídico existe siempre que el ordenamiento jurídico atribuye a una persona la posibilidad de que mediante un acto de su voluntad, exija a otra u otras un cierto comportamiento o imponga unas determinadas consecuencias jurídicas.

Los poderes jurídicos pueden ser:

- 1º *Derechos subjetivos*. Se trata de situaciones de poder jurídico, institucionalizadas por el ordenamiento jurídico, y están conformadas por un haz o grupo de facultades unitariamente agrupadas, que se entregan a su titular dejando a su arbitrio su ejercicio y defensa.
- 2º *Potestades*. Son poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que esta realice sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otras personas, de suerte que su

ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en función de los intereses a cuyo servicio se encuentran (ej. potestad paterna, etc.).

3º *Facultades*. Son posibilidades de actuación que se atribuyen a la persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio (ej. facultad de enajenación del propietario) o bien con independencia de cualquier clase de derecho (ej. facultades declarativas o modificativas de un estado civil, etc.).

El deber jurídico consiste en la necesidad de observar cierto comportamiento (acción u omisión) que viene impuesto por las normas reguladoras de la relación a las personas que intervienen en esta (ALBALADEJO, 2002). A la idea de deber jurídico acompaña siempre la de «responsabilidad», que es la necesidad de soportar las consecuencias que aporta el incumplimiento del deber jurídico. Así el deudor responde con sus bienes del cumplimiento de todas sus obligaciones (art. 1.911), pero también se es responsable de los daños y perjuicios que el incumplimiento puede acarrear (1.101 cc) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003).

2. EL DERECHO SUBJETIVO

Las relaciones jurídicas originan derechos subjetivos a favor de las personas que en ellos intervienen. El concepto de Derecho subjetivo hay que ponerlo en relación con el Derecho objetivo, este es una regla de derecho dirigida a unos destinatarios determinados, a los que se impone o prescribe un determinado comportamiento (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003). El derecho subjetivo, por el contrario, es la posibilidad que tienen aquellos ciudadanos de ejercitar poderes para la satisfacción de unos intereses propios, según el arbitrio (aunque no absoluto ni indiscriminado) de la voluntad de aquellos.

Para Albaladejo (2002), el derecho subjetivo constituye «un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa utilidad o comportamiento, etc.) concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección».

Para Díez-Picazo, el derecho subjetivo es aquella situación de poder que permite hacer posible la atribución y la protección de una esfera de señorío de la persona sobre los bienes necesarios del desarrollo de su propia personalidad.

El poder –derecho subjetivo– concedido para obrar (*facultas agendi*) nace del Ordenamiento o Derecho objetivo (*norma agendi*) que además de reconocerlo, lo protege e impone para que sea respetado; permitiendo reprimir las violaciones de que se le haga objeto y obtener incluso coactivamente aquello para lo que el poder faculta (ALBALADEJO, 2002).

Frente al derecho objetivo –ley, costumbre, principios generales del Derecho– los derechos subjetivos de los ciudadanos delimitados y agrupados por aquel, son la realidad del Derecho civil (ALBALADEJO, 2002).

3. ESTRUCTURA DEL DERECHO SUBJETIVO

De acuerdo con la doctrina mayoritaria la estructura del derecho subjetivo está compuesto por un sujeto al que pertenece, un objeto sobre el que recae y un contenido que encierra.

3.1. El sujeto del Derecho subjetivo

Sujeto del Derecho subjetivo es la persona a la que pertenece el poder en que tal derecho consiste. Esa pertenencia del derecho subjetivo a una determinada persona, se conoce con el

nombre de titularidad (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003). El sujeto es necesario para el Derecho del subjetivo pero puede estar indeterminado de forma transitoria, si bien, mientras tanto, se designará la presencia frente al poder de un *titular interino*.

Ej. Los derechos del concebido y no nacido; la herencia yacente, es decir todavía no aceptada por los futuros herederos.

El sujeto puede ser uno solo (titular único) o plural (cotitulares).

Un supuesto de cotitularidad lo constituye la copropiedad de varias personas sobre una misma cosa.

3.2. El objeto del Derecho subjetivo

De acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2003), el objeto del derecho subjetivo está constituido por todas aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular o idóneas para satisfacer intereses suyos, tales como:

- 1º Las cosas materiales como una finca, un automóvil o un cuadro.
- 2º Los bienes inmateriales o creaciones intelectuales del hombre, como las obras literarias y artísticas, los inventos industriales, los signos distintivos de una empresa o de las mercaderías por ella producidas (marcas de fábrica, nombres comerciales, etc.).
- 3º Las energías de la naturaleza (ej., la electricidad).
- 4º La conducta o comportamiento de otras personas, en la medida en que en sí misma considerada o en los resultados a los que puede dar lugar, es susceptible de producir una satisfacción o utilidad a aquel sujeto en cuyo favor se preste (DÍEZ-PICAZO, 2008).

Por razón de su objeto, los derechos subjetivos se suelen clasificar en patrimoniales y no patrimoniales. Los *derechos patrimoniales* son aquellos que tienen por finalidad atribuir a la persona un poder de contenido económico o que recaen sobre un objeto evaluable en dinero, como una cosa, una obra literaria, la conducta de una persona consistente en entregar una cantidad de dinero, etc. Los derechos patrimoniales, pueden dividirse en derechos reales, que confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa; y derechos de crédito, que confieren a su titular un poder sobre la conducta de una persona. Los *derechos no patrimoniales* son aquellos cuyo objeto no puede evaluarse en dinero, como los derechos de la personalidad: honor, propia imagen, etc.

3.3. El contenido del Derecho subjetivo

Se denomina *contenido* del derecho subjetivo al ámbito de poder, es decir, a las capacidades o posibilidades de actuación que corresponde al titular del derecho subjetivo respecto del objeto sobre que recae; este ámbito de poder variable según cada derecho.

Según Díez-Picazo y Gullón (2003), podemos establecer dos clases de contenido, abstracto y específico.

3.3.1. Derechos subjetivos de contenido abstracto

Todo derecho subjetivo cuenta con tres planos: un haz o conjunto de *facultades* jurídicas; un conjunto o serie de *deberes*; y unos determinados mecanismos de *protección jurídica*.

- 1) Las *facultades*. Inicialmente el contenido de todo derecho está constituido por una serie de posibilidades de actuación denominadas «facultades». El Código Civil no distingue

entre derechos y facultades. Un ejemplo de esta confusión terminológica la tenemos en el art. 348 cc en el que se dice que «la propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa...». Puesto que en realidad el derecho subjetivo es la propiedad y mientras que el goce y disfrute, son las facultades sobre aquel derecho.

- 2) Los *deberes y cargas*. Son el reverso de las facultades y, en el caso de los deberes constituyen la situación especial que el derecho impone a otras personas. Éstos pueden ser deberes de respeto de la situación del titular, (ej. deber de respeto de la propiedad) o deberes de conducta impuestos a determinadas personas (ej. el deudor ha de entregar determinada cantidad de dinero al titular del derecho subjetivo de crédito).

Generalmente los *deberes* que integran el contenido del derecho subjetivo son deberes a cargo de otras personas, si bien en algunas ocasiones hay deberes a cargo de la misma persona que es titular de los derechos (ej. en el cc el propietario en el caso del art. 389 y 1.906 a 1.908).

El art. 389 establece que «Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenaza ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo».

Los arts. 1.906 a 1.908 se refieren a supuestos de responsabilidad extracontractual por parte del dueño de heredades de caza por los daños causados en las fincas vecinas; de la responsabilidad del dueño de una casa por los daños que cause la ruina de esta; finalmente también se contempla el caso de responsabilidad de los dueños por los daños que causen los humos, explosiones, caídas de árboles, emanaciones nocivas, etc., que tengan su origen en sus fincas

Las *cargas* son conductas que el titular del derecho subjetivo ha de cumplir para obtener la satisfacción de un interés a la que aspira. (Ej. Si queremos que el juez condene al demandado a que nos pague unos daños, tendremos la carga de la prueba, es decir, tenemos que demostrar que se nos han causado los daños (art. 217 LEC).)

- 3) Los *mecanismos de protección jurídica*, todo derecho subjetivo es siempre una situación jurídica especialmente protegida, forma parte del derecho la especial protección que este recibe. La protección consiste en la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que este actúe en defensa del interés.

3.3.2. Derechos subjetivos de contenido específico

La Ley, de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2003), es la que define cada derecho en concreto, por lo que habrá que remitirse a la misma para encontrar el contenido de cada derecho en particular. Así pues en el art. 348 se establece el contenido del derecho de propiedad. No obstante, el contenido de un derecho no puede deducirse sin más de la definición de una ley, sino que por regla general, hay que poner en relación una serie de normas para encontrar la panorámica del contenido de un derecho.

Ej. El contenido del derecho de propiedad no se agota con el art. 348 cc, por lo que para averiguar todo el contenido del derecho mismo, habrá que poner en relación el art. 348, con otras normas como p.ej. las que regulan la expropiación forzosa, los frutos, la accesión, etc.

En ocasiones, encontrar el contenido no resulta tarea fácil la de, puesto que puede que la ley no lo regule suficientemente o la autonomía de la voluntad introduzca variantes en él (vid. art. 594 en materia de servidumbres).

4. CLASES DE DERECHOS SUBJETIVOS Y SITUACIONES JURÍDICAS.

Los derechos subjetivos también pueden dividirse en las siguientes categorías:

4.1. Derechos absolutos y relativos

Por razón de la eficacia, es decir, atendiendo al alcance o extensión de la posibilidad de exigir su cumplimiento los derechos pueden ser: absolutos y relativos.

4.1.1. Derechos absolutos

Son aquellos derechos que pueden ejercitarse frente a todos los demás sujetos de un determinado orden jurídico (es decir, los que originan un deber general de respeto). Los derechos absolutos tienen eficacia frente a todo el mundo (eficacia *erga omnes*), puesto que no solo confieren un poder inmediato y directo sino que excluyen la intervención ajena en la esfera de su señorío; imponiendo a los demás el deber de respetarlo (ALBALADEJO, 2002). Son derechos absolutos los derechos reales (ej. propiedad) y los derechos de la personalidad.

Tradicionalmente se ha dicho que los derechos absolutos pueden manifestarse en dos niveles: como derechos personalísimos o derechos que conciernen a la persona en sí misma (así la vida, el nombre, el honor, la propia imagen, etc.) y como derechos reales o derechos que recaen sobre objetos del mundo exterior al sujeto. Ahora bien, unos y otros se caracterizarían, en todo caso, porque pueden ser lesionados por cualquier sujeto y, consecuentemente, gozan de una protección que tutela su ejercicio de forma universal.

4.1.2. Derechos relativos

Son los que confieren a su titular un poder sobre la conducta de una concreta persona, (como el que corresponde al acreedor sobre el deudor). A diferencia de los absolutos se dirigen solo contra una persona individualmente determinada frente a la que ostentan el derecho subjetivo y no frente a todos (ALBALADEJO, 2002).

Ej. El derecho de crédito solo se detenta frente a una persona (o varias concretas y determinadas) con la que se ha celebrado un contrato, de compraventa, arrendamiento, etc.

Esa facultad o poder que solo puede ser ejercido frente al sujeto o sujetos que asumieron el compromiso de realizar una determinada conducta. Son derechos relativos los derechos de crédito.

4.2. Derechos de la personalidad, de familia y patrimoniales

Por razón del objeto del derecho, estos pueden ser:

- *Derechos de la personalidad*: ciertas cualidades de la persona o ciertos atributos, aspectos o manifestaciones de la personalidad derecho al honor, derecho a la propia imagen, etc.

- *Derechos de familia*: son derechos atribuidos a la persona como consecuencia de la posición en que esta se encuentra dentro de las relaciones de naturaleza familiar (ej. derechos entre los cónyuges, derechos derivados de la filiación, etc.).
- *Derechos patrimoniales*: son poderes destinados a realizar los fines económicos de la persona (p. ej. propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.).

5. NACIMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El poder o facultad de disposición. Como quiera que el derecho subjetivo se confía al arbitrio de su titular, corresponde a este la posibilidad de realizar toda una serie de actos que afecten a la sustancia y subsistencia del derecho. A esta posibilidad se le denomina poder o facultad de disposición, y consiste en la enajenación o transmisión del derecho a otra persona, la constitución a partir del mismo de otros derechos limitados y la posibilidad de extinguir el derecho renunciándolo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

5.1. El nacimiento del Derecho

El nacimiento de un derecho es su origen o devenir a la vida. El momento en que el nacimiento tiene lugar se produce cuando concurren todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. La adquisición de un derecho es la atribución de este a una persona que se convierte en titular del mismo. La adquisición puede ser originaria o derivativa; nos encontramos ante el primer supuesto, cuando el adquirente, sin basarse derecho anterior alguno, adquiere uno ex novo.

Ej. Cuando alguien se apropia de una cosa (caza) que no tenía dueño. O se construye una casa en un solar de su propiedad.

Es derivativa cuando el adquirente para hacer suya la cosa se basa en la pérdida del mismo por aquel a quien pertenecía, o en que un derecho de este quede reducido o limitado, constituyéndose con las facultades que le resten, un nuevo derecho a favor del adquirente.

El primer supuesto, el que se basa en la pérdida de un derecho, hablamos de la adquisición derivativo-traslativa, puesto que un mismo derecho se traslada a otra persona.

Ej. La compraventa, en ella el comprador adquiere la cosa porque el vendedor se despoja de ella (pierde su propiedad).

El segundo caso es el de la adquisición derivativo-constitutiva, en el sobre la base un derecho más amplio se constituye otro más restringido que es el que recibe el adquirente.

Ej. Mediante el derecho de usufructo se adquiere el derecho a utilizar una cosa cuya propiedad pertenece a otra persona, es decir, que sobre la base del derecho de propiedad ajena constituiremos uno nuevo que a su vez comportará una limitación del primero. La adquisición derivativa, al mismo tiempo puede ser inter vivos o mortis causa, según que el derecho se transmita entre vivos (ej. la donación o la compraventa) o bien que se transmitan a causa de la muerte de una persona (ej. la herencia o el legado).

5.2. La modificación de un Derecho

La modificación de un derecho es toda alteración que sufre desde que nace hasta que se extingue. Las modificaciones pueden ser subjetivas, referidas al titular del derecho, cuando se cambia de titular o aumenta o disminuye su número y objetivas, referidas a la cosa, pudiendo ser cuantitativas cuando aumenta o disminuye la cosa (ej. El dueño de una casa la eleva un piso más) o cualitativas cuando se transforma la cosa (ej. La deuda no pagada se transforma en una indemnización de daños y perjuicios).

5.3. La extinción de un Derecho

La extinción de un derecho es su muerte o fin. Sus causas como las de su nacimiento pueden ser muy variadas y dependerán de la naturaleza del derecho.

Ej. la muerte de su titular si el derecho era personalísimo, por el transcurso del plazo que tenía de vida un arrendamiento, la destrucción de la cosa, etc.

El derecho también puede extinguirse por pérdida o renuncia:

La pérdida de un derecho es su separación del titular a quien pertenecía. Toda extinción provoca una pérdida, en cuanto que se acaba el derecho cesa para su titular; pero cuando el derecho se pierde por transmisión, subsiste a pesar de su pérdida.

Ej. cuando se vende una casa, el propietario pierde su derecho de propiedad pero este subsiste para el nuevo adquirente.

La renuncia es una forma de perder los derechos mediante la que el titular del derecho hace dejación voluntaria del mismo sin transmitirlo a ninguna otra persona, simplemente se desprende de él. Dicha renuncia solo será válida en el supuesto de que se haga dentro de los límites del art. 6.2 cc, es decir, sin contrariar el interés o el orden público ni perjudicando a terceros.

6. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONFORME A LA BUENA FE Y EL ABUSO DE DERECHO

6.1. Límites en el ejercicio de los derechos

Se entiende por ejercicio del derecho subjetivo la realización del acto o serie de actos o actividades para los que faculta o autoriza el poder concedido por el ordenamiento jurídico (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Ejemplo: el propietario de una finca edifica en la misma, el titular de un derecho de usufructo utiliza la cosa, etc.

El derecho subjetivo, por consistir en una situación de poder concedida por el ordenamiento jurídico como cauce de realización de sus legítimos intereses, no puede ejercitarse de forma ilimitada o arbitraria, debiendo someterse a los siguientes límites (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003):

- a) Límites naturales. Estos derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través del mismo se trata de realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esa naturaleza y la definición legal implica el establecimiento de sus linderos o confines.

Ej. El derecho de usufructo no legitima a su titular para que venda la cosa usufructuada.

b) Colisión de derechos. Un derecho puede verse limitado por el hecho de que entre en colisión con otro derecho perteneciente a distinta persona. La colisión de derechos se resuelve por el ordenamiento jurídico acudiendo a diferentes criterios:

1º Estableciendo una jerarquía entre los derechos en colisión, prefiriendo el derecho de superior rango y sacrificando el inferior. En ocasiones la distinción se realiza por: a) La mayor antigüedad del derecho, se prefiere el más antiguo al más moderno. b) La naturaleza o causa del crédito (arts. 1.922 a 1.924 cc).

2º Protegiendo a quien se haya adelantado en el ejercicio del derecho subjetivo (ej. el art. 1.473, protege al primer poseedor de buena fe de la cosa, en el supuesto de la doble venta).

3º Estableciendo la igual condición de todos derechos en colisión, imponiendo un sacrificio igual y proporcionado a todos ellos.

Ej. Si el patrimonio del deudor es insuficiente para satisfacer todas las deudas, los acreedores que no tengan algún tipo de preferencia cobrarán de forma prorrateada (principio de igualdad de los acreedores *par conditio creditorum*).

Al lado de los anteriores límites es posible encontrar otros límites genéricos que son aplicables a todos los derechos subjetivos. Este es el caso de la buena fe y el abuso del derecho.

6.2. La buena fe en el ejercicio de los derechos

Para Puig Brutau (1977), aunque el derecho subjetivo signifique la concesión de un poder jurídico a una persona, este poder ha de ejercitarse conforme a la buena fe incluso dentro de los límites derivados del contenido del derecho. Frente al superado principio de que «no causa daño a nadie quien usa de su derecho», se levanta modernamente el principio de la buena fe, que exige que esta sea tenida en cuenta incluso para el ejercicio del derecho propio.

Según Díez-Picazo y Gullón (2003), el ejercicio de un derecho más allá de la buena fe se torna inadmisibles y es antijurídico y ello obliga a reconocer al perjudicado unos medios de defensa para enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho.

Este principio aparece formulado en el art. 7º.1 del cc según el cual «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

La buena fe tiene dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo.

- La buena fe subjetiva se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe un tratamiento favorable del Derecho por encontrarse en la creencia, nacida de un error inexcusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se está valorando un estado psicológico del individuo que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. La norma aplicable será elegida a través de la averiguación y determinación de cual ha sido la efectiva creencia o intención personal del sujeto.

Esta buena fe subjetiva tiene varias aplicaciones en nuestro derecho: en materia de adquisición de buena fe (arts. 361, 382, 383); posesión de buena fe (arts. 433, 451, 1.940). En el caso del art. 433 se dice que: «Se reputa poseedor de buena fe el que ignora que en su título o modo de adquirir exista un vicio que lo invalide»; vendedor de buena fe; (arts. 1.487, 1.488) cesión de créditos de buena fe (arts. 1.529 y 1.530).

- La buena fe objetiva se trata de un criterio de valoración, un estándar o tipo de conducta; fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales, esta buena fe se desenvuelve sobre todo en el campo del Derecho de obligaciones y en la teoría general del negocio jurídico.

A la buena fe objetiva se refiere el art. 1.258 del cc cuando dice que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino, también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». En esta caso la buena fe, como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley ; es decir que adquiere –como apunta De Los Mozos (1965)– función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva, que no se halla basada en la voluntad de las partes sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial.

Son supuestos típicos de ejercicio de derechos subjetivos contrarios a la buena fe:

- a) La actuación contraria a los propios actos del titular.
- b) El retraso desleal.
- c) El abuso de la nulidad por motivos formales.
- d) El alegar incumplimiento por faltar una mínima parte de la prestación debida.
- e) La ligera transgresión del plazo contractual, a pesar de que autorice en principio al acreedor para rechazar la prestación.

6.3. El ejercicio abusivo del Derecho subjetivo

Como dicen Díez-Picazo y Gullón (2003), «el acto realizado en el ejercicio de un derecho es, por principio, un acto lícito y justo». De ese modo en el supuesto de que del acto del ejercicio del derecho se originase un daño para otra persona, al existir una causa de justificación, ya que el acto se produjo en el ejercicio de un derecho, no habría responsabilidad y ni cabría reparación del daño causado.

De este modo fue elevado a la categoría de dogma la regla de que «el que usa su derecho no causa daño a nadie» (*nemimen laedit qui suo iure utitur*). No hay daño porque no hay lesión injusta. El hecho de actuar en el ejercicio de un derecho excluye el carácter ilícito del acto.

No obstante, el mencionado dogma se olvidaba de aquellos supuestos en los el acto de ejercicio había sido realizado con la intención de causar perjuicio. De este modo la doctrina medieval elaboró la teoría de los «actos de emulación», que comprendía aquellos actos que aun siendo realizados en el ejercicio de un derecho (normalmente un derecho de propiedad), se hacen sin propia utilidad y con la intención manifiesta de causar daño a otro. Ejemplo: El vecino que levanta una pared con el propósito de privar de luz a su vecino o el que almacena estiércol para molestar con su olor al vecino.

La doctrina de los actos de emulación ha sido superada; en primer lugar, ante la dificultad de demostrar el ánimo de dañar, se repara en la falta de utilidad del acto ejercido por su autor deduciéndose de esa inutilidad la existencia del ánimo de perjudicar y porque además la intención de perjudicar raramente se presenta aislada, puesto que puede que aparezca acompañada de la intención de obtener una utilidad o ventaja, que no hace menos reprochable el acto.

Ej. Quien teniendo un negocio en una finca, levanta una valla publicitaria en la misma (interés legítimo) pero la levanta de tamaño desmesurado y pegada prácticamente a la ventana de su vecino para fastidiarle al privarle de luz (actuación reprochable).

La doctrina del abuso del derecho contempla todos los supuestos mencionados y establece (CORNIL, 1928) que si el derecho subjetivo es un poder que se concede a la persona para lograr la satisfacción de sus necesidades o intereses o para cumplir los fines que el Derecho objetivo pretende, no es admisible un ejercicio que esté en contra de la finalidad para la que le es concedido, o en su forma más radical en un ejercicio en forma antisocial.

En el art. 7.2 del cc aparece recogida la figura del abuso del derecho:

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

En este artículo se contempla el abuso del derecho como sinónimo de su ejercicio antisocial del mismo y, al referirse a los «límites normales del ejercicio de un derecho» se está afirmando la existencia de un derecho normal y otro anormal de los derechos subjetivos.

La doctrina del Tribunal Supremo (sts 22-9-1959, R. 3359 y 14 febrero 1944, R. 2939) recoge los requisitos exigidos para que se produzca el abuso del derecho.

- 1º Uso de un derecho objetivamente o externamente legal (Ej. levantar un valla dentro de una propiedad).
- 2º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica (ej., el vecino no tiene derecho a prohibir que se levante la valla publicitaria porque no tiene derecho a las vistas, puesto que esta se levanta respetado las distancias legalmente establecidas y respetando las leyes administrativas de la construcción).
- 3º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente, sin un fin serio o legítimo. Ej. Levantamos una pared de ladrillos delante de la ventana del vecino) o bajo una forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Ej. El que levanta una valla publicitaria de su finca pero delante de la ventana del vecino –con el que tiene malas relaciones- cuando tenía lugar de sobra en el resto de su finca para ubicarla.

7. LOS LÍMITES TEMPORALES DEL DERECHO SUBJETIVO: LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD

Los derechos subjetivos están con frecuencia sometidos a un límite temporal que puede afectar a su existencia o bien a la admisibilidad de los actos de ejercicio del derecho (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Las exigencias de la *buena fe* y de la *seguridad en el tráfico* imponen que se marquen límites temporales máximos de ejercicio de los derechos que permanecen actualmente inactivos (LASARTE, 2005). Los límites temporales se imponen a través de dos figuras jurídicas: la prescripción y la caducidad.

7.1. La prescripción extintiva

7.1.1. Ubicación sistemática

El Título XVIII, del Libro IV del Código Civil lleva por rúbrica «De la prescripción», y en dicho título se regulan dos instituciones distintas: en primer lugar, la prescripción adquisitiva o usucapión, a la que se refiere el art. 1.930.1 cuando establece que «por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y los demás derechos reales». Finalmente, la prescripción extintiva o simple prescripción, que se menciona en el art. 1.930.2 cc al establecer que: «también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean» (PUIG I FERRIOL, 2005).

Pese a la regulación conjunta de las dos instituciones, la doctrina las estudia de forma separada por las profundas diferencias que las separan. La prescripción adquisitiva tiene su sede natural en el ámbito de los derechos reales o de cosas, mientras que la simple prescripción está ubicada en las obligaciones y contratos (arts. 1.961 a 1.975 cc).

7.1.2. Concepto y fundamento

La prescripción puede definirse como una forma de extinción de los derechos y las acciones derivada de la falta de ejercicio por su titular durante el plazo de tiempo señalado por la ley (PUIG I FERRIOL, 2005). La falta de ejercicio del derecho, según Díez-Picazo y Gullón (2003), es la inactividad del titular ante su lesión. Ej. El acreedor que no reclama el pago de una deuda; el propietario que no impide que un tercero ocupe su finca, etc.

El fundamento de esta figura se encuentra en que es necesaria para el *orden social* y para la *seguridad jurídica*. No sería justo que una persona resucitase viejas pretensiones, y poner en peligro la situación quieta y pacífica mantenida por otras personas durante largo tiempo. Además es justo que el titular de un derecho sea diligente en orden a su ejercicio, y que si no lo es que el perjuicio deba depararle para él. La prescripción pretende evitar el ejercicio intempestivo de un derecho (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

7.1.3. Objeto de la prescripción

Según la regla del art. 1.930.2 parece ser que son extinguidos por prescripción cualquier clase de acciones y derechos, puesto que el precepto se refiere tanto a derechos de crédito y como a derechos reales, es decir derechos de naturaleza patrimonial (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Por el contrario la institución de la usucapión solo es aplicable a los derechos reales.

7.1.4. Presupuestos de la prescripción extintiva

Para que la prescripción extintiva opere han de cumplirse los siguientes requisitos (LASARTE, 2005):

- 1º Que el derecho sea prescriptible. Lo cual de acuerdo con el art. 1.930.2 es la regla general en nuestro derecho en relación con los derechos patrimoniales. No obstante, algunos derechos en vez de prescribir, caducan.
- 2º Que el derecho en cuestión permanezca inactivo, no ejercitado, pudiéndolo haber sido.
- 3º Que transcurra el plazo señalado por la ley sin ejercitarse el derecho.

4º Que producido un acto extemporáneo (fuera de plazo) de pretendido ejercicio del derecho, el sujeto pasivo contra el cual se ejercita, alegue la prescripción ya producida y no haya renunciado a ella.

7.1.5. Cómputo de los plazos de prescripción

El cómputo de los plazos de prescripción, según el art. 1.969, se inicia desde el momento en que el derecho de que se trate pudo ser ejercitado, salvo que la ley disponga otra cosa diferente.

Según Díez-Picazo y Gullón (2003), la expresión «desde que pudieron ejercitarse» significa que el derecho comienza a prescribir desde que es violado, es decir cuando un tercero lesiona el derecho bien sea mediante un comportamiento positivo o negativo según el caso. No es suficiente que el derecho haya sido violado sino que además se exige que el agraviado haya conocido o haya podido haber conocido la existencia de la violación (art. 1.968.2º).

En los arts. 1.970 a 1.972 se contienen especialidades en cuanto al momento inicial del cómputo de la prescripción.

7.1.6. Interrupción y suspensión de la prescripción

El titular del derecho que permanece inactivo puede ejercitar eficazmente su derecho mientras no venza el plazo de prescripción. Si dentro del plazo de prescripción se realiza un acto de ejercicio del derecho, el transcurrir de la prescripción cesa, *se interrumpe*, lo que supone que nuevamente se ha de empezar a contar el plazo desde el principio, en el supuesto de que volviese a producirse una nueva etapa de inactividad (LASARTE, 2005). La interrupción borra el plazo anterior, es por ello por lo que hay que volver a empezar a computarlo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Cuestión diferente de la interrupción, es la suspensión de la prescripción, en esta se produce una paralización del plazo prescriptivo, pero a diferencia de la interrupción aquí el plazo transcurrido conserva su eficacia, de manera que el plazo anterior y el posterior a la suspensión pueden sumarse. La suspensión de la prescripción no está regulada por el cc, aunque las partes pueden acordarla (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La STS 10 junio 1985 (RJ 3103) dice que el cc no regula la suspensión, en cambio, algunas legislaciones extranjeras la regulan, así los Códigos Civiles de Francia, Austria, Alemania e Italia; sin embargo, en nuestro Código Civil se consideran casos de «interrupción» los que en esas legislaciones se reconocen como de «suspensión» de la prescripción; concepto que solamente se aplica en el ordenamiento español cuando la ley de forma expresa se refiera a ella mandando que el plazo «se reanude» y no que «comience a correr de nuevo».

7.1.7. Las causas de interrupción

Los motivos por los que se puede interrumpir la prescripción están enumerados en el art. 1.973 cc y son las siguientes:

- 1º *El ejercicio judicial del derecho.* Bajo este concepto hay que incluir el hecho de formular la demanda, así como el intento de conciliación llevado a trámite.
- 2º *El ejercicio extrajudicial del derecho.* Cualquier reclamación por el titular del derecho al sujeto pasivo interrumpe la prescripción. (Ej. Requerimiento notarial de pago de una deuda.)

3º *El reconocimiento del derecho*. Este puede ser expreso o tácito y debe de haberse hecho con la finalidad de interrumpir la prescripción. Ej. El deudor que paga intereses dentro del periodo de prescripción, está reconociendo la deuda.

7.1.8. Plazos de prescripción

El Código Civil ha establecido una amplia gama de plazos de prescripción en atención a la naturaleza del derecho o acción que prescribe.

Los plazos más importantes son los siguientes:

- Los derechos reales sobre bienes inmuebles prescriben al los treinta años (art. 1.963) salvo la acción hipotecaria que prescribe a los veinte (art. 1.964).
- Los derechos reales sobre bienes muebles prescriben al los seis años (art. 1.962).
- Los derechos personales prescriben a los 15 años salvo que se establezca otra cosa en la ley.
- El derecho a cobrar prestaciones periódicas pagaderas por plazos inferiores a un año prescribe a los 5 años.
- El derecho a cobrar los servicios profesionales (honorarios de abogado) y otros supuestos, prescriben a los 3 años.
- Los interdictos posesorios y el derecho a reclamar la indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual prescribe al año.

7.1.9. Alegabilidad y renuncia de la prescripción

El efecto de la prescripción es que habiendo transcurrido el plazo de la misma, ya no se puede exigir al sujeto pasivo del derecho (p. ej. el deudor) la conducta activa u omisiva que podía serle impuesta por el titular. De ahí que el abogado una vez transcurrido el plazo de prescripción de 3 años (art. 1.967) que la ley señala para el cobro de sus honorarios profesionales ya no puede exigir a su cliente que le pague.

La prescripción para beneficiar al sujeto pasivo del derecho subjetivo ha de ser alegada por este, de manera que si el titular del derecho ejerce el mismo fuera de plazo y el sujeto pasivo no alega que tal derecho se encontraba prescrito por haber transcurrido el plazo, podrá ser condenado a cumplir a pesar de encontrarse prescrito el derecho. La prescripción no puede ser apreciada de oficio (sin denuncia de las partes) por los Tribunales.

La ley autoriza la renuncia de la prescripción una vez que ha transcurrido el plazo fijado para la misma (art. 1.935.2), sin embargo prohíbe la renunciada anticipada de la prescripción puesto que ello conduciría a permitir que los particulares pudiesen hacer imprescriptibles los derechos (LASARTE, 2005).

7.2. La caducidad

Otra forma de actuar el tiempo como límite de la eficacia de los derechos subjetivos es la caducidad. Se trata también de una forma de extinción de las acciones y de los derechos por el transcurso del tiempo, pero no le es aplicable enteramente el régimen jurídico de la prescripción (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Las principales diferencias entre ambas figuras consisten en que:

- a) La caducidad, a diferencia de la prescripción, no puede ser interrumpida. Ej. El art. 1.524 establece un plazo (que es de caducidad) de nueve días para ejercer el derecho de retracto. El titular del derecho no podrá interrumpir este plazo ni tan siquiera interponiendo una demanda judicial. No hay forma posible de detener el transcurso del plazo de caducidad.

- b) La caducidad puede ser declarada de oficio por el juez aunque el interesado no la alegue, la prescripción solo puede ser declarada si se alega por el interesado, es decir a instancia de parte.
- c) Los plazos de caducidad generalmente suelen ser mucho más cortos que los de prescripción (LASARTE, 2005).

El Código Civil en su primitiva redacción no hacía referencia a la caducidad, por lo tanto el problema que se plantea en algunos preceptos es saber si nos encontramos ante un plazo de prescripción o de caducidad.

Ej. El art. 1.301 cc establece que la «acción de nulidad solo durará cuatro años», sin matizar si el plazo es de prescripción o caducidad. Lo más acertado será atenerse a lo que establezca la doctrina del Tribunal Supremo al respecto. La STS de 6 septiembre de 2006 se decanta por la tesis de la prescripción. Al establecer que «finalmente, en cuanto a la excepción de transcurso del plazo de 4 años fijado en el artículo 1.304 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad». En idéntico sentido la STS 1 febrero 2002 (RJA 1586).

Un criterio aproximado de distinción –aunque tampoco es fiable al cien por cien– es el de la naturaleza del derecho objeto de presunta caducidad, puesto que esta suele recaer o sobre derechos potestativos o sobre facultades de configuración o modificación de una situación jurídica (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Tema 7

La persona física

1. LA PERSONA, CONCEPTO Y CLASES

1.1. Concepto

El Libro I del Código Civil lleva por rúbrica «de las personas», con ello se evidencia, que la persona es el eje central en torno al cual gira el Derecho civil; no obstante, en este Libro I lo que hay es un predominio del articulado relativo a familia con respecto al dedicado a la persona en sentido estricto (PUIG BRUTAU, 1977).

La personalidad es la condición de persona, mientras que capacidad es la condición de capaz (ALBALADEJO, 2002). Jurídicamente es persona todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la comunidad. El ser reconocido como persona conlleva el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o de derechos y obligaciones. Como el Derecho reconoce a la persona capacidad, la persona desde un punto de vista será como el ser capaz de derechos y obligaciones.

Desde el punto de vista de la persona física, resulta que hoy en día en todos los ordenamientos jurídicos actuales todo hombre es sujeto de derecho, y por tanto, persona, a diferencia de los ordenamientos primitivos en relación con los esclavos, a los cuales a pesar de reconocérseles la condición de hombres se les negaba la condición de persona por carecer de todo estado civil, circunstancia esta que les relegaba a la condición de mero objeto de una relación jurídica, y en este sentido tenían la condición de cosa propiedad de otro sujeto.

1.2. Clases de personas

Como consecuencia de la supresión de la esclavitud la diferencia entre hombre y persona ha desaparecido, y así se ha llegado al principio de atribuir a todo hombre la condición de persona o de sujeto de la relación jurídica, y como tal con capacidad de goce de derechos. Cuando el art. 29 cc dice que «el nacimiento determina la personalidad» está proclamándola equiparación entre hombre y persona, por cuanto atribuye la condición de tal a todo ser que tenga un cuerpo humano.

Este concepto de persona ha experimentado una mayor amplitud, haciéndose extensivo no solo al ser humano, al que se le conoce como persona física, sino también a determinadas organizaciones sociales a las que el derecho reconoce o atribuye una personalidad jurídica diferente de las personas que las componen; son las personas jurídicas o morales. La terminología persona jurídica es equívoca en el sentido de que resulta que la persona física, el hombre y la mujer, son también personas jurídicas.

1.3. Caracteres de las normas referentes a la persona

Las normas referentes a la persona física y a su estado, capacidad jurídica y de obrar, son en principio normas imperativas y por lo tanto quedan excluidas del ámbito de la autonomía privada o de la voluntad. El artículo 9.1 cc determina que: «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

Lo que supone que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas tienen un ámbito esencialmente personal, de forma que se aplicarán las disposiciones del Código referentes a

estas materias a todos los españoles, aunque residan en un país extranjero, en tanto que conserven su carácter o condición de españoles. El art. 1.814 cc reafirma el carácter imperativo de las normas jurídicas referentes a la persona al afirmar que estas están excluidas del ámbito de la transacción.

2. COMIENZO DE LA PERSONALIDAD

2.1. Nacimiento y personalidad

La personalidad jurídica (de la persona física) comienza por el nacimiento de acuerdo con el art. 29 del Código Civil y se extingue con su muerte conforme al art. 32. El art. 29 cc establece que: «El nacimiento determina la personalidad», es decir, que se es persona sin ningún tipo de condicionamiento desde que se nace, no obstante esta afirmación del artículo 29 queda desmentida en la segunda proposición del mismo cuando matiza: «pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente».

2.2. Requisitos para ser reputado nacido

El art. 30 dice que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

a) Concepto de figura humana. Este requisito, con antecedentes en las partidas y en las leyes de Toro, debe interpretarse en el sentido de no dar prevalencia a la configuración externa del recién nacido sino a su constitución interna, lo que conlleva a negar la figura humana al nacido con unos órganos vitales dispuestos en tal forma que demuestren una ineptitud para seguir viviendo aunque se supere el requisito de las veinticuatro horas. (Ej. acefálos, bicéfalos, hidrocefálos, etc. que no tienen posibilidad de vida más allá de unos pocos días se reputan como figura no humana.)

b) Que el nacido viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

El nacimiento, a la luz del art. 30, no se produce cuando el ser sale del claustro materno sino cuando se produce la rotura del cordón umbilical («enteramente desprendido del seno materno»).

El hecho de la existencia este plazo, conocido como el de la viabilidad legal, obedece a exigencias prácticas, sobre todo para evitar las dudas planteadas por aquellos seres de los que se cuestiona si nacieron o no con vida, y que por lo tanto podrían o no heredar al padre; ya que en el supuesto de no existir la viabilidad legal, la madre sería la heredera del fallecido a los pocos instantes de nacer, cuando este era hijo de padre premuerto.

2.3. Momento del nacimiento

A pesar de que se es persona por el nacimiento, el Derecho no considera como tal al nacido, no se le atribuirán efectos civiles, es decir, capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones), hasta después de transcurridas las veinticuatro horas de vida. Cuando ya han transcurrido las veinticuatro horas, se retrotraen los efectos de esta declaración, y para el Derecho se

admite que se es persona, una vez cumplida esta *conditio iuris* desde que se nace, y superado el plazo de viabilidad legal, será la fecha y hora exacta del momento del nacimiento los que consten en la inscripción de nacimiento (art. 170.1, Reglamento Registro Civil); la prueba del nacimiento obtiene de aquella obligatoria inscripción practicada en el Registro Civil.

2.4. Partos dobles o múltiples

Cuando se produce un parto doble, la ley otorga el carácter de primogénito al nacido primero, según el art. 31 cc; ello será únicamente relevante en aquellos casos en que la ley concede una preferencia al mayor de edad para ocupar determinados cargos o para el desempeño de determinadas funciones. El Código silencia el supuesto de partos múltiples, pero la doctrina establece que lo dispuesto en este artículo debe valer también para estos supuestos, además así lo establece el art. 170.1 RRC.

3. SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO

Puesto que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento en las condiciones establecidas en el artículo 30, es evidente que de este modo se impediría la adquisición de cualquier tipo de derechos, sobre todo sucesorios, por aquellos seres que se encuentran solamente concebidos. Este ha sido el problema del hijo póstumo, el nacido tras la muerte del padre, y el problema de la herencia paterna. Si aquel estaba concebido pero no nacido cuando muere el padre, no podría heredarle puesto que uno de los requisitos para poder heredar es que el heredero sobreviva al causante (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Para evitar esa rigurosa consecuencia el Derecho romano ya dispuso una protección para el concebido y no nacido, no es que se le hubiese reconocido la personalidad sino que se le protegieron sus intereses como futura persona; en esa línea el art. 29 del cc establece que «... el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables...».

El art. 29 no reconoce al concebido personalidad desde el momento de la concepción, aunque fuese provisional y resolubles en el caso de no nacer con las condiciones del artículo 30, como se demuestra por circunstancia de que el *nasciturus* carezca de representante legal. El concebido no es persona ni tampoco posee una personalidad especial o limitada. La equiparación entre concebido y nacido es parcial (para los efectos que le sean favorables) y además sometidos a la condición de que nazca con los requisitos del art. 30.

Tampoco se le atribuyen derechos siquiera de forma condicional, así pues en materia testamentaria el *nasciturus* llamado a la herencia no tiene ningún derecho sobre ella, lo único que sucede es que el Derecho quiere es asegurar lo que puede adquirir si nace con los requisitos del art. 30. La protección al concebido se limita a una afección de los bienes y derechos, que se le atribuirían si sobreviviese, es decir, a una serie de medidas de protección para que no se destruyan o pierdan. El alcance de la protección se refiere a «los efectos que le sean favorables» lo cual quiere decir que comprende las adquisiciones patrimoniales de carácter gratuito como son las donaciones, herencias y legados.

Fuera del campo patrimonial al concebido y no nacido puede serle reconocida su filiación no matrimonial por ambos cónyuges. Con respecto a las donaciones hechas a los concebidos el art. 627 cc establece que «las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos pueden ser aceptadas por las personas que los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento».

Respecto a la herencia a la que es llamado un concebido el Código dispone una serie de medidas en los arts. 959 y siguientes bajo la rúbrica: «de las precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda encinta» y que en síntesis son las siguientes:

- a) Suspensión de la división de la herencia hasta que se verifique el parto o el aborto.
- b) Adopción de medidas para proveer la seguridad y administración de los bienes hasta el parto o el aborto.
- c) Adopción de medidas para evitar la suposición de parto o de aborto o de que la criatura no siendo viable pase por viable.

4. LA RESERVA DE DERECHOS EN FAVOR DE LOS NO CONCEBIDOS

El Código Civil no admite que puedan ser titulares de derechos los no concebidos, puesto que no se admiten derechos subjetivos sin sujeto. No obstante, mediante una serie de instrumentos, como la sustitución fideicomisaria y las donaciones con cláusulas de reversión se permite la atribución de derechos a los no concebidos (*nondum concepti*).

La posibilidad de un llamamiento a la herencia a personas que no se hallen concebidas en el momento de la muerte del testador, a través de la sustitución fideicomisaria, ha sido tradición histórica en España a través de la desaparecida institución de los mayorazgos (que no eran otra cosa que el derecho a suceder en los bienes dejados con la condición de que se conservasen perpetuamente en la familia), estos bienes se deferían por el orden sucesivo establecido por el fallecido.

Ej. X nombraba heredero universal de todos sus bienes a su hijo, para que este los conservase y a su fallecimiento los transmitiese a su hijo (todavía no nacido) y este al suyo, y así sucesivamente en las generaciones futuras.

En la sustitución fideicomisaria (art. 781 cc), la diferencia es que existe un límite en el número de llamamientos y es que los herederos no pasen del segundo grado (generación).

Ej. En la sustitución fideicomisaria como máximo los bienes quedan vinculados hasta el nieto.

En las donaciones con cláusula de reversión a favor de terceros, (art. 641 cc) sucede algo similar a lo establecido en la sustitución fideicomisaria, el donante puede determinar que a partir de un determinado momento (ej. muerte del primer donatario) los bienes donados pasen a un segundo donatario que todavía no existía en el momento de la primera donación. Tanto en un supuesto como en otro los derechos que se atribuyen a los no concebidos no quedan abandonados puesto que se tienen y disfrutan primero por otra persona.

5. FIN DE LA PERSONALIDAD

Según el art. 32 del cc, «La personalidad civil se extingue con la muerte de la persona». Quedan excluidas de esta forma otros modos de extinción que se conocieron en otras épocas como la esclavitud, muerte civil, etc.; este artículo no determina, a diferencia de lo que ocurre con el art. 30 para con el nacimiento, cuando muere una persona, pues se deja a la ciencia médica el que se encargue de esta cuestión; tradicionalmente se daba por muerto a un organismo cuando se le paraba el corazón y se detenía la circulación y la respiración, hoy en día se acude al criterio de la muerte cerebral (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

No obstante, el Real Decreto 2070/1999, de 30 diciembre, de Trasplante de Órganos, establece en su art. 10 que: «La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte».

6. PREMORIENCIA Y COMORIENCIA

El art. 33 cc establece que «si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quien de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla: a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno u otro».

La presunción de comoriencia se da bajo las siguientes circunstancias:

- 1º Que las personas estén llamadas a sucederse entres sí; ya que es requisito esencial el que el heredero sobreviva al causante para que este pueda heredarle, ahí radica la importancia de la premoriencia que deberá ser probada por aquel que la alega y en caso negativo entrará en juego la presunción de comoriencia o de muerte al mismo tiempo.
- 2º Existencia de un estado de duda de quién ha muerto primero, pues en caso de certeza no entraría en juego la presunción de comoriencia. Luego quien esté interesado en la comoriencia deberá probar la existencia de la duda, y el interesado en la premoriencia deberá probar la muerte de uno con carácter previo al otro.

La presunción de comoriencia es aplicable a cualquier caso en el que dos o más personas hayan fallecido en un mismo suceso (naufragio, accidente, incendio, etc.) como en sucesos diferentes (muerte de cada uno en accidentes acaecidos en lugares diferentes). La prueba de la muerte es la inscripción de defunción en el Registro Civil, que se hace al margen de la inscripción de nacimiento y que da fe de la fecha, hora y lugar en que se produjo la muerte (art. 81 Ley del Registro Civil).

7. LA AUSENCIA CIVIL

7.1. Concepto

Esta figura está regulada en los arts.181 a 192 cc. La declaración judicial de ausencia legal es consecuencia de la necesidad de proveer de modo estable la desaparición de una persona de su domicilio o de su última residencia, cuando esta es algo más que una mera falta de noticias, siempre que concurren una serie de requisitos (O'CALLAGHAN, 1993).

La ausencia declarada no es un estado civil ni produce una modificación de la capacidad de obrar, sino que se pretende solventar el vacío que causa su desaparición en su patrimonio y en su familia (O'CALLAGHAN, 1993).

En efecto, cuando se da la desaparición y los requisitos –situación de hecho, ausencia de hecho– unas personas deben y otras pueden, pedir la declaración de ausencia que se declara por resolución judicial.

7.2. Caracteres

Son características de la ausencia declarada:

- 1º Carácter judicial: se tramita en expediente de jurisdicción voluntaria y se declara por Auto.
- 2º Situación jurídica independiente de las medidas provisionales y de la declaración de fallecimiento. Lo normal es que se declare después de aquellas, pero no hay ningún impedimento para que se declare antes que aquellas o incluso sin haberse declarado aquellas.
- 3º Carácter prácticamente indefinido.

7.3. Requisitos

Los requisitos para la declaración de ausencia son:

- 1º La desaparición de una persona de su domicilio o de su última residencia (art. 183, primer inciso).
- 2º El transcurso de un plazo de tiempo (art. 183, primer párrafo):
 - a) Paso de 1 año desde las últimas noticias o, a falta de estas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderamiento con facultades de administración de todos sus bienes.
 - b) Paso de 3 años, si hubiese nombrado tal apoderado; aun habiéndolo nombrado, si muere o renuncia el mandatario o caduca el mandato y ha pasado un año, se da por cumplido este requisito del tiempo (art. 183, 2º párrafo).

7.4. Sujetos activos

Los sujetos activos de la declaración de ausencia son, bien las personas que tienen el deber jurídico de instar la declaración, bien las personas que tienen la facultad de instarla.

Tienen el deber de instar la declaración de ausencia (art. 182.1º): 1º El cónyuge del ausente no separado legalmente. 2º Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. 3º El Ministerio Fiscal, de oficio o a virtud de denuncia.

Tiene la facultad de instarla (art. 182.2º): «cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte».

7.5. El nombramiento de representante

El efecto esencial de la declaración de ausencia es el nombramiento de un representante; en el propio Auto en el que se declara la ausencia se nombra el representante.

Éste es el representante legal, determinado por la ley, que fija también sus funciones, concretadas esencialmente en el patrimonio del ausente, muy semejante al tutor –también representante legal– que se nombra solo para los bienes del tutelado (art. 236.1.º).

7.5.1. Designación

El artículo 184 determina el orden de designación del representante, salvo motivo grave apreciado por el juez; es el siguiente:

- 1º Cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.
- 2º Hijo mayor de edad; con preferencia del que convivía con el ausente y del mayor al menor.
- 3º Ascendiente más próximo, de menor edad.
- 4º Hermanos mayores de edad, que hayan convivido con el ausente.
- 5º Persona solvente y de buenos antecedentes (es el llamado representante dativo), al que se aplicará la normativa de la tutela y las normas de capacidad especial, excusa y remoción de los tutores (artículo 185, último párrafo).

7.5.2. Deberes

El representante tiene los siguientes deberes:

- 1º Pesquisa de la persona del ausente (art. 184.1 cc).
- 2º Protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 184.1) lo que implica conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles (art. 185, primer párrafo, tercero), ajustándose a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la LEC (art. 185, primer párrafo, cuarto, y por esta remisión, art. 2.046 de la LEC) (1).
- 3º Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles del ausente (art. 185, primer párrafo, número primero, y art. 2.045 de la LEC).
- 4º Los representantes que sean hermanos del ausente o persona solvente (enumerados en los apartados 4º y 5º del orden expuesto en la designación), deben prestar la garantía que el juez prudencialmente fije (art. 185, primer párrafo, número segundo) y rendir cuentas semestralmente (art. 2.046, segundo párrafo, de la LEC).

7.5.3. Atribuciones

El representante del ausente tiene las siguientes atribuciones:

- a) Administrar el patrimonio del ausente. Si el representante es su cónyuge, hijo o ascendiente (los tres primeros enumerados en la designación) tiene amplias facultades, a menos que el juez le imponga alguna limitación (art. 2.046, primer párrafo, de la LEC). Si es pariente o persona solvente (los enumerados como 4º y 5º), el juez le fijará la cuantía a que pueden ascender los actos de administración que pueda realizar sin autorización judicial y precisará de esta cuando la sobrepasen (art. 2.046.3º).
- b) Disposición de bienes del ausente, en caso de necesidad o utilidad, debe ser autorizada por el juez (art. 186,3º, y 2.046,1º, LEC).
- c) Posesión temporal de los bienes del ausente, excepto el representante dativo (art. 186 1º y 2º cc).
- d) Remuneración, que señala el juez según el importe de los frutos y rentas del patrimonio, cargas familiares del ausente y tipo de representante (según sea cónyuge, hijo o ascendiente, o bien hermano, o bien persona solvente: arts. 186, párrafos 1º y 2º, y 185.2º, en relación con la del tutor).

7.6. Otros efectos de la declaración de ausencia

La «declaración de ausencia» declarada produce ciertos limitados efectos familiares.

En las relaciones personales del matrimonio: el cónyuge del ausente una vez que han transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio puede pedir la separación conyugal (art. 81) o el divorcio (art. 86 cc).

En las relaciones patrimoniales del matrimonio: el cónyuge del ausente tendrá, por resolución judicial, la administración y disposición de los bienes gananciales (art. 1.387) y podrá pedir que se extinga, por resolución judicial, la comunidad de gananciales (art. 1.393.1º), pasando al régimen de separación de bienes (art. 189).

En las relaciones de filiación: los hijos habidos mientras el cónyuge esté ausente, no se presumen matrimoniales (art. 116, por la separación de hecho, judicialmente declarada); la patria potestad es ejercida exclusivamente por el cónyuge del ausente (art. 156, 4º párrafo).

7.7. Cesación de la declaración de ausencia

- a) Por la prueba de la existencia del ausente, bien porque reaparece, bien porque se acredita su presencia en otro lugar. Se dicta resolución judicial (art. 2.043 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) –auto– dejando sin efecto la declaración de ausencia.

Se le restituirá su patrimonio, pero no los productos percibidos por el representante como remuneración, a no ser que haya mala fe (que supiera que existía, esencialmente) en cuyo caso devolverá los percibidos y los debidos percibir (art. 187, 2º párrafo).

- b) Por prueba de la muerte del ausente (art. 188.1º). En este caso se abre la sucesión y se produce la delación a favor de los herederos testamentarios o ab intestato; aceptada por esos la herencia, el representante del ausente fallecido les hará entrega del patrimonio del mismo.
- c) Por declaración de fallecimiento (art. 195.1º).

8. LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

8.1. Concepto

Cuando una persona que ha desaparecido y no se tiene de ella noticias, independientemente de que se hubieran podido tomar medidas provisionales o haya podido ser declarado ausente, puede ser declarado judicialmente fallecido tras el transcurso de plazo prudencial de 10, 5 o 1 año según las circunstancias (art. 193) de un plazo menor si desapareció en circunstancias especialmente peligrosas como campañas de guerra, sufrido naufragio o accidente aéreo (art. 194) y de cuya supervivencia no se tengan (O'CALLAGHAN, 1993).

En el terreno práctico, la suerte del ausente o desaparecido no puede constituir permanentemente una incógnita permanente y sin límite temporal alguno, puesto que la seguridad jurídica exige que las relaciones jurídicas (matrimonio, administración de sus bienes, pago de sus deudas, etc.) relativas al ausente no queden en suspenso (LASARTE, 2005).

Con el fin de evitar tal situación de inseguridad, el ordenamiento jurídico permite que se pueda instar judicialmente la denominada declaración de fallecimiento (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La *resolución judicial por la que se declara la muerte de una persona desaparecida, tendrá la forma de auto dictado en expediente de jurisdicción voluntaria* (art. 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en que no hay deber de instar, sino que tienen la facultad de hacerlo los interesados y el Ministerio Fiscal.

Es independiente de la declaración de ausencia; puede declararse el fallecimiento tras la ausencia o sin haberse nunca declarado esta.

8.2. Efectos

La declaración de fallecimiento produce, en principio, los mismos efectos que la muerte: extinción de la personalidad (art. 32). Sin embargo, no puede sustraerse a la idea de provisionalidad, o de presunción de muerte puesto que siempre cabe la posibilidad de que reaparezca, por los que sus efectos no son tan absolutos como los de la muerte (O'CALLAGHAN, 1993).

Así, la muerte se inscribe, como tal (inscripción de defunción) en el Registro Civil cuando se prueba la certeza de la misma en grado tal que se excluya cualquier duda racional; en otro caso, debe procederse a la declaración de fallecimiento.

8.3. Requisitos

Los requisitos varían en los dos supuestos que prevé el Código Civil, artículos 193 y 194. Según el art. 193 cc:

- 1º Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de estas, desde su desaparición.
- 2º Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de estas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años. Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.
- 3º Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión.

En el caso del art. 194 también procede la declaración de fallecimiento en los siguientes supuestos.

- 1º De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.

2º De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos.

Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de estas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

3º De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquellos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados.

8.4. Efectos de la declaración de fallecimiento

8.4.1. La extinción de la personalidad

El auto que declara el fallecimiento de una persona produce el efecto básico similar a la muerte –extinción de la personalidad– cesando las relaciones jurídicas que se extinguen por la muerte (usufructo, art. 513.1º; uso y habitación, art. 529; sociedad, art. 1.700.3.º; mandato, art. 1.732.3.º, etc.).

El artículo 195 «presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario»; de lo que se deduce la presunción de vida del ausente y la presunción de muerte del declarado fallecido, salvo prueba en contrario (O'CALLAGHAN, 1993). Por tanto, para este efecto básico, y para los demás que son consecuencia de este, es preciso la expresión de la fecha en la que se le reputa fallecido, como exige el artículo 195, párrafo 2º: «toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario».

La fecha se determina: en caso del art. 194 la fecha en que acaban los diferentes plazos del precepto. En el caso del art. 195: fecha del siniestro, naufragio o accidente aéreo o del último día del periodo de presunción del riesgo.

8.4.2. El cese de la situación anterior

Se ha insistido en que la declaración de fallecimiento es independiente de toda otra situación, como las medidas provisionales del desaparecido o la ausencia declarada. Pero, de haberlas, cesan por la declaración de fallecimiento. Así lo expresa el inicio del artículo 195: «por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal».

8.4.3. Efectos familiares

Si bien el efecto general básico es la cesación de las relaciones jurídicas de las que era sujeto el declarado fallecido; también, quedan afectadas las relaciones familiares, en especial el matrimonio. Según el art. 855 cc: «El matrimonio se disuelve por [...] la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges...»

Se produce, pues, la disolución del matrimonio, tanto del civil como del religioso («... sea cual fuere la forma», dice el art. 85); en caso de reaparición y revocación de la declaración de fallecimiento, el

matrimonio no recobra su vigencia: quedó y sigue disuelto (podrán contraer nuevo matrimonio entre sí, si quieren) (O'CALLAGHAN, 1993).

La disolución del matrimonio produce los efectos normales subsiguientes a toda disolución (igual que por muerte o divorcio): extramatrimonialidad de los hijos (arts. 116 y concordantes), disolución de la comunidad de gananciales (art. 1.392.1.º) y del régimen de participación (art. 1.415), extinción de la patria potestad (art. 169.1.º).

8.4.4. Efectos sucesorios

La declaración de fallecimiento, como la muerte, produce la apertura de la sucesión, si bien tampoco en este efecto puede sustraerse a la nota de provisionalidad que le caracteriza (O'CALLAGHAN, 1993). En primer lugar tanto los sucesores –a título universal (herederos) o particular (legatarios)– tienen el deber de «formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles», que exige el último párrafo del artículo 196.

En cuanto a los herederos «no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento» (art. 196-2º). En cuanto a los legatarios, se retrasa su adquisición de los legados «hasta que transcurra este mismo plazo (de cinco años, del párrafo anterior) no serán entregados los legados» (196.3 cc).

8.5. Cesación de la situación de fallecimiento

8.5.1. Por la revocación de la declaración de fallecimiento

Si reaparece el declarado fallecido e igualmente si se prueba que existe, en el expediente de jurisdicción voluntaria se dicta auto por el que se deja sin efecto la declaración de fallecimiento (art. 2.043 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este caso según el artículo 197 «recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido»; pero la posesión de sus bienes por los herederos fue de buena fe y de acuerdo con la normativa general de esta, el declarado fallecido que reaparece –añade el mismo art. 197– no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto».

Podrá ejercitar las acciones de petición de herencia (herencia de otro al que fue llamado el declarado fallecido) y otros derechos que le competen, siempre que no hayan prescrito (art. 192).

El matrimonio –como se ha dicho– quedó disuelto y podrá volver a casarse (incluso con el mismo excónyuge). La patria potestad sobre hijos que sigan siendo menores la recobrará.

8.5.2. Muerte efectiva

La declaración de fallecimiento también desaparece por la *muerte efectiva* que se pruebe. De modo que la fecha de la muerte, como extinción de la personalidad, será la de esta y no la que aparezca en la declaración de fallecimiento. La muerte efectiva producirá el cese de las limitaciones impuestas a herederos y legatarios por el artículo 196 cc.

9. EL NOMBRE DE LA PERSONA

9.1. Concepto

El nombre es el conjunto de palabras que identifican a cada persona y la individualizan frente a todos. El nombre se compone de dos partes: una primera, llamada nombre propio (o individual, o de pila por imponerse a los cristianos en la pila bautismal); otra segunda, llamada apellidos o nombre de familia (que son dos).

El nombre desde un punto de vista jurídico siempre se referirá al nombre propio acompañado de los dos apellidos.

El art. 53 LRC establece que: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos».

Toda persona debe tener un nombre, y cada una corresponde exclusivamente tanto el derecho como la obligación de llevar el suyo y solo el suyo. Pudiendo, tanto exigir a los demás su reconocimiento cuando les es discutido su uso, como impedirles su utilización cuando hagan un uso indebido del mismo, ya que la ley ampara el nombre frente a todos. El nombre puede ser protegido civilmente a través de las acciones civiles declarativas y de las acciones de reclamación o reivindicación de nombre y, penalmente a través de diversas figuras entre ellas la de uso de nombre supuesto.

9.2. Adquisición del nombre

Respecto de la adquisición e inscripción del nombre en el Registro Civil hay que distinguir entre el nombre propio y los apellidos.

9.2.1. Nombres que se pueden elegir

Toda persona tiene derecho a un nombre propio desde el nacimiento, pero no a uno concreto y determinado sino al que se le imponga en la inscripción de nacimiento por quien esté facultado para ello (padres, parientes o en último término por el funcionario encargado del registro). Según el art. 192 RRC, el nombre que se imponga será español, si bien se puede optar por su traducción a cualquiera de las lenguas habladas en España; cuando el nombre sea extranjero solo se admitirá en su lengua originaria cuando carezca de traducción al castellano o a cualquiera de los otros idiomas hablados en las diferentes comunidades autónomas.

9.2.2. Límites a la elección de nombre

A la elección de nombre se le ponen ciertos límites: no pueden imponerse más de dos nombres simples que se unirán mediante un guión, o uno compuesto (Reglamento Registro Civil art. 192.1) y quedan prohibidos los nombres extravagantes los que por sí o en combinación con los apellidos resultan contrarios al decoro fuerte de la persona. Se prohíbe la imposición cualquier nombre que haga confusa la designación o que en su conjunto induzca a error sobre el sexo.

El 192 LRC establece que: «No se podrán imponer más de dos nombres simples o de uno compuesto. Cuando se impongan dos nombres simples, estos se unirán por un guión y ambos se escribirán con mayúscula inicial».

Se considera que perjudican objetivamente a la persona los nombres propios que, por sí o en combinación con los apellidos, resultan contrarios al decoro.

La sustitución del nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas requerirá, si no fuese notorio, que se acredite por los medios oportunos esta equivalencia y la grafía correcta del nombre solicitado.

El vigente art. 54 LRC dice que:

En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples.

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo.

No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua.

A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquel por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas.

Según la DGRN no se admitirán los impropios de personas, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombres de los apellidos pseudónimos. Sobre nombres permitidos o prohibidos existe una circular de la DGRN de 2 de julio de 1980.

El nombre de la persona debe constar en el Registro Civil, para lo cual el impuesto se expresará en la inscripción del nacimiento; no habiéndose impuesto o declarado, ni constado cual sea, el Encargado del registro impondrá uno de uso corriente.

9.3. Adquisición de los apellidos

Los apellidos de la persona vienen determinados por su filiación, tradicionalmente se ha impuesto primero el del padre y luego el de la madre o solo los dos del padre o de la madre si no consta el otro. Si no consta la filiación, como sería en el caso de un recién nacido abandonado, el encargado del Registro impondrá otros dos de uso corriente hasta que conste la filiación. La Ley 40/1999 sobre nombre y apellidos, modificó el único precepto del CC referido a los apellidos, el 109 CC, de modo que en adelante, en aras del principio de igualdad del art. 14 de la CE, se establece el libre acuerdo de los progenitores a la hora de establecer el orden de los apellidos del hijo:

La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.

En el caso de no ejercitarse la opción a la que se refiere el art. 109 CC se impondrá el del padre, por así establecerlo el art. 194 RRC:

Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera.

La regulación establecida en el cc se complementa con la establecida en el art. 55 LRC:

La filiación determina los apellidos.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación.

Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos. El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos.

El encargado del Registro, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecúe a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente.

En materia de apellidos nos encontramos con dos principios jurídicos rectores en materia de apellidos:

- a) El principio de la duplicidad de apellidos de los españoles. Lo que supone que en toda inscripción registral siempre han de consignarse dos apellidos de acuerdo con el sistema español de identificación de las personas (arts. 53 y 55 LRC y 194 RRC).

Lo que supone que si un extranjero adquiere la nacionalidad española, queda sujeto desde entonces a esta legislación que es la que ha de regular su estado civil (art. 9.1 cc), de modo que han de consignarse, en principio, en su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español los apellidos fijados por tal filiación (Instrucción de 23 de mayo de 2007 de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre Apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español).

- b) El principio de la infungibilidad de las líneas. Lo que supone que en el caso de que esté determinada la filiación paterna y materna, necesariamente tendrán que concurrir los apellidos de ambas líneas.

Este principio que no se excepciona ni siquiera en el ámbito de los expedientes registrales de cambio de apellidos de la competencia del Ministerio de Justicia (art. 59 núm. 3 LRC), por lo cual resulta contrario a nuestro orden público la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna (RDGRN 23.4ª de mayo de 2007).

9.4. El cambio de apellidos y nombre

Apellidos y nombre podrán ser excepcionalmente cambiados cuando concurren los requisitos exigidos por la ley (art. 57 y ss de la LRC) a través de un expediente de cambio de nombre o de apellidos, ante el juez de Primera o ante el Ministro de Justicia, dependiendo del supuesto de que se trate. El art. 57 establece que:

El Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombres y apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria.

Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos.

1º Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado.

2º Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al petitionerario.

3º Que provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar.

Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.

El artículo 58 contiene una exención en el cumplimiento de requisitos en el cambio de nombre y apellidos.

No será necesario que concurra el primer requisito del Artículo anterior para cambiar o modificar un apellido contrario al decoro o que ocasione graves inconvenientes, o para evitar la desaparición de un apellido español.

Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiriera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento.

En todos estos casos, la oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable.

Tema 8

La capacidad de obrar de la persona

1. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

1.1. La capacidad jurídica

Si persona es el sujeto de las relaciones jurídicas, capacidad jurídica será la aptitud para ser titular activo o pasivo de esas relaciones jurídicas. El concepto de capacidad jurídica presupone el concepto de persona, y de este modo la capacidad jurídica viene a atribuir al sujeto de las relaciones jurídicas una titularidad, es decir, una serie de *derechos, facultades, poderes o deberes* que forman el contenido de cada relación jurídica en concreto. La capacidad jurídica del sujeto presupone una actitud estática, pasiva del sujeto, al cual el ordenamiento ya le atribuye capacidad jurídica por el mero hecho de ser persona; así pues la capacidad jurídica es siempre una y es igual para todos; todas las personas tienen capacidad jurídica y no cabe hablar de limitaciones o restricciones de la misma.

Ej. Tiene la misma capacidad jurídica un recién nacido que un mayor de edad, ambos podrán titulares activos o pasivos de relaciones jurídicas, y así ser deudores, herederos, propietarios, etc.

La capacidad jurídica, de igual modo que la personalidad, comienza con el nacimiento y termina con la muerte del sujeto.

1.2. La capacidad de obrar

Mientras que la capacidad jurídica, se refiere a la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas que le afectan y presupone una actitud estática del individuo, puesto que por el solo hecho de ser persona ya goza de la misma. Frente a la misma podemos hablar de capacidad de obrar en el sentido dinámico de aptitud o idoneidad de la persona para realizar efectivamente actos jurídicos, o, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones.

La capacidad de obrar puede ser plena, en el supuesto del mayor de edad no incapacitado, limitada o inexistente si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos (p. ej. compraventas o gravámenes).

La capacidad de obrar plena la tiene el individuo mayor de edad no incapacitado; en ese sentido el art. 322 del cc establece que: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo para las excepciones establecidas en este Código».

La capacidad de obrar limitada (propia del incapacitado o del menor emancipado) se refiere a una serie de actos que puede realizar el sujeto por sí mismo pero que para ser válidos necesitan del consentimiento, cooperación o asistencia de otra persona, el tutor o curador, que complementa su capacidad.

La inexistencia de capacidad de obrar (propia del menor no emancipado o de algunos incapacitados cuando así lo señale la sentencia de incapacitación) supone que el incapaz para realizar válidamente cualquier acto jurídico necesita de la asistencia de su representante, padres o tutores; todo ello sin perjuicio de que el ordenamiento establezca aun serie de *capacidades de obrar especiales con referencia a actos personalísimos* que pueden realizarse por el menor antes de alcanzar la mayoría de edad –ej. casarse a partir de los catorce años (art. 48 cc) u otorgar testamento (art. 663.1 cc).

Las únicas limitaciones a la capacidad de obrar que hoy reconoce el derecho son la minoría de edad y la falta de aptitud para gobernarse a sí mismo que dará lugar a los estados civiles de menor edad e incapacitado respectivamente.

El ordenamiento establece una serie de medidas para proteger a quienes carecen de plena capacidad de obrar, distinguiendo entre:

- a) *Inexistencia de capacidad de obrar.* Tal como sucede con menores de edad no emancipados o mayores de edad incapacitados totalmente; se instituye para los primeros, la representación legal del incapacitado; en este supuesto como el incapaz de obrar no puede adquirir derechos o asumir obligaciones debe de hacerlo a través de su representante que será quien le sustituya en su actividad jurídica; quedan exceptuados de representación los actos de *carácter personalísimo* que por razón de este carácter no pueden realizarse ni tan siquiera a través de representante. El titular de la patria potestad es el que representa al menor de edad y el tutor al incapacitado mayor de edad.
- b) *Capacidad de obrar limitada.* Este es el caso de los menores de edad emancipados o de los incapacitados mayores de edad en los que en la sentencia de incapacitación no se les ha privado totalmente de su capacidad de obrar. En ambos casos el ordenamiento exige un complemento de su capacidad, es decir, que el sujeto puede actuar por sí en la vida jurídica, y no por medio de representante legal como el totalmente incapaz, pero el acto jurídico solo será plenamente válido si interviene o coopera al mismo tiempo otra persona llamada por la ley a completar la capacidad insuficiente del sujeto (v.gr. los supuestos del art. 317 referidos al menor emancipado, en el que este necesita la asistencia de sus padres o tutores para gravar o vender inmuebles).

2. CAPACIDAD DE OBRAR POR RAZÓN DE LA EDAD

La edad es el periodo de tiempo de existencia de una persona, que va desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se considere. La edad determina el estado y, en consecuencia, la capacidad general de obrar, así como ciertas capacidades especiales (ALBALADEJO, 2002). En atención a la edad el sujeto puede ser mayor o menor de edad; se es menor de edad hasta los dieciocho años en que comienza la mayoría de edad (art. 12. CE y 315 cc).

- a) *Capacidad de obrar del mayor de edad.* Al alcanzar la mayoría de edad el sujeto se emancipa (art. 314), sale de la patria potestad o de la tutela (art. 278) y pasa del estado civil de menor al de mayor de edad; en este nuevo estado, salvo que sea declarado incapaz, tiene capacidad de obrar plena, es decir, que es capaz de obrar para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales.
- b) *La capacidad de obrar del menor.* Dependerá del hecho de que esté o no emancipado, de que tenga el estado de menor o el de menor emancipado.

2.1. Capacidad del menor no emancipado

El menor no emancipado se encuentra bajo el estado civil de menor edad (minoridad) y estará sometido a la patria potestad o en su defecto a la tutela. El menor de edad no emancipado en principio es incapaz de obrar (carece de capacidad) aunque excepcionalmente lo sea para ciertos actos.

Ej. Hasta los 14 años puede adquirir la posesión (438), aceptar donaciones siempre que no sean condicionales u onerosas (arts. 625 y 626; a partir de los 14 años hacer testamento salvo el ológrafo (art. 633) y testificar en la prueba de testigos (art. 1.246.3).

La falta de capacidad del menor se suple obrando por él sus representantes legales (padres o tutores), salvo que se trate de actos personalísimos en cuyo caso no cabe representación.

2.2. La capacidad del menor emancipado

2.2.1. Concepto de emancipación

La emancipación, según Espín es una situación intermedia entre la minoría y mayoría de edad, su estatus de capacidad, se amplía y presenta solo una serie de limitaciones para los actos más trascendentes en los que el menor podría sufrir algún perjuicio por su escasa edad. La persona mayor de 16 años pero menor de 18, está a mitad camino entre la del menor no emancipado y la del mayor, puesto que si bien es más amplia que del menor no lo es tanto como la del mayor puesto que para ciertos actos necesita ser completada.

2.2.2. Capacidad del emancipado

Tras la emancipación será el menor quien actuará quien celebrará los actos de que se trate sin que sea necesaria la intervención del representante en su nombre; no obstante, para ciertos actos será necesario que el padre madre o curador *completen* la capacidad de aquel, porque si bien es capaz para realizarlos, no lo es para actuar por sí solo. Ej. Aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626 cc); para otorgar capitulaciones matrimoniales en ciertos casos art. 1.329 cc, para hacer donaciones por razón del matrimonio, etc.

En este sentido el art. 323 cc establece que: la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

2.2.3. Clases de emancipación

1º *Por concesión de quienes tienen la patria potestad*, el menor habrá de tener al menos dieciséis años y concede una capacidad casi tan extensa como la del mayor de edad, si bien necesitará del *complemento de la capacidad o asistencia* consistente en el consentimiento de los padres o del tutor para tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323).

El emancipado por consentimiento podrá contraer toda clase de obligaciones salvo las del art. 323.

2º *La emancipación por matrimonio*. Puede obtenerse desde los 14 años, que es la edad mínima a la que puede contraerse matrimonio (art. 46.1). Según el art. 323, el emancipado por

matrimonio tiene la misma capacidad que el emancipado por consentimiento. No obstante, si se trata de bienes pertenecientes a ambos cónyuges habrá que estar a lo preceptuado en el (art. 324).

3º *Emancipación por concesión judicial*. El art. 320 establece que el juez podrá conceder la emancipación al menor de edad pero mayor de dieciséis, que la solicitase cuando quien ejerce la patria potestad se casa en segundas nupcias o convive maritalmente con otra persona, o sus padres viviesen separados o cuando concorra otra causa que entorpezca la patria potestad.

4º *La capacidad del menor que vive independiente*. La capacidad del menor mayor de dieciséis años aumenta cuando vive independientemente de sus padres, con el consentimiento de estos, y si bien no es una verdadera emancipación, queda equiparada su capacidad con la del emancipado menor. Esta es una separación más bien referida al aspecto económico, que tenga algún medio de subsistencia, que al físico, que vivan en domicilios separados.

Existen otras edades con trascendencia jurídica si bien no afectan a la capacidad de obrar: 14 años: para otorgar testamento y ser testigo en juicio (arts. 663 y 1246.3º cc); 25 años: se adquiere la capacidad para adoptar (art. 175 cc); 75 años: se reduce el plazo para la declaración de fallecimiento (art. 193 cc).

3. LA INCAPACITACIÓN

3.1. Concepto de incapacitación

La incapacitación es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurren en ella alguna de las causas establecidas por la ley. Según el art. 199 cc «nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley».

El estado de incapacitación supone una limitación de la capacidad de obrar que no será igual en todos los incapaces. El art. 210 cc establece que la sentencia que determine la incapacitación determinará la «extensión y límites de esta, así con el régimen de tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapacitado».

La limitación de la capacidad que sufre el incapacitado judicialmente ha de ser necesariamente sustituida o completada por otra persona; la profunda reforma en materia de tutela (Ley 24 de octubre de 1983) ha desarrollado en dos cargos el tutor y el curador:

- El tutor suplente a la propia persona del incapacitado con su actuación, puesto que es su representante legal salvo para aquellos casos en que este puede actuar por sí solo, por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación (art. 276 cc) y administra como norma general su patrimonio.
- El curador, no suplente a la persona del incapacitado, no actúa como su representante legal, ni administra sus bienes. Su labor es meramente asistencial, complementa la capacidad del incapacitado en aquellos actos para los cuales el juez lo hay dispuesto en la sentencia de incapacitación art. 289 cc.

El juez en la sentencia de incapacitación puede optar por colocar al incapacitado, en atención a su grado de entendimiento, bien bajo tutela o bajo curatela.

El defensor judicial es otro cargo tutelar creado por la ley de 1983, y tiene una misión residual solo actúa en los supuestos en que el tutor o el curador no lo puedan hacer (muerte del tutor o curador por la existencia de conflicto de intereses ente el incapacitado y aquellos).

3.2. Causas de incapacitación

El art. 200 cc establece que: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Antes de la reforma del año 83 el art. 220 cc hacía una enumeración exhaustiva de los sometido a tutela por ser incapaces de gobernarse a sí mismos:

1º) Los menores de edad, no emancipados legalmente. 2º) Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y los sordomudos que no sepan leer o escribir. 3º) Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. 4º) Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

La reforma ha eliminado como causas de incapacitación la prodigalidad y la interdicción civil, aunque la prodigalidad origina el sometimiento del pródigo a curatela en determinados supuestos. La interdicción civil que era una accesoria a determinadas penas del Código Penal fue eliminada del mismo en una reforma del año 1983.

3.3. El proceso de incapacitación

3.3.1. Legitimación

Están legitimados activamente según el art. 202 cc, es decir, que les «corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de estos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz».

Según el art. 203 cuando las personas a quienes corresponde promover la declaración de incapacitación no lo hicieren o no existieren corresponderá al Ministerio Fiscal. Las personas o funcionarios que por razón de sus cargos conocieran la existencia de una posible causa de incapacitación deberán ponerlo en conocimiento del Ministro Fiscal. Cualquier persona está facultada también para poner en conocimiento del Fiscal la existencia de los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación,

En el proceso de incapacitación de acuerdo con el art. 206 del cc será siempre necesaria la intervención del el Ministerio fiscal independientemente de que haya sido él o los familiares del presunto incapacitado los que hubieran iniciado el proceso, por tratarse de una cuestión que afecta al estado civil.

3.3.2. Aspectos del proceso

El juez (art. 208) oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a este por sí mismo, oirá el dictamen de un facultativo y sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá declarar de oficio cuantas estime pertinentes. También podrá el juez en cualquier momento del procedimiento adoptar las medidas necesarias para la protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

3.3.3. La sentencia y su contenido

La sentencia declarará o no la incapacitación, y en caso afirmativo determinará la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o de guarda a que haya de estar sometido el incapacitado (art. 210).

La sentencia de incapacidad de acuerdo con el art. 212 cc no tiene el valor de cosa juzgada, es decir, que no es inamovible puesto que pueden variar las circunstancias en base a la cual se dicto y así pues al sobrevenir estas nuevas circunstancias puede instarse una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación establecida. Esta modificación puede consistir en dejar sin efecto la declaración de incapacitación (proceso de reintegración de la capacidad) o modificar su alcance, modificación consistente bien en un aumento o en una reducción de los límites de la incapacidad o bien el cambio de régimen a que está sometido el incapacitado (pasa de tutela a curatela o viceversa) (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El art. 214 dice que «las resoluciones judiciales sobre incapacitación se anotarán o inscribirán en el Registro Civil y en su caso en el de la Propiedad y el Mercantil».

3.3.4. El internamiento del incapaz

Para evitar posibles abusos el art. 211 dispone que para el internamiento del presunto incapaz sea necesario la autorización previa judicial, salvo que ello fuese necesario por razones de urgencia, y siempre y cuando se dé cuenta al juez en el plazo máximo de 24 horas. El juez deberá examinar al presunto incapaz y tras oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de promover la incapacidad conforme al art. 203. Una vez producido el internamiento el juez podrá ir recabando información sobre la necesidad de proseguir el internamiento y cada seis meses acordará lo procedente para la continuación o no del internamiento.

4. LA PRODICALIDAD

El cc no define la prodigalidad, correspondiendo su definición a la doctrina, para Castán (1995) la prodigalidad es «la conducta desarreglada de la persona que gasta su caudal con ligereza, tanto en relación a su situación económica como y social como respecto de los fines a que dedica sus bienes, poniendo con ella en peligro injustificado su patrimonio en perjuicio de su familia».

Las notas características de la prodigalidad son:

- a) La prodigalidad es una conducta y no una serie de actos aislados.
- b) La prodigalidad se valora de forma objetiva, independientemente de la intención o fin del sujeto.
- c) La prodigalidad es un peligro injustificado para el patrimonio; no basta un conducta desafortunada.
- d) La prodigalidad es una medida para la protección de los legitimarios o herederos forzosos; así pues quien carece de herederos forzosos no puede ser declarado pródigo.

La ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela, deja de considerar a la prodigalidad como causa de incapacidad, y pasa a ser regulada dentro de la curatela (art. 294 y ss.)

como un supuesto de complemento de capacidad, antes de esta reforma sí que era una causa de incapacitación que llevaba aparejada el nombramiento de un tutor para la pródigo.

Los arts. 294 a 298 regulan la curatela en casos de prodigalidad la sentencia en la que se declare la prodigalidad determinará los actos en los que el pródigo no podrá actuar sin el consentimiento del curador.

5. EL ESTADO CIVIL

5.1. Concepto y contenido

Según De Castro (1984) es «la cualidad de la persona que resulta del puesto que ocupa en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad; que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general o especial), es decir, al ámbito de su propio poder y responsabilidad».

Otros autores definen el estado civil como ciertas situaciones fundamentales o básicas en las que puede encontrarse la persona por razón de la edad, los defectos psíquicos o físicos que determinan su capacidad de obrar, así como la atribución de un conjunto de derechos y de deberes acordes con la situación de autonomía o dependencia en que pueda encontrarse la persona (PUIG BRUTAU, 1977). Así pues, estima que el Estado Civil es determinante de una diferente capacidad de obrar de las personas, y es fuente de Derechos y obligaciones (DÍEZ-PICAZO, 2003).

Ej. La capacidad de obrar del español viene determinada por la ley española nacionalidad; la condición de padre o la de hijo generan una serie de obligaciones como la de proporcionar alimentos.

5.2. Clases de estados civiles

Nuestro ordenamiento jurídico no proporciona ninguna definición de Estado Civil, ni tampoco proporciona un elenco de los diferentes estados civiles. La Ley de Registro Civil, a la que correspondería proporcionar esta información, se limita en su art. 1º a proporcionar un listado de hechos inscribibles, que está integrado por «estados civiles» y «hechos que determina la ley», pero sin hacer distinción entre unos y otros (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El art. 1 LRC: «En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: 1. El nacimiento. 2. La filiación. 3. El nombre y apellidos. 4. La emancipación y habilitación de edad. 5. Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que estas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos. 6. Las declaraciones de ausencia o fallecimiento. 7. La nacionalidad y vecindad. 8. La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley. 9. El matrimonio. 10. La defunción».

La doctrina ha venido distinguiendo los siguientes estados civiles:

- 1º El de nacionalidad o condición de español o extranjero.
- 2º El de vecindad civil, que según el art. 14.1 cc determina la sumisión al derecho común del Código Civil o a uno de los forales (ALBALADEJO, 2002).

- 3º El matrimonio. Con relación al mismo es posible de hablar de estado civil de casado; el de soltería y el de viudez o divorciado (ALBALADEJO, 2002).
En la circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 noviembre 1984, de Expedientes de fe de estado de divorciado, se estableció que: «Consecuencia directa de la disolución del matrimonio por el divorcio (artículo 85 del Código Civil) es la existencia del estado civil de divorciado, que no puede ser asimilado al de soltería y que, por el contrario, se asemeja al de viudez, por ser este estado civil igualmente un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio, como son la muerte y la declaración de fallecimiento».
- 4º El de filiación o condición de hijo o de padre. Es de destacar que como consecuencia de la CE ya no existe discriminación entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).
- 5º El minoría o mayoría de edad, que condiciona la dependencia o independencia de la persona, según se sea mayor o menor de edad, distinguiendo dentro de la minoría entre la condición de emancipado o no. Así cabe hablar de estados de mayor edad o minoridad, y estados de menor emancipado (ALBALADEJO, 2002).
- 6º La incapacitación. Este estado civil es consecuencia de una resolución judicial, pudiéndose hablar de estado de dependencia o independencia de la persona, según esté o no incapacitada.

5.3. Caracteres del estado civil

El estado civil presenta las siguientes características (ALBALADEJO, 2002):

- 1º Personalidad es un atributo de la persona que afecta a la capacidad de obrar. Cada persona tiene un estado civil como cualidad propia.
- 2º Orden público; ello justifica que en los litigios en versen sobre el estado civil sea obligada la intervención del Ministerio Fiscal.
- 3º Eficacia *erga omnes*, el estado civil de cada persona es oponible frente a terceros.
- 4º Carácter imperativo de sus normas, lo que excluye la autonomía de la voluntad.

5.4. La publicidad del estado civil de la persona

Los estados civiles constituyen situaciones cuya comprobación interesa a los poderes públicos y a los terceros, por ello su prueba debe preconstituirse mediante la inscripción de los hechos que crean o modifican los estados civiles en el Registro Civil.

Su funcionamiento está regulado por la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (LCR) y su Reglamento de 1958; el art. 325 cc actúa como norma de remisión cuando establece que: «los actos concernientes al Estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto».

Tal registro, según establece el art. 326 cc «comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones¹ y vecindad civil...».

Hay un registro por cada término municipal, llevado en su caso por el juez de paz por delegación del juez de primera instancia.

Cada Registro se divide en cuatro secciones: «De nacimientos y general»; «De matrimonios»; «de defunciones», y «de tutelas y representaciones legales». Cada una se llevará en libros distintos.

1. Se entiende por naturalización el acto soberano del poder público, por el cual una persona adquiere la cualidad de nacional o ciudadano en el Estado que el poder representa.

En los libros del Registro se hacen constar los avatares esenciales de la existencia, el estado y la capacidad y la representación legal de la persona, mediante el asiento de la inscripción: la ley distingue entre inscripciones principales (nacimiento, matrimonio, defunción y la primera de cada tutela o representación legal) e inscripciones marginales. Salvo para ciertas menciones muy concretas sobre las cuales la ley ordena guardar silencio, el Registro es público para quien tenga interés en conocer los asientos.

5.5. Valor de la inscripción

Las inscripciones son los únicos asientos registrales que tienen eficacia jurídica constitutiva, dicha eficacia deriva de ser las actas del registro declaraciones *erga omnes* del estado civil de las personas. El valor de estas actas hace que creen títulos de legitimación. Por título de legitimación se entiende que este es suficiente para hacer valer el estado civil de que se trate sin necesidad de probar caso por caso la existencia del «título de adquisición» o concurrencia de los requisitos necesarios para que nazca cada estado civil en concreto. Según el art. 327 del cc: «Las actas del Registro serán la prueba del Estado civil, la cual solo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquellas o hubiesen desaparecido los libros del Registro o cuando ante los Tribunales se suscite contienda».

Entre los otros medios de pruebas a los que se refiere el artículo 327, aunque no se diga allí de forma expresa, se encuentra la «posesión de estado» que es según (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003) «la apariencia de del estado civil, creada por el ejercicio de sus facultades y la convicción de la generalidad. Dicha apariencia se concreta en la coexistencia, de tres requisitos que tradicionalmente han sido designados *nomen, tractatus* y fama o *reputatio*».

Tema 9

Los derechos de la personalidad

1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1.1. Concepto

La totalidad de relaciones jurídicas de las que una persona es titular constituyen su esfera jurídica; dentro de ella podemos distinguir dos grupos: el primero está formado por las relaciones jurídico patrimoniales, que son las de naturaleza económica llamadas así por ser susceptibles de ser valoradas en dinero, y las no patrimoniales o personales que se suelen definir negativamente por su no patrimonialidad. Al conjunto de relaciones que forman el primer grupo se le denomina patrimonio. El segundo grupo que carece de nombre genérico está integrado por los derechos de la personalidad son un subgrupo de las mismas (ALBALADEJO, 2002). Los derechos de la personalidad son los que se ejercen sobre la propia persona o más propiamente sobre determinadas cualidades, o atributos, físicos o morales de la persona humana (CASTÁN, 1995).

La gran mayoría de los códigos civiles decimonónicos, aún a pesar de establecer la persona humana como centro de la construcción jurídica, no regula, los derechos de la personalidad.¹ El codificador español, de modo similar a lo que sucedió con otros códigos de nuestro entorno, no contempló los derechos de la personalidad porque sus redactores los estimaban extramuros del código (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003), además su protección ya había sido asumida por el Derecho público, lo que no impidió, sin embargo, que una jurisprudencia evolutiva fue condenando –en el ámbito civil– la violación de aquellos derechos al amparo del art. 1.902 cc (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La STS 6 diciembre 1912 dictada en un caso de ofensa contra el honor fue de las pioneras. El supuesto de hecho fue el siguiente: un periódico publica en 1910 la noticia de que una muchacha se fuga de casa con un religioso. Como era falsa la noticia, el padre de la menor interpone una demanda e indemnización porque se mancha su honra. El padre recurrió a la vía civil amparándose en el artículo 1.902 cc. El TS además de reconocer la indemnización hizo referencia a los daños morales. Una excepción la constituye el art. 162.1º que excluye de la patria potestad de los padres «Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».²

El Estado, aunque en su concepción *liberal*, a principios del siglo xx asumió la misión de asegurar esos ámbitos de poder de las personas y de garantizar la libre actuación de los sujetos, sin embargo, no disponía de ningún instrumento reconocido que asegurara la eficacia de los derechos reconocidos, ni trataba de promover las condiciones sociales que asegurasen el disfrute de tales derechos. De ahí que su protección quedase temporalmente limitada al Derecho público, en concreto al Derecho penal, con la consiguiente tipificación de delitos como el homicidio, injuria, calumnia o las detenciones ilegales (CASTÁN, 1995).

En la etapa de entreguerras mundiales, se va gestando un movimiento transformador a través de sucesivas reformas constitucionales se fueron asentando las bases de un orden más justo, en que el Estado asumía la protección integral de los valores de la persona (ej. Constitución de Weimar de 1919, la Constitución Española Republicana de 1931). Finalmente, es tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, de modo paralelo a la incorporación de los Derechos Humanos a las constituciones bajo la denominación de Derechos fundamentales, cuando el contenido de los derechos de la personalidad ha experimentado grandes transformaciones como consecuencia

1. La primera ley civil que se ocupa de los derechos de la personalidad es el Código austríaco de 1811, que en su artículo 16 declara que «Todo hombre tiene derechos innatos, evidentes por la propia razón, y por ello tiene que ser considerado como persona». La consagración y tutela de los derechos personalísimos en Alemania se lleva a cabo parcialmente en el BGB. En dicho código se protege por un lado el derecho al nombre (art. 12) y por otro, en su artículo 823 responsabiliza civilmente a quien lesione lo que llama «bienes vitales»: la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (expresamente mencionados).

2. Además, la redacción de este precepto se debe a la modificación efectuada por el art. 2 de Ley 11/1981, de 13 mayo.

de los cambios sociales y de respeto a la libertad individual y la defensa de la dignidad personal de todos los seres humanos (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003).

Este será el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, así como la Constitución de la V República Francesa, 1947, la Constitución Italiana de 1947, Ley Fundamental de la República Federal Alemana, 1949, Constitución Portuguesa de 1976, y nuestra Constitución de 1978 (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003):

La expresión *Derechos de la personalidad* se utiliza en el ámbito civil, mientras que el término *Derechos fundamentales* ha sido adoptado por la terminología constitucionalista. Se trata de dos conceptos que si bien no son idénticos funcionan en paralelo, el primer caso está enfocado a su defensa frente a los otros individuos, mientras que en el segundo el enfoque hay que hacer desde su defensa frente al Estado.

La noción de los «derechos de la personalidad» es de origen germánico, que llega a Francia a través de la obra del suizo Roguin titulada *Las reglas jurídicas*, obra publicada el año 1889 (ROGEL VIDE, 1985).

1.2. Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad

El concepto de derechos de la personalidad aparece íntimamente unidos a los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, que superan con mucho el ámbito de lo estrictamente civil. Es más, podemos afirmar, teniendo en cuenta todas las matizaciones que a continuación se efectuarán, que los derechos humanos constituyen un gran conjunto, dentro del cual (a modo de las muñecas rusas) se encuentran los derechos fundamentales, a su vez dentro del mismo se encuentran los derechos de la personalidad (al menos la gran mayoría).

1.2.1. Derechos humanos

Los derechos humanos (DDHH) son aquellas libertades, facultades o valores básicos que, de acuerdo con diversas filosofías o fundamentaciones, corresponden a todo hombre por el mismo hecho de ser persona, por su naturaleza y condición humana, para la garantía de una vida digna. En su virtud cada hombre es titular de un conjunto de derechos que le corresponden naturalmente, anteriores a cualquier intervención del Estado y que deben ser reconocidos y protegidos por este.

Los derechos humanos se fundamentan y concretan las exigencias de dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (MONTÉS PENADÉS, 2003):

La doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del Derecho y conforma una base ética y moral que debería fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo.

El tema de los derechos humanos en sus orígenes en los siglos XVI a XVIII estuvo circunscrito al ámbito filosófico (en nuestro país destaca la enunciación de derechos naturales por la Escuela de Salamanca). En un segundo estadio, se inicia la positivización de estos derechos con la independencia de las colonias americanas (Declaración de Derechos de Virginia de 1776) y la revolución francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). Según ROGEL VIDE, estas declaraciones de derechos, que propician el tránsito hacia los derechos humanos «constitucionalizados», hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos, dotados de garantías tangibles. Finalmente, en el siglo XX se produce la incorporación de los derechos humanos al Derecho

internacional, hasta el punto de que tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos podrían considerarse un principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo (CARRILLO SALCEDO, 2005). En esta época es también cuando se incorporan los DDHH a las constituciones bajo la denominación de DDFH.

Los derechos humanos solo tienen fuerza vinculante en la medida en que estén positivizados, al incorporarse a un ordenamiento jurídico se les dota de acciones, procedimientos y normas que facilitan, agilizan y refuerzan la protección de los mismos, consolidando un núcleo de defensa del ciudadano, de su personalidad y de sus libertades, frente a los poderes del Estado (ROGEL VIDE, 1985). Cuando los derechos humanos se incorporan a una Constitución se les denomina derechos fundamentales. Aunque no todos los derechos fundamentales han de ser necesariamente derechos humanos.

Ej. El derecho de sufragio es un Derecho Fundamental, pero no será derecho humano cuando en un país se niega a los extranjeros.

1.2.2. Derechos fundamentales

Cuando los derechos humanos han sido positivizados, es decir, han sido incorporados a las Constituciones y han sido dotados por ellas de especiales garantías frente al Estado, se denominan *derechos fundamentales*. En este sentido los derechos fundamentales serían un núcleo o círculo más restringido de los derechos humanos fundamentales especialmente protegido por la Constitución a través de especiales mecanismos de garantía (MONTÉS PENADÉS, 2003).

1.2.3. Derechos de la personalidad

En mi opinión, dentro de derechos humanos, no solo se encuentra el círculo de los DDFH, sino que también el correspondiente a los derechos de la personalidad. Ambos círculos son secantes, de modo que la gran mayoría de los derechos de la personalidad son a su vez DDFH, mientras que el resto de derechos de la personalidad no participa de aquella doble condición aunque sí que son derechos humanos.

1.3. El marco jurídico de la Constitución española

La CE utiliza la expresión *derechos fundamentales* para designar un ámbito de protección constitucional de la persona. La mayoría de las proclamaciones constitucionales enlaza directamente con los *derechos de la personalidad*, si bien la protección constitucional es más amplia al estar dirigida principalmente hacia el ámbito de las libertades públicas o de los derechos de los ciudadanos a obtener prestaciones de los poderes públicos, alcanzando la condición de *derechos subjetivos públicos* (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La CE contempla los DDFH en el Título I de la CE (arts. 10 a 55) lleva como epígrafe «De los derechos y deberes fundamentales», este título a su vez se divide en cinco Capítulos, entre los que destacamos el segundo «Derechos y libertades» cuya Sección 1ª se ocupa «De derechos fundamentales y de las libertades públicas» (arts. 15 a 29). La Sección 2ª del Capítulo II «De los derechos y deberes de los ciudadanos» (arts. 30 a 38) contiene la mayor parte de aquellos derechos que la doctrina civil conocía como derechos de la personalidad y que a partir de la CE reciben el nombre de «derechos fundamentales» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

1.4. Diferencias entre derechos humanos fundamentales y los derechos de la personalidad

1.4.1. Por su condición de derechos subjetivos públicos y privados

La principal diferencia entre los derechos fundamentales y los de la personalidad se encontraría en que los primeros son derechos públicos subjetivos públicos que los ciudadanos pueden exigir frente al Estado, que consisten en la preservación de esferas de libertad en las cuales los poderes públicos no pueden entrar, y en la garantía de prestaciones que son necesariamente puestas a cargo del Estado. Los derechos de la personalidad, por el contrario, son derechos subjetivos privados –propios de cada persona– que se hacen valer frente al resto de ciudadanos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN); se trata de derechos que afectan en mayor grado el *ámbito personal y la esfera privada del individuo* (MONTÉS).

Esta distinción, sin embargo, es difícil de establecer puesto que la mayoría de los derechos de la personalidad se encuentra recogida como derechos fundamentales. En realidad, son muy pocos los derechos de la personalidad que quedan fuera de la CE, como sucede con el derecho moral de autor, el nombre y el denominado derecho al cambio de sexo (MONTÉS).

La mayoría de derechos fundamentales (que a su vez son derechos de la personalidad) ha sido desarrollada por el legislador mediante leyes orgánicas, que han regulado su ejercicio y modos de protección. Los que no lo han sido han de recibir su concreción y desarrollo por vía jurisprudencial. Tanto para interpretar las leyes que los desarrollan como en los desarrollos efectuados por la jurisprudencia ha de tenerse en cuenta el art. 10.2 de la CE, según el cual (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003):

las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». La consecuencia será una interpretación extensiva de las normas constitucionales.

El hecho de que el CC no regule los derechos de la personalidad, es el motivo por el que hasta la fecha haya que acudir a los textos constitucionales, así como a los desarrollos legislativos de los derechos fundamentales y transposición de directivas (BANEGIL ESPINOSA, 2003).

1.4.2. Por el bien jurídico protegido

Los derechos fundamentales tienen una mayor amplitud, puesto que protegen los derechos humanos en general, desde la vida y la salud hasta los derechos políticos y sociales, como el derecho de voto y el de ser oído y vencido en juicio. Los derechos de la personalidad tienen un ámbito más reducido, puesto que se refieren a una esfera más íntima del hombre bien a la esfera moral del hombre (derecho al nombre, al honor y a la fama, a la imagen, a la intimidad, etc.), bien a su esfera física (derecho a la vida, integridad física o libertad) (BANEGIL ESPINOSA, 2003):

Como ya hemos dicho, aunque muchos de los derechos de la personalidad, constituyen a su vez Derechos Fundamentales. No todos los derechos de la personalidad tienen cabida dentro de los derechos fundamentales. Así sucede con el derecho al nombre, a la investigación de la paternidad o de la descendencia, el derecho a la existencia digna, a que sí que tienen reflejo en convenios internacionales o en el art. 10 CE.

Tanto los derechos fundamentales como los derechos de la personalidad son derechos humanos y tienen las mismas características de ser innatos, inalienables, absolutos y esenciales y pueden ser los mismos. La diferencia se encuentra en que los derechos de la personalidad se ubican en la esfera de mayor intimidad de las personas.

1.4.3. Por el orden legal en donde se encuentran protegidos

Los derechos fundamentales se encuentran protegidos en la Constitución mediante la vía prevista en el art. 53.2 CE (procedimiento especial y sumario, recurso de amparo). Los derechos de personalidad, que no detenten aquella condición de fundamentales tan solo podrán protegerse por las vías civil o penal. «El Derecho constitucional se ocupará de los derechos fundamentales y el Derecho civil de los derechos personalidad. Por otro lado está el Derecho penal que se ocupa de las violaciones más graves de esos derechos» (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003).

1.5. Naturaleza y caracteres de los derechos de la personalidad

1.5.1. Naturaleza jurídica

La tesis mayoritaria en la doctrina mantiene que los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos en los que el sujeto del derecho es el ser humano en dimensión física y ética, mientras que el objeto recae sobre la manifestación de cada uno de los derechos de la persona, sean físicos (derecho a la vida o integridad física) o morales (derecho al honor o a la imagen). En esta línea están, Albaladejo (2002), Díez-Picazo y Gullón (2003), Bañegil Espinosa (2003) y Beltrán de Heredia (1976).

Como derechos subjetivos revelan un derecho a exigir el respeto ajeno sobre los mismos (de los particulares o de los poderes públicos), y además, preservan una esfera de dominio sobre tales derechos, salvo que contraríen la moral en cada momento histórico, la ley o el orden público (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003). Estos derechos tienen un conjunto de notas distintivas que los hacen singulares, especiales y los individualizan y distinguen de los otros derechos subjetivos. Se trata de una categoría con perfil propio y con caracteres –en su mayoría– no compartidos con el resto de derechos subjetivos (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003).

1.5.2. Caracteres

Los derechos de la personalidad presentan las siguientes características:

- Generalidad. Toda persona está dotada de estos derechos.
- Absolutividad. Son derechos absolutos o de exclusión, es decir, que son oponibles frente a terceros (*erga omnes*), puesto que generan en todos los demás un deber general de respeto a la persona y de sus atributos.
- Extrapatrimonialidad. El contenido de los derechos de la personalidad no puede ser valorable en dinero, si bien su lesión se puede reparar mediante una suma de dinero si no hay posibilidad de repararla de otra forma (ALBALADEJO, 2002). Ello significa que no pueden ser objeto de transacción comercial ni de transmisión alguna, tampoco pueden ser embargados, por la que se obtenga a cambio un pago o compensación.
- Originarios o innatos. Puesto que se adquieren por el mero hecho de ser persona sin concurrencia de ninguna circunstancia o hecho adquisitivo especial; se extinguen con la muerte de la persona.
- Irrenunciables. La persona no puede disponer de los derechos, no cabe su transmisión ni su renuncia, ni se pierden por el transcurso del tiempo. El hecho de que una persona, por su conducta negativa o su comportamiento inmoral, haya conculcado su imagen, no significa que haya perdido su dignidad de persona y aun así conserva sus derechos fundamentales.

- Imprescriptible. Los derechos esenciales nunca prescriben por falta de uso o por falta de uso por falta de defensa jurídica de la lesión. Si que cabe, por el contrario la prescripción de las acciones destinadas a protegerlos (ROGEL VIDE).
- Personalísimos. Cada persona es un ser único e irrepetible, con un conjunto de derechos que solo a ella le corresponde ejercer y que por lo tanto no puede realizar a través de representante o de terceras personas.
- Intransmisibles. Los derechos de la personalidad al no tener carácter patrimonial no pueden ser objeto de enajenación ni de transmisión.

Hay ciertas excepciones a la regla de la indisponibilidad, de la intransmisibilidad, resultantes de normas como las que permiten los trasplantes de órganos de personas vivas o los negocios en torno a la propia imagen de estas.

1.6. La tutela de los derechos de la personalidad

Aunque en el ordenamiento jurídico español, los derechos de la personalidad únicamente se encuentran contemplados en la CE (bajo el nombre de derechos fundamentales) y en las leyes orgánicas de desarrollo, y en toda una serie de convenios y tratados internacionales, sin embargo a la hora de su protección podemos optar entre varias vías:

- a) Vía penal. El Derecho penal se aplicará en el caso de las violaciones más graves de estos derechos. La infracción del deber de respeto a la persona y la lesión de la mayoría de los derechos de la personalidad están tipificados penalmente (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Ej. El homicidio como lesión al derecho a la vida; las lesiones como vulneración del derecho a la integridad física, etc. En todos los supuestos perseguidos penalmente, el infractor además de responder con una sanción penal, tiene la obligación de reparar el daño causado, como consecuencia de la responsabilidad civil que deriva de todo delito o falta.

- b) Vía civil. Aquellos derechos de la personalidad que no están protegidos penalmente, sin embargo, lo están por la vía civil, en concreto por el art. 1.902 CC que establece el deber de indemnizar el daño causado por culpa o negligencia.

El daño que surge como consecuencia de la violación del derecho de personalidad puede ser tanto material como moral. Será moral cuando recaiga sobre un bien de orden personalísimo (como la vida o la integridad física), o afectivo, espiritual o sentimental, es decir sobre bienes inmateriales, categoría dentro de la cual encajan los derechos de la personalidad. En ocasiones, un mismo daño puede ser a la vez material y moral (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Ej. El trabajador que sufre un accidente con lesiones, sufre a resultas de las mismas una disminución de sus ingresos por su incapacidad para trabajar (*daños materiales*) y al mismo tiempo, presenta dolores o incluso secuelas en su propio cuerpo (*daños morales*).

- c) El procedimiento especial que el art. 53.2. CE establece para la protección de los derechos fundamentales: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional» (MUERZA ESPARZA, 2003).

La Ley Orgánica 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, daba cumplimiento al art. 53.2 CE, al establecer un procedimiento basado en los principios de «preferencia» y «sumariedad», a través del cual el ciudadano podía recabar la tutela de los derechos fundamentales de la persona ante los tribunales ordinarios. La Ley contemplaba tres «garantías jurisdiccionales»: la penal (arts. 2 a 5), la contencioso-administrativa (arts. 6 a 10) y la civil (arts. 11 a 15). Esta ley se ha quedado vacía de contenido al haber sido asumidas sus competencias por otros órdenes. Ha sido derogada parcialmente por las Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y la Ley 38/2003, de Reforma parcial de Enjuiciamiento Civil.

Hoy en día, en el orden civil, hay que distinguir si la violación del derecho fundamental ha tenido lugar en la realidad extraprocesal, en cuyo caso la Ley establece el cauce procedimental del juicio ordinario (art. 249). Si la violación tiene lugar dentro de un proceso, la ley descarta un procedimiento especial y considera que las violaciones han de remediarse en el seno de proceso en que se han producido (MUERZA ESPARZA, 2003).

1.7. Clases de derechos de la personalidad

Comoquiera que los derechos de la personalidad no se reconocen en un solo texto es difícil establecer un elenco de todos ellos. Sin embargo, la doctrina coincide en dividir los derechos de la personalidad pueden dividirse en dos grandes grupos (ALBALADEJO, 2002):

- a) Derechos de la personalidad en la esfera corporal: 1º. Vida; 2º. Integridad física y 3º. Libertad.
- b) Derechos de la personalidad en la esfera espiritual del hombre. 1º. El nombre. 2º. Pseudónimo. 3º. Honor. 4º. Intimidad personal y familiar. 5º. Imagen y 6º. Derecho moral de autor.

2. LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA

2.1. El derecho a la vida

El derecho a la propia vida es reconocido en el art. 15 CE que al establecer «Todos tienen derecho a la vida [...]». La vida es el bien básico de la persona, fundamento y asiento de los demás (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La persona tiene un poder limitado de disposición sobre la vida, su propio nacimiento es ajeno a su voluntad y, por lo general también su propia muerte. Los comportamientos contrarios a la propia vida no son sancionados por el ordenamiento jurídico respecto de uno mismo, este es el caso del suicidio y de la eutanasia. El sujeto por el contrario sí que puede arriesgar su propia vida, no considerándose contrario al art. 15 el realizar actividades como por ejemplo los denominados deportes de riesgo que pueden tener como consecuencia la muerte (VALPUESTA, 2003).

El suicidio (la tentativa) no está penado en España, sin embargo, sí que lo está la inducción y cooperación al suicidio (art. 143 CP) (VALPUESTA, 2003):

El art. 15 CE impide a los ciudadanos disponer de la vida ajena, asimismo en este precepto se prohíbe la pena de muerte.³ La protección de la vida ajena tradicionalmente ha recibido su protección en el ámbito del Derecho penal, así el vigente Código Penal de 1995, en su Libro II, Título I, bajo la rúbrica «Del homicidio y sus formas»⁴ castiga con penas privativas de libertad a quien atentasen contra la vida de los otros.

3. El texto completo del art. 15 CE establece que: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

4. El art. 138 del Código Penal de 1995 establece que: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años».

El daño al bien de la vida ha de ser reparado por quienes lo causen, con independencia de que su origen sea doloso (ej. una muerte por asesinato) o culposo (muerte por accidente de tráfico) o en virtud del riesgo que ellos han creado (muerte por accidente en atracción de feria). Cuando el resultado ha sido de muerte serán los herederos o perjudicados del fallecido a quienes corresponderá la acción indemnización por los daños sufridos. El CP se ocupa de la responsabilidad civil derivada de los delitos en los arts. 109 a 115.⁵ El art. 1.092 CC actúa como norma de remisión al CP en esta materia.

Es de reseñar la existencia de unos baremos o tablas indemnizatorias incorporados como Anexo en la Ley 30/1995 de Ordenación de los Seguros Privados, que permite cuantificar las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a las personas en accidente de la circulación. Estas tablas también están siendo utilizadas en otros ámbitos del derecho civil, si bien con efectos meramente orientativos.

2.1.1. El aborto

Una cuestión polémica fue la que se originó respecto a si la protección del art. 15 CE se extendía al concebido pero no nacido, al que el art. 30 del CC no le reconoce la condición de persona en relación con la capacidad de adquirir derechos y obligaciones, o si únicamente afectaba a la persona ya nacida; todo ello a los efectos de considerar si el aborto estaba o no permitido por nuestra Constitución. El Tribunal constitucional entendió (STC 53/1985)⁶ que el concebido también estaba protegido por el art. 15 CE, si bien tal protección no era absoluta, ya que la interrupción del embarazo era posible en determinados supuestos concretos en los que la vida del feto chocaba con otros derechos de la persona, también reconocidos constitucionalmente, como pudieran ser la vida y la dignidad de la mujer (VALPUESTA, 2003).

El aborto fuera de los supuestos permitidos por la Ley es constitutivo de delito, tanto para la mujer que lo consienta como para los que lo produzcan (arts. 144 a 146 CP).

2.1.2. La eutanasia

El término eutanasia deriva del griego, *eu* –bien– y *thánatos* –muerte. Es todo acto u omisión cuya responsabilidad recae en personal médico o en individuos cercanos al enfermo, y que ocasiona la muerte inmediata de este con el fin de evitarle sufrimientos insoportables o la prolongación artificial e inhumana de su vida. Dentro de la eutanasia se distinguen dos modalidades: *Eutanasia directa*, que consiste en adelantar la muerte en caso de enfermedad incurable, a su vez presenta dos modalidades: la *eutanasia activa* consiste en provocar artificialmente la muerte del enfermo, recurriendo a sustancias letales (sobredosis de morfina); la *eutanasia pasiva* consiste en suspender (o no iniciar) un tratamiento a un enfermo terminal.

El derecho español no reconoce un derecho subjetivo a la propia muerte. La doctrina mayoritaria se opone a la eutanasia por considerar que los derechos de personalidad son indisponibles. Además son prácticamente inexistentes los pronunciamientos judiciales respecto a la misma.

La STEDH Estrasburgo (S. 4ª) de 20 abril 2002, desestima la demanda de una ciudadana británica que se encontraba paralizada y padecía una enfermedad degenerativa incurable; esta alegó en su demanda que el rechazo por parte del *Director of Public Prosecutions* a conceder a su marido una inmunidad de diligencias si la ayudaba a suicidarse y que la prohibición de la ayuda al suicidio establecido por

5. El art. 109 CP establece que: «1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

6. La sentencia tenía por objeto determinar la constitucionalidad del Proyecto de Ley orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, por el que se eximía de punibilidad el delito de aborto en los supuestos «terapéutico, ético y eugenésico».

el derecho británico vulneran en su opinión los derechos garantizados por los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La STEDH Estrasburgo (Sección 4ª) de 26 de octubre de 2000, con anterioridad llegó a idénticas conclusiones. Esta sentencia adquirió notoriedad en los medios de comunicación españoles, puesto que la demandante era la heredera legal de Ramón Sampederro, el tetrapléjico en cuya vida se inspiró el director de cine Alejandro Amenábar para rodar la película *Mar Adentro* y reivindicar el derecho a la eutanasia.

2.1.3. El testamento vital

Cuestión diferente a la eutanasia es el denominado «testamento vital» que consiste en un documento en el que los pacientes expresan de forma anticipada su voluntad sobre la atención clínica que desea recibir en el supuesto de que las circunstancias de su salud no le permitan decidir por sí mismo, y siempre con el máximo respeto a la vida y a la dignidad de la persona.

El testamento vital tiene su origen en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997. El citado convenio se incorporó al ordenamiento jurídico español con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, «básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», que regula el referido documento bajo la denominación las denominadas «instrucciones previas» (si bien a nivel popular la denominación que se ha impuesto es la «testamento vital»).

El art. 11 de la Ley establece: «1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo [...]».

La mencionada ley remite a las Comunidades Autónomas la regulación del procedimiento para garantizar la eficacia de este derecho básico. Es de destacar que algunas CCAA se adelantaron al legislativo estatal a la hora de incorporar el citado convenio, como fue el caso de la Ley catalana de 2000; hoy en día prácticamente todas las CCAA tienen su ley de testamento vital, es la más reciente la Ley de voluntades anticipadas de Canarias de 2006.

2.2. Las técnicas de reproducción asistida

En relación a la vida en formación, hay que mencionar la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que pretendió establecer un marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos. Esta Ley supuso el primer reconocimiento legal para la aplicación en nuestro país de este tipo de prácticas, cuyo objetivo era y continúa siendo, encontrar soluciones para los problemas de infertilidad. Según esta ley, en España solo estaba permitido investigar con preembriones viables si dicha investigación tiene carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo para el propio preembrión. En este sentido, cualquier investigación que se realizara con otros fines solo podría utilizar preembriones humanos muertos o no viables.

El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988.

La nueva Ley 45/2003, solo dio una respuesta parcial a las exigencias sociales y científicas, limitándose a modificar la Ley 35/1988, principalmente para establecer el destino del exceso de preembriones crioconservados sobrantes de los procesos de fertilización, generados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. En adelante el destino de los sobrantes sería determinado por las parejas progenitoras, o la mujer en su caso, que podía ser: a) El mantenimiento de la crioconservación hasta que le sean transferidos. b) La donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten. c) La investigación, dentro de los límites de esta ley, sin que en ningún caso se proceda a la reanimación o proceder a su descongelación con otros fines (esto supone una ampliación del destino de los preembriones que hasta la fecha no podían destinarse a la investigación orientada a fines terapéuticos).

A su vez esta ley ha sido modificada en parte por el RD 1720/2004, de 23 de julio por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida.

Finalmente, la Ley 14/2006, de Reproducción Asistida Humana introduce importantes novedades:

- a) El concepto de preembrión, entendiéndose por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.
- b) La nueva ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas de reproducción que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día, a diferencia de la ley anterior que siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación de modo que las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en aquella Norma.
- c) La nueva ley no se limita a su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, sino que extiende también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.
- d) Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

En el Código Penal existe un Título dedicado a los «Delitos relativos a la manipulación genética» (arts. 159 a 162).

2.3. El derecho a la integridad física

El art. 15 de la CE también reconoce el derecho de todo ser humano a la integridad física, prohibiendo a un mismo tiempo el sometimiento del ciudadano a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

La integridad física puede definirse como «el modo de ser físico de la persona, perceptible por los sentidos y que consiste en la presencia de todos sus atributos físicos». La doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo los llamados actos de disposición sobre el propio cuerpo (trasplantes de órganos, donación de semen o cualquier otro tipo de material genético, etc.). Esta admisión doctrinal es vacilante, puesto que al ser el derecho a la integridad un derecho indisponible por su titular, es difícil trazar nítidamente la línea de su licitud (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El CP se refiere al delito de lesiones en los arts. 147 a 158.

El derecho a la integridad física es compatible con la práctica de la cesión y trasplante de órganos bajo determinadas condiciones. La Ley 30/1979, de Extracción y Transplante de órganos de 27 de octubre de 1979 y su nuevo Reglamento aprobado por Real Decreto 2070/1999, admiten la cesión y trasplante de órganos siempre que se haga con fines terapéuticos o científicos y de acuerdo con lo dispuesto en esas normas. En especial destacamos que la Ley parte de la idea de que se trata de una donación (arts. 2 y 4), por lo que se prohíbe expresamente que exista compensación económica alguna, de manera que se evite la existencia de un comercio de órganos humanos; asimismo ha de garantizarse el anonimato del receptor del órgano, y que en el caso de donantes vivos que su extracción sea compatible su vida y que no disminuya gravemente su capacidad funcional (art. 4).

Tras el fallecimiento de una persona, según Díez-Picazo y Gullón, y desaparecida su personalidad, sus restos pasan a convertirse en una «cosa» en sentido jurídico, si bien quedan impregnados de la dignidad de la persona. La persona, o sus parientes más próximos en su defecto, poseen un poder de disposición en orden a establecer el destino de su cadáver (inhumación, incineración, destino del mismo con finalidades científicas, donación de órganos, etc.) siempre que su destino resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social (ej. no sería admisible que alguien pretendiese que tras su muerte su cadáver se colocase en un poste para ser comido por los buitres al estilo de los antiguos persas).

En el art. 5.2 de la ley se establece que puede realizarse la extracción de órganos y piezas anatómicas de una persona fallecida, siempre que esta no hubiere dejado constancia expresa de su oposición, es decir que la falta de oposición expresa permite que el fallecido sea considerado como donante, el art 5.3 extiende el círculo de los donantes a las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente; los trasplantes e injertos o implantación de órganos y piezas anatómicas de fallecidos están sujetas a los mismos requisitos que cuando estas operaciones se practican con órganos de donantes vivos.

La Ley 30/1979 no contempla la posibilidad de realizar la donación de células, tejidos u órganos de embriones o de fetos humanos para lo cual se tuvo que dictar la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

3. LA LIBERTAD

En el derecho a la libertad pueden incardinarse toda una serie de derechos de la personalidad reconocidos en la Constitución referidos a la libertad, entendida esta como un valor absoluto, como la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE) (VALPUESTA, 2003).

Para Díez-Picazo y Gullón (2003), este derecho es reconducible al art. 17 de la CE cuando establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad» y que «nadie puede ser privado de su libertad si no con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por las leyes». La libertad personal tiene, ante todo, una proyección en la esfera jurídico-pública y significa el reconocimiento de espacios inmunes a la intromisión de las autoridades estatales o administrativas. En este sentido la Constitución garantiza toda una serie de libertades, llamadas públicas o civiles, que solo pueden verse afectadas cuando se declaren los estados de alarma, excepción y sitio regulados en el art. 55 de la CE y en la LO de 1 de junio de 1981.

Estas libertades son las siguientes:

- Derecho de libertad y seguridad personales, en el aspecto jurídico-público también significa que todas las medidas gubernativas de restricción de tal libertad deben someterse lo más pronto posible a la autoridad judicial. En este sentido la LO de 24 mayo 1984 que regula el «*Habeas corpus*», que es un procedimiento que permite la puesta a disposición judicial de cualquier persona ilegalmente detenida o cuya detención se proyecte más allá de las setenta y dos horas admitidas por el art. 17 CE.
- Otras modalidades de la libertad serían la: *libertad ambulatoria y de residencia* (art. 19 CE) y la *libertad de información y de creación literaria* (art. 20 CE).

4. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

La LO 1/ 1982 de 5 de mayo de 1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen se ha encargado del desarrollo de estos derechos, que aparecen recogidos en el art. 18.1 CE: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (BAÑEGIL ESPINOSA, 2003):

A pesar de que la dicción literal del precepto constitucional se refiere a un único derecho, la doctrina y la jurisprudencia entienden que nos encontramos ante tres derechos diferentes, derechos que presentan el común denominador de proteger un ámbito reservado, personal del individuo, excluyendo injerencias de terceros.

Esta ley, así como la propia Constitución no han hecho otra cosa que proteger una serie de derechos cuya existencia y protección se encontraban consagrados tanto jurisprudencial como doctrinalmente, si bien anteriormente, el cauce utilizado para la protección de estos derechos era el del art. 1.902 cc sobre responsabilidad extracontractual.

Algunos de esos derechos gozan de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, que está protegido con los tipos penales del Delito de Calumnia⁷ (arts. 205 a 207 CP) y de Injurias⁸ (arts. 208 a 210, CP) y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar.

7. Según el art. 208 CP: «Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

8. Según el art. 208 CP: «Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves».

Respecto a estos derechos, Díez-Picazo y Gullón hacen las siguientes puntualizaciones:

- a) El derecho al honor. Comprende el buen nombre y la fama o prestigio; son bienes que se refieren a la estimación de la persona en y por la sociedad y contribuyen a configurar el estado social de la misma.
- b) El derecho a la intimidad. Toda persona tiene derecho a tener una esfera secreta que merece la protección de las intromisiones de terceros. Gráficamente puede describirse como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y oídos indiscretos, y al mismo tiempo el derecho de impedir la divulgación de los hechos que pertenezcan a ella.
- c) El derecho a la propia imagen consiste en el poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de imágenes de nuestra persona por cualquier medio visual, (fotografía, dibujo, vídeo, etc.) así como su exhibición sin nuestra autorización.

La LO 1/1982 establece los ámbitos de protección de dichos derechos en su art. 2º; también regula *el consentimiento o autorización para la intromisión* que hace desaparecer la calificación de ilegítima que en otro caso tendría esta.

La tutela judicial de los mencionados derechos comprende la adopción de todas las medidas necesarias, tanto para poner fin a la intromisión ilegítima y restablecer al perjudicado la plenitud de sus derechos, como para prevenir posteriores y ulteriores intromisiones. Las medidas pueden ser cautelares para obtener el cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y de la condena y la indemnización de los daños y los perjuicios.

Estas las medidas de protección que ofrece la Ley 1/1982, han sido complementadas por la LO de 26 de marzo de 1984, reguladora del derecho de rectificación, que establece el derecho de toda persona a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicios. Este derecho se ejercitará mediante la remisión de un escrito de rectificación al director del medio de comunicación quien deberá publicarlo íntegramente en los plazos previstos por esta ley; caso contrario el perjudicado podrá ejercitar la acción de rectificación por la vía judicial.

Los derechos al honor y a la intimidad chocan en ocasiones con el derecho a la libertad de información, (art. 20 CE), según el apartado 4 de ese artículo este derecho tiene su límite en respeto de los derechos reconocidos en ese título de la constitución y por consiguiente el respeto a los derechos garantizados en el artículo 18. El TC ha señalado que la libertad de información constituye una institución básica en una sociedad democrática de manera que las restricciones a la misma deben considerarse como excepcionales.

El TC que la libertad de información es preferente cuando se trata de hechos noticiables, cuando tales hechos sean de interés público y que el ejercicio de la libertad de información carece del efecto legitimador cuando se ejercitan de manera desmesurada y desorbitante, fuera de su contenido y finalidad (sentencia 85/1992 de 8 de junio).

La SAP Barcelona (S. 14) de 27 marzo 2007 ha condenado al locutor FJL, a la COPE y a Radio Popular SA a indemnizar con 60.000 euros al presidente de Esquerra Republicana de Catalunya, J. Ll. Carod Rovira, y al secretario general del partido, Joan Puigercós, por vulnerar su derecho al honor, al equipararlos con terroristas y acusarles de pactar con la banda «donde se mata y donde no». Estas expresiones fueron proferidas en los programas *La Mañana* y *la Linterna* de la COPE entre junio y julio de 2005 (*El País*, 27 de marzo 2007). En la sentencia de instancia por el contrario se entendió que aquellas manifestaciones no traspasaban el límite al derecho a la información.

LECTURAS RECOMENDADAS

BELTRÁN DE HEREDIA, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Los llamados derechos de la personalidad*, «Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro», t. II, Madrid, 1997.

RIVES SEVA, J. M.: «Testamento vital y objeción de conciencia», *Diario la Ley*, año XXIX. Número 6898, 6 de marzo de 2008.

Tema 10

Domicilio, nacionalidad y vecindad civil

1. EL DOMICILIO

1.1. El concepto de domicilio

El Código Civil regula el domicilio de la *persona física* en el art. 40 y el de la *jurídica* en el 41, en el primero de ellos establece que: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil [...]»

El concepto de domicilio es fundamental para el Derecho, puesto que la persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. El domicilio sitúa al hombre en el espacio y lo relaciona con un lugar (localizándolo); sin ese elemento que es el domicilio las relaciones jurídicas serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirma que el domicilio es la *sede jurídica de la persona* (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El domicilio se define en el artículo 40 como el lugar de la residencia habitual de las personas naturales, que según Valpuesta (2003), será el lugar en el que la persona de forma estable desarrolla su actividad diaria. La definición de domicilio del art. 40 servirá también para todas las materias que se rijan por leyes especiales por razón del territorio, salvo que en ellas se regule de forma diferente, en virtud de la fuerza atractiva del Derecho civil como Derecho común, es decir, actuando como Derecho supletorio como establece el art. 4.3 CC (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La doctrina y la jurisprudencia han venido afirmando que el concepto de domicilio ex art. 40 CC, la residencia habitual, está integrado por dos requisitos: 1º Uno de carácter fáctico u objetivo, el *hecho material* de la residencia, la presencia física de una persona en un determinado lugar. 2º Otro de naturaleza subjetiva, la intención de que esa residencia habitual lo sea con intención de permanecer en la misma de forma más o menos indefinidamente (*animus manendi* voluntad de permanencia). Según Díez-Picazo y Gullón (2003), esa voluntad o *animus* exigido para constituir domicilio no es simplemente una intención interna, debe ser una voluntad exteriorizada, objetivada, que debe resultar de una conducta significativa de que se reside o se va a residir habitualmente.

El concepto de domicilio se tiene en cuenta, no solo, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes civiles, sino también para otras consecuencias, como la adquisición de la nacionalidad o de la vecindad civil, para determinar el juez competente y para apreciar la desaparición o ausencia de una persona (VALPUESTA, 2003).

Según el art. 70 CC: «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia».

La idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la CE «el domicilio es inviolable» no coincide con el del art. 40 CC, así desde un punto de vista constitucional puede ser concretado en el espacio cerrado en el que se desarrolla la vida de la persona, lo que se relaciona con el derecho a la intimidad cuyo inviolabilidad se protege en el art. 18.2 de la CE (VALPUESTA, 2003).

El CP en el art. 202 contempla el delito de allanamiento de morada: «1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses».

En el art. 203 CP se contempla el delito de allanamiento de domicilio de persona jurídica.

1.2. Las normas de la LEC sobre el domicilio

El art. 40 del Código Civil contiene una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de domicilio, cuando después de definir el domicilio establece que: «y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Esta remisión hoy en día carece de sentido puesto que si bien la LEC 1881 contenía una serie de reglas para determinar el domicilio de la persona que se encontraba en alguna de aquellas circunstancias (mujeres, casadas, hijos sometidos a la patria potestad, menores o incapacitados sujetos a tutela, comerciantes, empleados y militares, etc.).

En la nueva Ley Rituaria existe una serie de reglas, en los arts. 155 y 156, que otorgan relevancia a los domicilios que consten en el padrón o en entidades o Registros públicos, al entender que un comportamiento cívico y socialmente aceptable no se compadece con la indiferencia o el descuido de las personas respecto de esos domicilios. A efectos de actos de comunicación, se considera también domicilio el lugar de trabajo no ocasional.

1.3. Pluralidad de domicilios

No hay inconveniente en que una persona pueda tener más de un domicilio siempre que se den en cada caso las notas de habitualidad de la residencia (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

1.4. El domicilio electivo

Se trata de un domicilio que nada tiene que ver con el domicilio habitual. Es un domicilio convencional o pactado que los interesados establecen libremente a los efectos procesales, pudiendo señalar el domicilio de cualquier persona o incluso uno ficticio. Es un domicilio que puede establecerse en un contrato, por diversos motivos, para que las obligaciones dimanantes de ese contrato se cumplirán en ese domicilio, o que en el mismo se practicarán requerimientos y notificaciones, o que los litigios entre las partes se sometan a los tribunales de una ciudad que en principio no les correspondería.

Ej. El art. 130 de la Ley Hipotecaria prevé un supuesto de domicilio electivo, cuando ordena que se señale un domicilio para la práctica de los requerimientos, notificaciones y emplazamientos, en el procedimiento ejecutivo del art. 131 LH.

1.5. La residencia

Es un término que aparece con alguna frecuencia en el Código Civil en lugar del de domicilio (arts. 14.5, 15, 21, 26, 107), y debe entenderse como sinónimo de estancia en un lugar sin la nota de «habitualidad» que es propia del domicilio, pero en todo caso durante un lapso temporal más o menos dilatado para no confundirse con el paradero, que es simplemente el lugar en donde se halla una persona (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

2. LA NACIONALIDAD

2.1. Concepto

La nacionalidad es un «estado civil» de la persona que se concreta por su vinculación a un Estado y que determina el conjunto de derechos y deberes de esta persona con relación a ese Estado (DE CASTRO, 1984). Las diferencias entre el régimen jurídico aplicable a los extranjeros son fundamentales en cuanto que cada uno se rige, en una serie de materias por la ley de su país (así en materia de capacidad y estado civil, derechos y deberes de la familia, etc.).

2.2. Regulación

La regulación legal de la nacionalidad se encuentra en el Título 1, del Libro 1 del Código (arts. 17 a 28). La CE se ocupa de la nacionalidad en su art. 11, cuando establece que:

1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad.

La cualidad de nacional la ostentan tanto las personas físicas como las jurídicas.

Esta materia está sometida a continuas modificaciones: en primer lugar, está la reforma producida por la Ley 51/1982; así como la Ley 18/1990 sobre reforma del cc en materia de nacionalidad; la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

3. LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

La ley distingue, entre otros, dos modos de adquirir la nacionalidad española: la adquirida en el momento del nacimiento se conoce como originaria y la adquirida con posterioridad al mismo derivativa (lo que implica que probablemente ya se tenía otra nacionalidad).

3.1. Formas de adquisición originaria

Este tipo de adquisición tiene lugar de forma automática desde la fecha del nacimiento, sin necesidad de una especial declaración de voluntad del sujeto ni de una concesión expresa por parte de la autoridad estatal. El Código utiliza dos criterios para atribuir de forma originaria al nacido la nacionalidad española: la adquisición *iure sanguinis* o por filiación, en aquellos supuestos en que el nacido adquiere la nacionalidad española que tuviere cualquiera de sus dos progenitores, con independencia del país en que hubiese tenido lugar el nacimiento. La nacionalidad, según el cc también se adquiere *iure soli* en relación al lugar donde se haya producido el nacimiento, con independencia de la nacionalidad de los padres o bien cuando estos son apátridas (los que carecen de nacionalidad).

El art. 17 cc se refiere a la adquisición originaria, tanto *iure sanguinis* como *iure soli*:

- a) Adquisición *iure sanguinis*. Este es el supuesto del art. 17.1.a. «son españoles de origen: los nacidos de padre o madre españoles». Todo ello con independencia del país en el que se haya producido el nacimiento.
- b) Adquisición *iure soli*. Son los supuestos previstos en el art. 17,1, b) c) y d): «son españoles de origen: [...] b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España». Este supuesto se refiere a la segunda generación de extranjeros nacidos en España.
«Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieron de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta disposición trata de evitar las situaciones de apatridia que se producirían si en este supuesto no se atribuyese la nacionalidad española al nacido en este territorio.
«Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad de edad cuya primer lugar conocido de estancia sea territorio español». Se trata de personas cuyos padres son realmente desconocidos por lo que también se trata de evitar la apatridia.
- c) Adquisición de la nacionalidad española por adopción. «El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen» (19.1 cc).
- d) Adquisición de la nacionalidad española por «posesión de Estado». El art. 18 cc establece que: «La posesión y utilización de forma continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe, basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó». Se trata de buscar una solución para aquellas personas españolas de origen, que ven destruida la relación de filiación que daba soporte a la nacionalidad o bien se llega a la conclusión de que el título por el que ostentaba la nacionalidad era nulo (ej. aquel que adquiere la nacionalidad por residencia a través del plazo de 1 año por estar casado con español y que al cabo de más de diez años de matrimonio se dicta una resolución judicial por la que se declara la nulidad del matrimonio). Este supuesto es el que Albaladejo (2002) denomina «usucapión de la nacionalidad».

3.2. Formas de adquisición derivativa

Frente a los modos de adquisición originaria que suponen una atribución de la nacionalidad desde el momento del nacimiento, los modos derivativos significan una adquisición sobrevenida de la nacionalidad española por una persona que anteriormente ha poseído otra distinta. Constituyen casos de adquisición por cambio de la nacionalidad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

- a) *Por derecho de opción*. La Ley en determinados supuestos, de forma automática concede a ciertos extranjeros el derecho a optar por la nacionalidad española. El derecho de opción puede ser ejercitado por el interesado o por su representante en el caso de los menores de edad e incapacitados. El art. 20 cc establece que pueden optar por la nacionalidad española:

- 1º Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- 2º Los casos de determinación de la nacionalidad de origen con posterioridad a los 18 años (art. 17. 2), la opción se tendrá que hacer efectiva dentro de los dos años siguientes a la determinación de la filiación.
- 3º El extranjero mayor de 18 años adoptado por español (art. 19.2), podrá ejercer su derecho de opción dentro de los dos años siguientes a la constitución de la opción.

c) *Por naturalización*. A diferencia de la opción que se concede de forma automática, la naturalización supone una concesión que exige petición o solicitud de nacionalidad. La naturalización reviste dos formas:

1º La carta de naturaleza. Tradicionalmente el poder público ha concedido la nacionalidad española a quien ha considerado conveniente, normalmente se otorga mediante Real Decreto. El art. 21 exige que esta concesión esté precedida de la solicitud del propio interesado, y así establece: «La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales».

Ej. Un caso de adquisición por carta de naturaleza ha sido el del escritor peruano Mario Vargas Llosa o los combatientes de las Brigadas Internacionales en la guerra civil Española (RD 39/1996).

2º La residencia continuada. Del mismo modo que en la concesión por carta de naturaleza, la adquisición de la nacionalidad por residencia continuada requiere la declaración de voluntad del interesado. La residencia ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Los plazos exigidos por la ley variarán según las circunstancias que concurren en el solicitante. En el art. 22 cc se contemplan los siguientes plazos:

1º El plazo general es de diez años (art. 22.1 cc).

2º El plazo de 10 años se reduce a cinco para que puedan adquirir la nacionalidad española los extranjeros que hayan obtenido refugio en España.

3º El plazo es de dos años cuando se trate de un nacional de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal y sefardíes (art. 22.1).

4º El plazo es de un año, en los supuestos que el extranjero haya tenido una importante vinculación con España (art. 22.2):

- a) El que haya nacido en territorio español (y no haya optado por la nacionalidad de origen).
- b) El que no haya ejercitado la facultad de optar oportunamente.
- c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos.
- d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español y no estuviera separado legalmente o de hecho.
- e) El viudo o viuda de español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.
- f) El nacido fuera de España de padre o de madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

La adquisición derivativa de la nacionalidad exige el cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 23): 1º Renuncia a la nacionalidad anterior (salvo los supuestos de doble nacionalidad). 2º Compromiso de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y las leyes, en el caso de los mayores de 14 años. 3. Inscripción de la adquisición en el Registro Civil (art. 23 cc).

4. LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad puede perderse voluntariamente o por sanción; el art. 11 de la CE establece que no se puede privar de la nacionalidad a un español de origen; lo cual significa que únicamente podrá sancionarse con la privación de la nacionalidad al español que la haya adquirido derivativamente.

Los supuestos de pérdida son los siguientes:

Pérdida voluntaria: para los españoles de origen (art. 24 cc).

a) Pérdida por adquisición de otra nacionalidad. El art. 24 cc parte del principio de que toda persona puede cambiar de nacionalidad si así lo desea, dice que:

1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

b) Pérdida por renuncia. Prevista en el art. 24.2 cc, para ello se requiere que el español se halle emancipado, que renuncien expresamente a ella, que tenga otra nacionalidad y resida habitualmente en el extranjero (art. 24.2).

Otros supuesto es el del art. 24.3: «Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación».

Pérdida por sanción: españoles que han adquirido derivativamente (art. 25).

El art. 11.2 de la CE establece que «ningún español de origen podrá ser privado de la nacionalidad española», de lo que se deduce que los supuestos de privación de nacionalidad contemplados en el art. 25 cc únicamente se refieren a quienes la hayan adquirido derivativamente (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El citado art. 25 establece que:

1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

a) Cuando durante un periodo de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.

b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

5. LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD

El español puede recuperar en cualquier tiempo su nacionalidad siempre que concurren los requisitos exigidos en la nueva redacción del art. 26 cc:

- a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales.
- b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.
- c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior.

Para recuperar la nacionalidad se exige una previa habilitación del gobierno (art. 26.2) si aquella se ha perdido por una de las causas del art. 25 cc.

6. LA DOBLE NACIONALIDAD

Existen dos tipos de causas que pueden producir que una persona ostente dos nacionalidades a la vez: por sumar a la nacionalidad originaria otra originaria (ej. hijo de extranjeros a quienes se atribuye la nacionalidad española de acuerdo con el art. 17. I).

El otro supuesto es el caso del art. 11.3 CE que establece la posibilidad de establecer convenios de doble nacionalidad con países iberoamericanos o aquellos que hayan tenido o tengan una especial vinculación con España. En estos casos si un ciudadano español adquiere la nacionalidad correspondiente a uno de estos países, no perderá la nacionalidad española.

En todos los casos la doble nacionalidad es automática y no comporta la pérdida de la nacionalidad española.

7. LA VECINDAD CIVIL

7.1. Concepto

La vecindad civil tiene su importancia por el hecho de que determina el sometimiento al derecho foral o derecho civil autonómico de una determinada región donde este exista, o por el contrario al Derecho civil común (VALPUESTA, 2003). La vecindad civil un estado de la persona en tanto que puede influir su capacidad de obrar (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Esta finalidad de la vecindad está reconocida en el actual artículo 14.1 del Título Preliminar, a cuyo tenor «La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil».

7.2. Adquisición de la vecindad civil

Regula esta materia el artículo 14 cc, que sirve tanto para la vecindad común (sometidos al Derecho civil común) como para la foral o especial (sometidos al Derecho foral o especial); la vecindad civil, al igual que la nacionalidad puede adquirirse de forma originaria o de forma derivada.

- a) Por *ius sanguinis*. «Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes» (art. 14.2).

La regla parte de la base de que ambos padres tienen la misma vecindad, y habrá de aplicarse cuando solamente uno de ellos es español.

Si no tienen la misma vecindad al nacer el hijo o al ser adoptado, tendrá este la vecindad de aquel progenitor respecto del cual la filiación se haya determinado antes –por ejemplo, en la filiación no matrimonial el que primero lo haya reconocido– (art. 14.3). Obviamente, en el caso de adopción habrá de entenderse la regla como referida al que haya adoptado.

- b) Por *ius soli*. En los casos de diversas vecindades de los progenitores en los que no pueda aplicarse la atribución prioritaria al nacido de la de uno de ellos, la regla es la atribución de la del lugar de nacimiento (art. 14.3).
- c) La regla favorable a la vecindad común. Cuando no puedan entrar en juego las reglas de la atribución de la vecindad por aplicación del *ius sanguinis* o *ius soli*, se atribuye al nacido la vecindad de Derecho común (art. 14.3). Es una regla subsidiaria que hace de mejor condición al Derecho civil común frente al foral o especial, aunque no es fácil encontrar para el caso otro criterio objetivo más correcto.
- d) Por atribución de los padres. Si los padres tienen distinta vecindad, la normativa legal expuesta con anterioridad no es imperativa. Se permite a los padres, o al que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, atribuir la vecindad civil de cualquiera de ellos dentro de los seis meses siguientes al nacimiento o adopción (art. 14.3).
- e) La opción como medio de adquisición de la vecindad. El hijo, desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de *cualquiera* de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido por su representante legal (art. 14.3, p. 4.0). El ejercicio de la opción se produce por la correspondiente declaración ante el encargado del Registro Civil (arts. 225 a 231 RRC).
También tiene opción para adquirir la vecindad civil *del otro cónyuge* cualquiera de ellos, siempre que no estén separados legalmente o de hecho (art. 14.4).
- f) La adquisición de la vecindad por residencia. La vecindad civil se adquiere, de acuerdo con el artículo 14.5:

1º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2º Por residencia continuada de diez años sin declaración de voluntad en contrario durante ese plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

La adquisición de la vecindad por residencia requiere que esta sea continuada. Ha de interpretarse que es continuada una residencia habitual (art. 225.1 RRC), estimándose la habitualidad por análogos criterios que veíamos a propósito del domicilio.

7.3. Pérdida y recuperación de la vecindad civil

No hay casos específicos de pérdida de la vecindad por un español, que solo ocurrirá indirectamente cuando pierda la nacionalidad española. Mientras, todo español tiene una vecindad. Lo único posible es la pérdida de la misma para adquirir otra, es decir, el cambio. A diferencia de lo que ocurre con la nacionalidad, en el artículo 14 no se regula la posibilidad de recuperar la vecindad que se tuvo de forma especial, salvo acudiendo a las normas sobre el cambio de vecindad por residencia.

7.4. Vecindad civil y nacionalidad

El art. 15 cc obliga al extranjero que adquiera la nacionalidad española a optar por la vecindad civil de cualquiera de los siguientes lugares:

- a) La correspondiente al lugar de residencia.
- b) La del lugar del nacimiento.
- c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes.
- d) La del cónyuge.

Tema 11

El Registro Civil

1. EL REGISTRO CIVIL

1.1. Concepto

El Registro Civil es un organismo público cuya misión es la de recoger y dar constancia oficial a los hechos y circunstancias relativas a la existencia y al estado civil de las personas y aquellas otras circunstancias que, sin constituir estado civil, la ley determina que puedan inscribirse (VALPUESTA, 2003).

Según la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil (LRC), este ha sido tradicionalmente concebido como un «instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas»; con relación a la ley derogada de 1870, el nuevo sistema ha conferido al Registro un carácter más amplio al recoger el contenido de los Registros de Tutelas y el de Ausentes, que carecían de razón suficiente para su existencia dispersa, y al llevar a su seno determinadas representaciones legales, por estimarse de interés general que de ellas haya una constancia pública.

El art. 325 cc establece que: «los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado al efecto». De esta forma se da seguridad y certidumbre al tráfico jurídico, puesto que la eficacia de los actos y negocios jurídicos depende fundamentalmente de la capacidad de obrar de las personas, determinada por su estado civil.

1.2. Necesidad del Registro

Los estados civiles de la persona constituyen cualidades o situaciones que poseen una eficacia general o *erga omnes*, lo que supone la existencia de un legítimo interés de los terceros y de la sociedad en general para su conocimiento y constatación.

Averiguar el estado que tiene una persona en cada momento sería difícil y lento con los medios ordinarios de prueba, de ahí la ventaja de Registro Civil, con una normativa específica para la constatación solemne y pública del estado civil. Se preconstituye así la prueba del estado y sirve de título de legitimación, es decir, habilita para el ejercicio de las facultades que forman el correspondiente estado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Además, el Registro constituye permite la custodia de todos aquellos datos en archivos oficiales (ALBALADEJO, 2002).

1.3. Origen y legislación aplicable al Registro

La Ley del Registro Civil es de 8 de junio de 1957 y su Reglamento (RRC) es de 1958, y si bien ha experimentado sucesivas reformas parciales, la más amplia es la que tuvo lugar por el Real Decreto 1917/1986, habida cuenta la necesidad de coordinar el Registro con las importantes reformas del Derecho de familia (reintroducción del divorcio, entre otras), nacionalidad y tutela (ALBALADEJO, 2002).

En Roma ya existieron registros que, a pesar de su carácter tributario, estadístico y militar, permitían conocer el nacimiento, la ciudadanía y la defunción de las personas. Tras la caída del Imperio romano esta función es asumida por la Iglesia, a través de los Registros parroquiales (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). En España, la Constitución de 1869 proclamó la libertad religiosa, de ahí la necesidad de un registro para los no católicos, lo que se tradujo en su secularización y en la primera Ley de Registro Civil de 1870.

La LRC ha querido hacer de la inscripción de nacimiento un registro particular de cada persona, y del Registro como unidad, un registro completo de la persona, incorporando a su seno el Registro de Tutelas y el Registro Central de Ausentes del Código Civil (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

En el nuevo texto se sigue y desarrolla una idea fundamental en el sistema en curso:

hacer del folio de nacimiento un cierto Registro particular de la persona que tanto ha de facilitar la publicidad registral, ya que bastará saber el lugar de su nacimiento para poder conocer los asientos del Registro que a ella se refieren. Tal finalidad se conseguirá no solo por medio de las notas de referencia, sino, también por practicarse al margen de la inscripción de nacimiento la propia inscripción de los hechos relativos a la nacionalidad y vecindad, a la declaración de ausencia fallecimiento, y otros. Sin embargo, razones evidentes de índole práctica o de claridad formal y competencia técnica, han aconsejado que el folio de nacimiento no sea un perfecto Registro particular, admitiendo la existencia de folios separados, solo conexos con el de nacimiento por las oportunas referencias.

2. EL REGISTRO CIVIL: SIGNIFICADO Y ORGANIZACIÓN

El Registro Civil es un organismo o institución de naturaleza administrativa que depende del Ministerio de Justicia; todos los asuntos a él referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 9 LRC). Al frente de cada registro está un funcionario que recibe el nombre de «encargado del registro», que debe cumplir las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de Registros y del Notariado.

2.1. Clases de registros

El registro tiene carácter unitario como centro u organismo (ALBALADEJO, 2002). La LRC (art. 10) establece que el Registro civil está integrado por:

1º Los registros municipales. Existe al menos un Registro por cada término municipal (art. 11 LRC). El registro está a cargo del juez de primera instancia o del juez de Paz, asistido por el secretario, en las poblaciones donde no lo hay (art. 46 RRC). En las ciudades con varios jueces de primera instancia puede organizarse como un Registro único (art. 44 RRC).

El art. 47.1 RRC establece que: «Corresponde a los jueces de primera Instancia ilustrar y dirigir a los jueces de paz, aclarando sus dudas, corrigiendo sus errores, dándoles las instrucciones necesarias para el desempeño de su cometido y encareciéndoles la máxima diligencia y la consulta en los casos dudosos».

2º Los Registros consulares, a cargo de los cónsules de España en el extranjero (arts. 10 y 12 LRC): «Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro a su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Central para su debida incorporación».

3º El Registro Central, ubicado en el Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán aquellos hechos para cuya inscripción no sean competente ningún otro Registro, y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impiden el funcionamiento del Registro correspondiente. Igualmente se llevarán en el Registro Civil Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares y de las inscripciones de nacimiento practicadas en los Registros Municipales (art. 18 LRC).

En este último caso solo los supuestos de nacimientos acaecidos en el extranjero, bien por tratarse de «casos de adopción internacional» (16.4 LRC), bien por tratarse de «adquisición de la nacionalidad española por ciudadanos cuyo lugar de nacimiento sea un país extranjero», que pueden solicitar que se les extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en que se haya instruido el oportuno expediente registral.

2.2. Secciones del Registro

El Registro Civil se divide en cuatro secciones, cada una de las cuales se lleva en libros distintos e independientes. Estas secciones son:

- a) *Sección de nacimientos y general* (art. 40 a 68 LRC). En esta sección se inscriben los nacimientos en que concurren las circunstancias establecidas en el art. 30 cc. «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.»

Esta es la inscripción eje del estado civil de la persona, ya que bastará saber el lugar de nacimiento para poder conocer los asientos que a ella se refieren (ALBALADEJO, 2002). En ella se inscribe el nacimiento, junto con las otras circunstancias que exige la ley como el sexo, fecha, hora y lugar del nacimiento y en su caso la filiación (art. 40 y ss.), así como el nombre y apellidos que se impongan al inscrito (art. 53 LRC).

La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento del sexo y en su caso, de la filiación del inscrito (art. 41 LRC).

En el caso de otros hechos inscribibles que legalmente deben constar en otras secciones del Registro se utilizará la técnica de la nota marginal que consistirá en poner «Al margen de la inscripción de nacimiento, se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento» (art. 39 LRC).

También constarán en inscripciones marginales a la de nacimiento (art. 46 LRC): «La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos».

Título y plazo de la inscripción de nacimiento: «La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior (art. 42).

Están obligados a promover la inscripción de nacimiento (art. 43 LRC):

1. El padre.
2. La madre.
3. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.
4. El jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.
5. Respecto a los recién nacidos, abandonados, la persona que los haya recogido.

También existe obligación de declarar el nacimiento de criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal aproximadamente (art. 45).

Algunos de los artículos de esta sección han sido recientemente modificados. Así, los arts. 46, 48 y 53, han sido modificados por la Ley 13/2005, de 1 de julio, el art. 54, párr. 2º ha sido modificado por disp. final 2.3. Ley 3/2007 y el art. 58, párr. 2º modificado por disp. Adic. 20 de Ley Orgánica 1/2004.

- b) *Sección de matrimonios* (arts. 69 a 80 LRC). En esta sección se inscribe la celebración del matrimonio. La inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae (art. 69 LRC).

Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración.

Para que los efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio (art. 70 LRC). El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá el acta, al mismo tiempo que se celebra, con los requisitos y circunstancias que determina esta Ley y con la firma de los contrayentes y testigos (art. 73 LRC). El mismo funcionario que autorice el acto de matrimonio entregará a los contrayentes, inmediatamente, un ejemplar del Libro de Familia en el que conste con valor de certificación la realidad del matrimonio (art. 75 LRC).

Al margen de la inscripción de matrimonios se inscribirán las sentencias y resoluciones sobre validez, [divorcio] nulidad o separación matrimonial y cuantos actos pongan término a la relación conyugal (art. 76 LRC). También podrá hacerse inscripción marginal del régimen económico del matrimonio, indicando la existencia de los «pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal» (art. 77 LRC). La presentación de la demanda de nulidad, divorcio o separación también es susceptible de ser anotada a petición de cualquiera de las partes (art. 102 cc).

- c) *Sección defunciones* (arts. 81 a 87 LRC). En esta sección donde se inscribe la muerte de la persona y la declaración de fallecimiento en su caso. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar que acontece (art. 81 LRC).

La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto de la muerte. Esta declaración se presentará antes del enterramiento (art. 82 LRC). En tanto no se practique la inscripción no se expedirá la licencia para el entierro, que tendrá lugar transcurridas al menos veinticuatro horas desde el momento de la muerte. Si hubiere indicios de muerte violenta se suspenderá la licencia hasta que según el criterio de la autoridad judicial correspondiente lo permita el estado de las diligencias (art. 83 LRC). Deberán promover la inscripción y la declaración correspondiente los parientes del difunto o habitantes de su misma casa, o en su defecto los vecinos. Si el fallecimiento ocurre fuera de casa, están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que hubiere ocurrido o la autoridad gubernativa (art. 84 LRC). Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de la muerte para proceder a la inscripción de la defunción. En los Registros que tuvieren adscrito médico del Registro Civil estará obligado este a comprobar los términos de la certificación. A falta de facultativo, el encargado antes de inscribir, deberá examinar el cadáver por sí mismo, sin perjuicio de delegación reglamentaria (art. 85 LRC).

- d) *Sección de tutelas y representaciones legales* (arts. 88 a 91 LRC). En ella se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones (art. 88 LRC). También, se inscriben las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares y de curatela (tutor, curador, defensor judicial, arts. 215 y 218 cc) y demás representaciones legales (defensor del desaparecido, representante del ausente) y sus modificaciones legales. No se inscriben en esta sección ni la patria potestad ni sus modificaciones.

3. HECHOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO CIVIL

3.1. Hechos inscribibles en el Registro Civil

El art. 1 LRC dice que en el Registro Civil:

se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de la personas y aquellos otros que determine la ley. Constituye, por tanto, su objeto: 1º. El nacimiento. 2º. La filiación. 3º. El nombre y apellidos. 4º. La emancipación y habilitación de edad. 5º. Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que estas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos.¹ 6º. Las declaraciones de ausencia y fallecimiento. 7º. La vecindad y nacionalidad. 8º. La patria potestad, tutela y demás representaciones legales. 9º. El matrimonio. 10º. La defunción.

Esta enumeración contiene todos los estados civiles que tienen acceso al Registro Civil para su publicidad, así como otras circunstancias como la ausencia o fallecimiento que si bien no son estados civiles, su publicidad tiene repercusiones para la comunidad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003):

No siempre se requiere una inscripción para la constancia del estado civil, puesto se parte de la base de que no son inscribibles los hechos cuya constatación se *siga* de otra inscripción. Así, no se hace la inscripción del estado de mayoría de edad, puesto que se deduce de la fecha que consta en el asiento de inscripción de nacimiento.

3.2. Competencia del Registro Civil

Al Registro han de llevarse «los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español» (art. 15 LRC).

En relación al estado civil de los extranjeros, la ley aplicable será la ley española, de manera que no podrán constar en el Registro los hechos que no afecten al estado civil según la ley española, aunque merezcan aquella consideración por parte de leyes extranjeras. Sin embargo, excepcionalmente permite el art. 38.3 LRC que se anote en el Registro, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias, un hecho que afecte al estado civil según la ley extranjera acaecido en España.

La competencia territorial del Registro es la siguiente (art. 16 LRC):

1. Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen [...].
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los nacimientos acaecidos en territorio español, cuando su inscripción se solicite dentro del plazo, podrán inscribirse en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocidos [...].

En las inscripciones de nacimiento extendidas como consecuencia de lo establecido en este apartado, se considerará a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento. Las certificaciones en extracto solo harán mención de este término municipal.

1. Desde la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, las figuras del concurso, quiebra o suspensión de pagos han sido sustituidas por el procedimiento único del «concurso».

3. En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción [...].
4. Igualmente, en las inscripciones de nacimiento que sean consecuencia de la adquisición de la nacionalidad española por ciudadanos cuyo lugar de nacimiento sea un país extranjero, los interesados podrán solicitar [...], que se extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral.
5. El Registro Civil en el que se practique la inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero conforme a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo, comunicará dicha inscripción al Registro Civil Central, que seguirá siendo competente para todos los demás actos de estado civil que afecten al inscrito.

4. ASIENTOS DEL REGISTRO CIVIL

4.1. Clases de asientos

En el Registro Civil se practican los siguientes asientos:² inscripciones (principales y marginales), anotaciones (principales y marginales), notas e indicaciones marginales y cancelaciones.

- a) *Inscripciones*. Las inscripciones se dividen en principales y marginales. Son principales aquellas que abren folio registral. Por folio registral se entiende la parte del libro dedicada a una inscripción principal y sus asientos marginales, cualquiera que sea el número de sus páginas (art. 131 RRC).

Las inscripciones principales son las de nacimiento, matrimonio, defunción y la primera que se practique en cada caso de tutela o representación legal (art. 130 RRC). Las inscripciones marginales se practican al margen de aquella inscripción principal, y en ella se recogen todos los demás hechos para los cuales la LRC también ordena que consten en inscripción (art. 130 RRC).

La inscripción en el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, (art. 2 LRC) da fe de los mismos, estimándose que lo inscrito es verdad (oficial). Pero nunca posee un valor inatacable, pues se permite la impugnación (judicial o administrativa según los casos) de los hechos inscritos, la demostración de la inexactitud del Registro estará cargo del impugnante, quien debe instar, además, la rectificación –según el art. 3 LRC– del asiento correspondiente, sin cuyo requisito no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

- b) *Anotaciones*. Constituyen asientos de valor meramente informativo y que a diferencia de la inscripción, en ningún caso constituyen la prueba del hecho que reflejan (ALBALADEJO, 2002).

En este caso también hay que distinguir entre anotaciones principales y marginales, según que con ellas se tienda a una inscripción registral que no puede practicarse de inmediato (en cuyo caso la anotación abre folio y sirve de soporte a futuros asientos marginales (RRC arts. 150 y 154), o que se practiquen al margen del folio, porque tengan por fin solo informar de otros determinados hechos.

2. Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, (22ª edición), la voz 'asiento' significa «Anotación o apuntamiento de algo para que no se olvide».

Pueden ser objeto de anotación según el art. 38 LRC:

- 1º El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro.
- 2º El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado.
- 3º El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjera.
- 4º La sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil en tanto no se obtenga el *exequatur*.
- 5º La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.
- 6º Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento.

No obstante ese valor secundario respecto a la inscripción, la anotación produce efectos precisamente por su valor informativo.

Ej. La anotación en el Registro Civil de la existencia de un proceso de incapacitación de una persona, constituye un aviso para el tercero que consulte el Registro; este no podrá alegar que la fe pública del Registro le protege en cuanto al estado de capaz de aquella, puesto que el propio Registro le está advirtiendo que aun no existiendo todavía una inscripción de incapacidad al margen de la del nacimiento, se ha generado una expectativa de que pueda producirse esa circunstancia.

- c) *Notas marginales o de referencia*. Su misión fundamental consiste en relacionar diferentes asientos entre sí. En el art. 39 LRC se establece que: «Al margen de la inscripción de nacimiento, se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento».

El artículo 76 LRC: «Las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a esta se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio».

Otro supuesto de nota marginal es la del art. 155 RRC: «Los hechos que, como el matrimonio posterior de los padres, afecten mediatamente a una persona constarán por nota marginal de referencia a la inscripción practicada».

- d) *Indicaciones sobre régimen de bienes*. El artículo 77 LRC faculta para que al margen de la inscripción de matrimonio se haga indicación de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen aquel régimen. En la indicación constarán el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende (art. 266.4., RRC). Pero el Registro Civil no publica el contenido de la modificación. Se limita a indicar su existencia y el documento donde consta para información del que lo consulta. La información completa no la proporciona sino el lugar donde se halla (protocolo notarial, archivos del juzgado, etc.).

- e) *Cancelaciones*. La cancelación es un asiento por cuya virtud se extingue otro (total o parcialmente). En ocasiones, la legislación del Registro Civil habla de supresión de asientos, o de circunstancias de los mismos. El art. 163 RRC establece que: «La cancelación total o parcial de un asiento por ineficacia del acto, inexactitud del contenido u otra causa se practicará marginalmente en virtud de título adecuado con sujeción a las formalidades del asiento cancelado y con indicación especial de la causa y alcance de la cancelación [...]».

Un supuesto de ineficacia del acto sería la nulidad del matrimonio inscrito, y un caso de inexactitud sería código la inscripción reflejase un hecho inexistente.

El art. 164 RRC establece que: «El asiento totalmente cancelado será cruzado con tinta de distinto color; si se cancela parcialmente, se subrayará la parte cancelada cerrándose entre paréntesis con llamada marginal al asiento cancelatorio».

4.2. El procedimiento registral

4.2.1 Los títulos o fundamentos de la inscripción

- a) *Las inscripciones.* Se practican mediante la aportación de dos tipos distintos de títulos: 1) mediante documentos auténticos o, en los casos señalados en la Ley, y 2) por declaración de voluntad o de conocimiento, realizada ante el encargado del registro en la forma que en ella se prescriba (art. 23 LRC).

El documento auténtico lo mismo puede ser notarial (escritura de emancipación o de capitulaciones matrimoniales), que judicial (sentencia de separación o divorcio) o administrativo, (concesión de nacionalidad por carta de naturaleza) siempre que dé fe del hecho que se trate de inscribir (art. 81 RRC).

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23.2 LRC).

- b) *Las anotaciones.* A estas se les aplican supletoriamente las reglas de las inscripciones (art. 149 RRC).

4.2.2. El procedimiento registral: la calificación y los recursos

El encargado del Registro, una vez presentada la solicitud de inscripción y la titulación necesaria, procede antes de la práctica del asiento, a efectuar un juicio sobre la cualidad y validez de los hechos y de los títulos presentados: la calificación. El encargado calificará los hechos con arreglo a las declaraciones y documentos presentados o por lo que resulte del mismo Registro. Inmediatamente ha de extender el asiento o dictar resolución razonada denegándolo, salvo que tuviera dudas fundadas sobre la exactitud de las *declaraciones*, en cuyo caso realizará, en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas (arts. 27 y 28 LRC).

Las calificaciones son recurribles en vía gubernativa ante el juez de primera Instancia del lugar correspondiente, con recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros. No obstante, siempre queda a salvo la vía judicial, cuando legalmente corresponda esta vía. En caso de interposición del recurso, queda suspendido hasta su resolución el plazo para inscribir (art. 29 LRC).

5. EFICACIA JURÍDICA DEL REGISTRO CIVIL

5.1. La publicidad del Registro

El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos (art. 6.1, LRC). El interés en conocer los asientos se presume en quien solicita certificación (art. 17.2 RRC).

La publicidad se realiza por manifestación y examen de los libros, previa autorización del juez de primera instancia, o bien por certificación de alguno o de todos los asientos del mismo folio, literal o en extracto, o negativa, si no los hubiere. Si la certificación no se refiere a todo el folio, se hará constar, bajo la responsabilidad del encargado del Registro, que en lo omitido no hay nada que amplíe, modifique o restrinja lo inserto, y si lo hay, se hará necesariamente relación de ello

en la certificación. Las inscripciones registrales podrán ser objeto de tratamiento automatizado (art. 6 LRC). Las certificaciones son documentos públicos. Cuando no fuese conforme con el asiento a que se refiere, se estará a lo que de este resulte, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda (art. 7 LRC).

No obstante la publicidad del Registro, se requiere autorización del juez de Primera Instancia, a solicitud de quienes justifiquen interés especial, cuando se trate de extremos que consten en él y socialmente no están bien mirados o son deshonorosos (art. 51 LRC; art. 21 RRC). Se exceptúa de este requisito el supuesto de que sea el propio interesado o sus parientes (generalmente ascendientes, descendientes) o herederos quienes pidan certificación (art. 22 RRC).

Una especial forma de publicidad es el Libro de Familia (arts. 36 a 40 RRC), que «contiene sucesivas hojas destinadas a certificar las indicaciones registrales sobre el régimen económico de la sociedad conyugal, el nacimiento de los hijos comunes y de los adoptados conjuntamente por ambos contrayentes, el fallecimiento de los cónyuges y la nulidad, divorcio o separación del matrimonio». También se entregará Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial y a la persona o personas que adopten a un menor (art. 36 RRC).

5.2. La rectificación de asientos registrales

El Registro se presume exacto e íntegro, es imprescindible mantener en todo momento una correspondencia entre la realidad registral y la realidad extrarregistral. Por ello se permite la rectificación de los asientos del Registro, siempre que se haga con las garantías legales en cada caso.

En principio, según el artículo 92 LRC, las inscripciones solo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario. No obstante, se acepta la rectificación mediante expediente gubernativo en los siguientes casos (arts. 93 y 94):

- 1º Las menciones erróneas de identidad, siempre que esta quede indudablemente establecida por las demás circunstancias de la inscripción.
- 2º La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género.
- 3º Cualquier otro error cuya evidencia resulte de la confrontación con otra u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente».

También puede rectificarse (art. 94 RRC):

También pueden rectificarse por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal:

- 1º Aquellos errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya sola virtud se ha practicado la inscripción.
- 2º Los que proceden de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado.

Tema 12

El principio de autonomía jurídica de la persona

1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JURÍDICA DE LA PERSONA

1.1. Concepto de la autonomía jurídica

La expresión de «autonomía de la voluntad» tiene su origen en la palabra autonomía, del griego *autos* (para sí), y *nomos* (norma, regla), es decir, regla dada para sí mismo; y de la voluntad privada, como fuente de esa regla; con carácter general también se utilizan como sinónimos las expresiones «autonomía privada» o «autonomía de los particulares» (LÓPEZ LÓPEZ, 2003).

El ordenamiento jurídico no solo existe como elemento objetivo, como conjunto de normas, fuera del alcance de los individuos, sino que a su vez permite, que en ocasiones estos que puedan crear derechos y obligaciones jurídicas que rijan sus conductas (PUIG BRUTAU, 1977).

La posibilidad de que dos o más personas puedan quedar obligadas por su propia iniciativa privada significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía significa que, en un principio, todo particular pueda contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera.

La autonomía de la voluntad no solo es un poder de constitución de relaciones jurídicas, sino también un poder de reglamentación del contenido de aquellas (GARCÍA AMIGO, 2003).

De modo similar, Díez-Picazo y Gullón estiman que es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a sí mismo, que trasladado al ámbito de lo jurídico sería el poder de gobierno de la propia esfera jurídica; como esta la conforman relaciones jurídicas, la autonomía jurídica puede definirse como *el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte*.

La autonomía privada no es fuente de normas jurídicas en el sentido de mandato general con eficacia social organizador, es decir que las relaciones jurídicas que crea no son ley, ni costumbre. No obstante, la autonomía privada sí que puede manifestarse como el poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, como sucede en los contratos, pero con la diferencia de que las normas de conducta (reglas) que surgen de los contratos solo afectan a los particulares que han intervenido en los mismos (art. 1.257 cc).

Así pues la norma contractual no puede equipararse a la norma jurídica o legal por carecer del requisito de la generalidad y porque no procede de una fuente con potestad normativa general como las cortes generales o los grupos sociales (LACRUZ, 2004).

En el art. 1.091 cc se manifiesta la fuerza obligatoria de las relaciones surgidas de los contratos: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza vinculante entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».

En el art. 1.255 cc se reconoce el poder reglamentado de la autonomía privada: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Este artículo es el fundamento de la autonomía jurídica.

La autonomía privada es un principio general del Derecho porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado; lo cual quiere decir que las personas pueden crear libremente las relaciones jurídicas de todas clases y establecer libremente el régimen de estas relaciones en principio, cuando no haya una ley o costumbre en contrario (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

En virtud de este principio se puede establecer la voluntad de vender o no vender un bien a una persona (creación de una relación jurídica) y luego reglamentar o establecer el contenido de esa compraventa estableciendo todo un abanico obligaciones y condiciones que constituirán su régimen jurídico.

Que la autonomía de la voluntad sea un principio general del Derecho tiene un doble significado (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000):

- a) Por una parte «informa el ordenamiento jurídico», lo que supone que las normas han de interpretarse en el sentido que más favorezcan la autonomía de la voluntad
- b) Por otra parte como todo *PGD*, actúa como fuente del derecho en defecto de ley y de costumbre, lo que supone que ha de acudir a la autonomía privada (a lo que resulte de la voluntad de los contratantes) en defecto de ley imperativa.

1.2. Límites de la autonomía privada

La autonomía privada, como ámbito de autorregulación de intereses privados, no es una regla de carácter absoluto y presenta una serie de límites, puesto que existe una serie de intereses de la colectividad que el ordenamiento contempla como de jerarquía superior a los de los particulares, y que no pueden ser satisfechos por la autonomía de los mismos. Los límites a la autonomía privada aparecen recogidos en el art. 1.255 del cc, que establece que «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público». El contenido del mismo si bien se refiere al contrato, también es aplicable al testamento o a cualquier otra manifestación de la autonomía privada:

Las expresiones *ley*, *moral* y *orden público*, del art. 1.255 tienen el significado siguiente (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003):

La ley: la ley aludida en el art. 1.255 es la ley imperativa (vid. art. 6.3), es decir aquella que se antepone a los negocio jurídicos o a la voluntad de los particulares; la ley dispositiva puede aplicarse o no según tengan por conveniente los particulares.

La moral: La «moral» constituye el límite ético de la autonomía privada, y debe entenderse el conjunto de los valores morales o éticos, social imperantes en un momento determinado en la comunidad jurídica, lo que excluye la moral referida a cualquier credo religioso. En ocasiones el Código hace coincidir el concepto de moral con el de «buenas costumbres». De esta forma quedan prohibidos los contratos inmorales; la inmoralidad del contrato afecta a la causa del contrato y lo hace nulo e ineficaz (el art. 1.275 cc establece que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley o la moral y el artículo 1.271 prohíbe que puedan ser objeto de contrato los servicios contrarios a las buenas costumbres).

El orden público: lo que el Código llama orden público es la organización social de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Pertenecen en la actualidad al orden público las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (la libertad de la persona, su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares.

2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Esta libertad de acción de los particulares, nacida en virtud de la autonomía de la voluntad no se extiende con igual intensidad a todo el campo del Derecho civil. Así pues este principio donde se manifiesta con menor intensidad es en:

- Derecho de Familia puesto que los particulares no pueden crear a su arbitrio relaciones personales (por ejemplo, hay libertad para contraer matrimonio, pero no para reglamentar, es decir, para crear o modificar los derechos y deberes que estos actos producen, ya que estos únicamente pueden ser predeterminados por la ley).
- En materia de Derechos reales, la autonomía tampoco tiene unos márgenes excesivamente amplios puesto que la Ley ha establecido de antemano los «tipos» de tales derechos reales. No obstante, parte de la doctrina estima que es posible crear nuevos derechos reales (teoría del *numerus apertus*).
- En Derecho de obligaciones es donde la autonomía se manifiesta más ampliamente a través de «actos jurídicos» de diferente estructura como son el contrato y el testamento. El primero es bilateral e irrevocable y el segundo unilateral y revocable. A estos se podrían añadir la declaraciones unilaterales de voluntad (siempre que no sean producidas «mortis causa») en la medida en que produzcan efectos o consecuencias jurídicas. Ej. La promesa pública de recompensa.

3. EL HECHO JURÍDICO

3.1. Concepto de hecho jurídico

Hecho es todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad (o la falta de suceso puesto que también hay hechos negativos) y que modifica a la misma en el ámbito de la cual tiene lugar (GUASP, DELGADO). Si ese hecho lleva aparejada como consecuencia la producción de un efecto jurídico (adquisición, pérdida o modificación de un derecho) lo calificamos como hecho jurídico. (ej. la muerte, que provoca la apertura de la sucesión, un nacimiento, que determina el nacimiento de la personalidad; la celebración de un matrimonio, que crea el estado conyugal; un contrato de compraventa, que genera obligaciones entre los contratantes). Por el contrario, si el hecho carece de consecuencias jurídicas se denominará, según Albaladejo (2002), «hecho o hecho no jurídico» (ejemplo, la lluvia, el leer, etc.)

La atribución del carácter jurídico a un hecho vendrá configurada por aquellos casos en los cuales el Derecho dispone para un determinado acontecimiento la producción de una consecuencia jurídica también determinada.

La causa de que el hecho produzca consecuencias jurídicas es porque previamente existe una norma jurídica que es la que le atribuye consecuencias jurídicas; puesto que, como dice Barbero, ningún hecho es jurídico en sí, sino que lo es a partir de que el ordenamiento ha previsto consecuencias jurídicas para él, y en sentido contrario si el Derecho no hubiese previsto efectos jurídicos para ellos, serían hechos irrelevantes en el orden jurídico.

La relación jurídica tiene su origen en un hecho jurídico, este es la causa y aquella la consecuencia y las relaciones jurídicas originan, a su vez derechos subjetivos a favor de las personas que en ellos intervienen.

3.2. Clases de hechos jurídicos

Entre las diversas clasificaciones que pueden realizarse de los hechos jurídicos la que más relevancia jurídica tiene es la siguiente:

- a) Hechos jurídicos naturales. En ellos el acontecimiento o fenómeno que conforma el hecho no interviene la voluntad de la persona, si bien igualmente produce consecuencias jurídicas (Ej. una muerte, un nacimiento, el cambio de cauce de un río por una avenida.)
- b) Hechos jurídicos voluntarios o humanos en el acontecimiento o fenómeno que conforma el hecho productor de consecuencias jurídicas, interviene de forma consciente la voluntad del sujeto (ejemplos: una compraventa, la celebración de un matrimonio, el cambio de cauce de un río por obras). Los hechos jurídicos voluntarios también se denominan también actos jurídicos porque en ellos interviene siempre la voluntad de una persona crear consecuencias jurídicas.

4. EL ACTO JURÍDICO

4.1. Concepto de acto jurídico

Cuando en la realización de los hechos a los que las disposiciones legales atribuyen consecuencias jurídicas, hubiese existido intervención de la voluntad humana, se estará ya no frente a hechos, sino frente a los denominados actos jurídicos.

El acto jurídico o hecho jurídico voluntario, de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2003), deriva de una actuación (declaración, conducta) humana realizada con conciencia y voluntad. El acto jurídico se distingue del simple hecho jurídico natural (muerte, nacimiento) en que las consecuencias jurídicas que produce, acontecen por esa conciencia y voluntad que lo acompañan. En el acto jurídico, a diferencia del hecho jurídico natural, el ordenamiento se plantea la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares.

4.2. Clases de actos jurídicos

- a) Libres y debidos. Son actos jurídicos libres aquellos realizados por el sujeto en virtud de su propia autonomía (ejemplo, contrato de compraventa, celebración de un matrimonio). Son actos jurídicos debidos, los que son realizados por el sujeto, no en base a su libre voluntad jurídica sino porque una norma jurídica se lo exige (ej., el pago de la prestación de alimentos que los padres efectúan a favor de sus hijos).
- b) Lícitos e ilícitos. Los primeros serán los actos jurídicos que estén de acuerdo con el ordenamiento jurídico y los segundos los que estén en su contra.
- c) Negociales y no negociales. Los actos jurídicos negociales o declaraciones de voluntad son aquellos en los que interviene la voluntad del sujeto en un doble plano. En primer lugar, para la realización del acto, y en segundo para fijar o regular sus consecuencias jurídicas. Se dice que sus efectos nacen *ex voluntate* (ejemplo, en una compraventa la voluntad de los sujetos se manifiesta al realizar el acto de la compraventa y también, luego, cuando regulan o fijan las consecuencias jurídicas de dicha compraventa en el documento en el que esta queda plasmada).

Actos jurídicos no negociales o actos jurídicos en sentido estricto. Son aquellos en los que la voluntad del sujeto solamente interviene para la realización del acto; puesto que las consecuencias jurídicas del acto vendrán determinadas o reguladas por el ordenamiento jurídico, en este segundo plano el de la regulación de las consecuencias será del todo irrelevante la voluntad del sujeto. Los efectos jurídicos se producen *ex lege*.

Ej. el matrimonio: la voluntad de los sujetos es únicamente relevante en cuanto a decisión de la celebración del matrimonio o no, pero en lo referente a la regulación de las consecuencias jurídicas derivadas de la celebración del mismo será intrascendente la voluntad de los sujetos por que estas consecuencias vendrán reguladas por la ley.

Los actos jurídicos más importantes son las declaraciones de voluntad o actos jurídicos negociales puesto que por sí solos o con otros elementos conformarán el negocio jurídico.

5. EL NEGOCIO JURÍDICO: CONCEPTO Y CLASES

5.1. Concepto de negocio jurídico

El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regir los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes (DÍEZ-PICAZO, 2007).

Para llegar a la noción de negocio jurídico se ha tenido que realizar un camino ascendente que se inicia con la noción de «hecho» (ALBALADEJO, 2002).

- 1º hecho: carece de relevancia jurídica.
- 2º hecho jurídico (natural): tiene efectos jurídicos.
- 3º hecho jurídico voluntario o acto jurídico: tiene efectos jurídicos y procede además de la voluntad humana.
- 4º negocio jurídico: además de producir efectos y provenir de la voluntad humana, en ellos los sujetos autorregulan sus consecuencias jurídicas.

5.2. Diferencia entre negocio jurídico y acto jurídico

Siguiendo a, Díez-Picazo y Gullón (2003) podemos observar cómo en el negocio jurídico los autores regulan sus propios intereses, establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En el acto jurídico –en sentido estricto– se halla ausente todo contenido normativo. el agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas porque estas están predeterminadas por la Ley. A la Ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino solo su comportamiento externo. Ejemplo: no se ocupa de lo que haya querido el acreedor que reclama del deudor el cumplimiento de la obligación. Basta esa reclamación para que se desencadenen los efectos de la mora (arts. 1.101 y 1.108 cc).

Estaremos ante un acto jurídico *en sentido estricto* cuando los efectos del mismo sean obra exclusiva de la norma jurídica.

5.3. Orígenes históricos de la teoría del negocio jurídico

La teoría del negocio jurídico se formula por primera vez en Alemania, por la escuela Pandectística en el siglo XIX, como una respuesta que los juristas teóricos dan a problemas prácticos. Uno de los rasgos fundamentales de la figura del negocio jurídico es su abstracción, aparece formulado como un supraconcepto (*Oberbegriff*), mediante el cual se trata de englobar en una figura unitaria todos aquellos supuestos en los cuales la voluntad individual es relevante y en cierta medida condiciona y determina los efectos jurídicos que los actos del hombre han de producir. Es una figura que engloba los contratos, los testamentos y otros actos jurídicos semejantes, como las renunciaciones de derechos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El concepto de negocio jurídico permite agrupar una serie de problemas típicos y al mismo tiempo establecer una serie de directivas para solucionar tales problemas.

La teoría general del negocio jurídico, tal como manifiesta De Castro (2002), permite que se acuda a la aplicación análoga de las disposiciones cuando están en cuestión supuestos en que juega la autonomía de la voluntad. El conocimiento de las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad permite cubrir las lagunas de los códigos y establecer la disciplina que figuras jurídicas que carecen de regulación normativa (ej. contratos atípicos).

Los detractores de la «teoría del negocio jurídico» alegan que tiene efectos perturbadores para el sistema el tratar con categorías unitarias, figuras jurídicas con estructuras jurídicas y caracteres técnicos diferentes como el contrato y el testamento (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003). Ejemplo: El testamento es unilateral y revocable por el contrario los contratos son por regla general bilaterales irrevocables.

La figura del negocio jurídico solo está reconocida en el Código Civil alemán (BGB), en el portugués de 1966 y el de los Países Bajos de 1992. En nuestro ordenamiento no ha sido introducida a pesar de haber sido objeto de grandes trabajos doctrinales, no apareciendo mencionada ni en el Código Civil ni en las leyes civiles especiales, que continúan desconociendo esta figura, y continúan regulando por separado los diferentes actos de autonomía jurídica (contratos y testamentos). En el resto de códigos civiles de nuestra órbita jurídica no aparecen normas que se refieran al mismo, ni tan siquiera aparece la expresión «negocio jurídico», utilizándose en su defecto la expresión «acto jurídico».

5.4. Clases de negocios jurídicos

Según Díez-Picazo y Gullón (2003), los negocios jurídicos se clasifican en:

5.4.1. Negocios jurídicos patrimoniales

Cuando recaen sobre una relación jurídica patrimonial, es decir, cuando se refiera a bienes o de intereses de naturaleza económica. A su vez, los negocios jurídicos patrimoniales, según su función económica se clasifican en:

1) *Negocios dispositivos y obligatorios*

Dispositivos. Son aquellos que provocan un cambio en una situación patrimonial preexistente; afecta a un derecho subjetivo (sea real o de obligación) integrado en un patrimonio, de modo que el la realización del negocio provocará que el derecho se transfiera, modifique o extinga.

Dentro de los negocios dispositivos tenemos dos subgrupos:

- a) negocios dispositivos traslativos: el titular del derecho lo transmite a otra persona (compraventa, donación).
- b) negocios dispositivos constitutivos: se dirigen a la constitución *ex novo* de un gravamen o un derecho real sobre una cosa.

Ej. Se constituye una servidumbre de paso sobre una finca que antes carecía de ella.

Obligatorios. No da lugar a un cambio en la posición de los sujetos respecto a los bienes, sino a una forma de cooperación entre ellos. Ej. El arrendamiento, el mandato, la sociedad.

2) *Negocios de administración*

Son aquellos que tienen por finalidad la conservación y defensa de los bienes administrados, y los dirigidos a obtener de los mismos las rentas, utilidades o productos que correspondan de acuerdo con su destino económico.

3) *Negocios de atribución patrimonial*

Aquellos negocios jurídicos por los cuales una persona proporciona una ventaja o un beneficio patrimonial a otra. Ej. La transmisión de un crédito, la constitución de una servidumbre de un usufructo, etc.

5.4.2. Negocios jurídicos familiares

En tales negocios la voluntad de las partes tiende a la creación o modificación del estado civil de las personas. El negocio jurídico familiar es el que afecta al estado civil. Ej. El matrimonio crea el estado civil de casado.

5.4.3. Negocios jurídicos unilaterales, bilaterales y plurilaterales

En relación a las partes que forman partes de los mismos los negocios jurídicos pueden ser:

- Unilaterales: cuando la declaración de voluntad o el comportamiento que le da vida es obra de una sola parte.

Ej. La promesa pública de recompensa.

- Bilaterales: son los que nacen de la declaración de la voluntad o comportamiento de dos partes.

Ej. El contrato de compraventa.

- Plurilaterales: son obra de la voluntad o comportamiento de más de dos partes.

Ej. El contrato de sociedad.

5.4.4. Negocios jurídicos formales y no formales

Formales: aquellos en los que la plena validez y eficacia jurídica se alcanza cuando la voluntad se ha manifestado a través de las especiales solemnidades previstas en la ley.

Ej. La donación de inmuebles que necesariamente ha de efectuarse mediante escritura pública (art. 633 cc).

No formales: los que tienen una validez, perfección y eficacia subordinadas únicamente a la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado. Ej. La donación de bienes muebles o la compraventa (art. 1.450): «La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».

5.4.5. Negocios jurídicos onerosos y lucrativos, aleatorios y conmutativos

Oneroso. Cuando los sacrificios que mutuamente realizan las partes están compensados o encuentren su equivalente en el beneficio que obtienen. Cuando cada una de las partes proporciona a la otra una utilidad o ventaja patrimonial a cambio de otra que ella obtiene o espera tener.

Ej. La compraventa, cuando se compra un automóvil el vendedor se desprende de un vehículo y el comprador de una cantidad de dinero que pasan al patrimonio del contrario. Hay un intercambio de coche por dinero y viceversa.

Lucrativo. El beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida.

Ej. La donación, el préstamo sin interés, prestación gratuita de un servicio, etc.

Conmutativo o aleatorio:

- a) conmutativo: aquellos en los que la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellos (ej. El contrato de compraventa).
- b) aleatorios: cuando la efectiva ejecución de la prestación de una de las partes queda pendiente de un acontecimiento incierto, pues depende de la suerte o del azar (ej. El contrato de seguro).

5.4.6. Negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*

Mortis causa: son los que implican una ordenación o disposición de bienes para después de la muerte (ej. El testamento).

Inter vivos: despliegan sus efectos sin esperar a la muerte de las partes o de cualquiera de ellas (ej. Una compraventa o una donación).

5.4.7. Negocios jurídicos conexos y coligados

- a) necesariamente conexos: el ligamen de los mismos se basa en una razón objetiva (ej. los negocios accesorios que requieren de un negocio principal para su existencia y efectividad. Ej. El negocio de fianza necesita, ejemplo de un contrato de préstamo).
- b) coligados: el ligamen entre ellos es instituido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado.

5.4.8. Negocios jurídicos típicos y atípicos

Típicos: aquellos que tienen una especial regulación en algún cuerpo legal (compraventa, donación, arrendamiento, etc.).

Son *atípicos* aquellos que carecen de regulación legal y de disciplina normativa (hospedaje, leasing, portería, etc.), son contratos «inventados» por la partes en virtud de la autonomía de la voluntad. Los negocios jurídicos atípicos se regirán por las normas generales de las obligaciones y contratos, por las consagradas por vía jurisprudencial y por la de los negocios típicos más afines. Pero ante todo debe atenderse en primer término a las estipulaciones de las partes.

6. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Todo negocio jurídico está formado por una serie de elementos que constituyen su estructura; al negocio jurídico se le aplica la vieja clasificación escolástica de los elementos del contrato, así la doctrina distingue entre:

- a) *Elementos esenciales o específicos del negocio jurídico*, sin los cuales el negocio cualquiera que sea su clase no puede conformarse válidamente es decir que no puede existir, es nulo. Como tales se consideran, siguiendo el tenor del art. 1.261 cc para el contrato: el consentimiento, el objeto y la causa, y el requisito de forma en el supuesto de los negocios jurídicos formales.
El *consentimiento* deber entenderse como la expresión del real y efectivo querer de los particulares, rectamente formado y dirigido al resultado que se pretende obtener mediante el negocio jurídico.
El *objeto* es la materia sobre la que recae el negocio, y puede tratarse de cosas o de servicios. La *causa* consiste en la finalidad en base a la cual se ha celebrado el negocio. La causa es el fin práctico del negocio; la razón económico-jurídica del mismo; la función que caracteriza a cada tipo de negocio reconocida por el Derecho; o la síntesis de la voluntad de las partes y del objeto del negocio.
- b) *Elementos naturales*. Son aquellos que el negocio lleva consigo normalmente, pero que pueden excluirse por la voluntad de las partes por tratarse de cuestiones de derecho dispositivo (ej. el saneamiento en la compraventa, la gratuidad en el mandato, etc.).
- c) *Accidentales*, que solo existen cuando las partes los agregan al negocio, son la *condición*, el *término* y el *modo*. Estos elementos accesorios pueden tomar para las partes una importancia capital, de suerte que su nulidad entrañe la del acto mismo.

Tema 13

La representación

1. CONCEPTO

1.1. Concepto de representación

La representación puede definirse como la concesión a una persona, denominada representante, la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra persona denominada representado (DE CASTRO, 2002). La representación es aquel «fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de este; autorizado por el representado para ello, o en su caso por la Ley, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente, en la esfera jurídica del representado» (LACRUZ, 2004).

La representación tiene lugar cuando un negocio jurídico que debería ser llevado a cabo por el propio sujeto que tiene interés en el mismo, es encargado a otra persona denominada representante (apoderado o procurador), bien porque el titular del negocio (representado, *dominus negotii* o principal) no puede hacerlo por sí mismo (representación legal), bien por que voluntariamente se autoriza al representante (representación voluntaria).

La actuación del representante tiene idéntica validez a la que hubiese efectuado el representado, en cuya persona se producirán sus efectos (ALBALADEJO, 2002):

El término representación tiene varios significados, por designar tanto a la acción de representar, como al resultado de la misma que integra el contenido de la figura o institución de la representación; asimismo se utiliza con el sentido de que se cuenta con el debido poder (autorización) para representar a una determinada persona.

1.2. Elementos que integran la representación en general

Los elementos que integran distintas modalidades de representación, vienen a ser a grandes rasgos, sin perjuicio de las matizaciones propias de cada modalidad, los siguientes:

- a) La actuación del representante ha de efectuarse siempre en beneficio del representado. Con independencia de que la representación sea directa o indirecta
- b) La actuación del representante ha de contar con poder de representación, que en el caso de la representación legal lo concede la ley y que en el supuesto de la voluntaria, lo concede el representado mediante el negocio jurídico de la representación voluntaria.
- c) El representante debe actuar dentro de los límites del poder conferido por la ley o del poder conferido por el representado, siendo nulo el negocio que sobrepase estos límites.

1.3. Ámbito de la representación

La representación comprende toda clase de negocios jurídicos, patrimoniales y no patrimoniales. La representación es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, si bien no cabe su aplicación cuando los actos jurídicos tengan el carácter de personalísimo.

Ej. Redactar testamento o realizar capitulaciones matrimoniales.

La representación, también es posible más allá de la realización de negocios jurídicos, como sucede con actos no negociales como intimaciones, requerimientos, comunicaciones; también cabe utilizar esta figura para el ejercicio de derechos y facultades (ALBALADEJO, 2002).

2. CLASES

La representación será voluntaria o legal (o necesaria) según que la confiera el interesado o la establezca automáticamente la ley cuando concurren determinadas circunstancias. Ambos tipos de representación están contemplados en el cc. El art. 1.259.1 cc establece que: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal [...]».

2.1. Representación legal

La representación legal se establece directamente por la ley que fija los requisitos para ser representante legal y la que determina la amplitud de los poderes de actuación; este supuesto queda por tanto fuera de la autonomía de la voluntad (VALPUESTA, 2003). La representación legal tiene como finalidad suplir la falta de capacidad del representado (ALBALADEJO, 2002), constituye un medio necesario para permitir que quienes tienen su capacidad limitada puedan actuar en el tráfico jurídico (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

Las características más significativas de este tipo de representación son:

- a) los supuestos en que procede la representación legal se encuentran tasados por la ley. El representante, tanto su persona como sus poderes vienen expresamente determinados (y limitados) por la ley, que los señalará de forma automática, en el caso de la patria potestad, o bien delegará en el juez para que este nombre al representante, como sucede en el caso de la tutela si los padres no han designado tutor, o que bien fije su contenido, como en el caso del defensor judicial
- b) La representación legal se basa en la ley, a diferencia de la voluntaria que se basa en el negocio de apoderamiento, de modo que el representante legal no puede ser privado de su representación por voluntad del representado (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).
- c) Los casos de representación legal contemplados en la ley se encuentran en el Derecho de la persona y de la familia (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003) y son: la patria potestad, cuyos titulares, que son los padres representan a sus hijos menores no emancipados (art. 154.2, y 162 cc) o a los mayores incapacitados, como sucede en el caso de la patria potestad prorrogada (art. 171); la tutela, que establece al tutor como representante legal del menor o del incapacitado (art. 267 cc); el defensor judicial, nombrado por el juez en los supuestos previstos en el art. 299 cc y el representante del desaparecido y del ausente (arts. 181 y 184 cc).
- d) los negocios realizados por el representante son aquellos que no puede realizar el representado (menor o incapacitado), a diferencia de lo que sucede con la representación voluntaria donde el representante realiza los mismos actos o concluye los mismos negocios que podría realizar el representado (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

2.2. Representación voluntaria

En este tipo de representación, a diferencia de la legal, el «poder» de representación es concedido por propio el representado mediante el negocio jurídico del apoderamiento. A ella hace referencia al art. 1.259 cuando establece que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin

estar por este autorizado». En este tipo de representación la autonomía de la voluntad permite al representado ampliar su esfera de actuación a través de esta figura (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

La STS de 28 junio de 1984 (RJA 3439) define la representación voluntaria (directa) como la «institución jurídica por la que una persona (representante) realiza un negocio jurídico en nombre e interés de otra (representado), de modo que el negocio se considera como realizado directamente por esta y a ella pasan inmediatamente los derechos y obligaciones nacidos de aquel negocio».

2.3. Representación directa e indirecta

2.3.1. Representación directa

En la representación directa (o *alieno nomine*) el representante realiza un negocio jurídico no solo por *cuenta e interés del representado* sino también en su *nombre*. De ahí que también se conozca a este tipo de representación con el nombre de propia o inmediata o en nombre ajeno (ALBALADEJO, 2002).

En la representación directa, el representante en su actuación da a conocer al tercero que está representando a otra persona y manifiesta la identidad de esta (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001). En este caso el negocio realizado por el representante con el tercero vincula directamente a este con el representado; en consecuencia, las relaciones jurídicas que se establezcan ingresarán directamente en la esfera jurídica del representado.

En este tipo de representación estamos ante un *negocio jurídico unilateral* en cuya virtud el representado otorga un *poder de representación* (apoderamiento) al representante. Para que el negocio sea válido tendrá que efectuarse dentro de los límites del poder de representación, aunque cabe que también sea eficaz en los casos de apariencia de poder o mediante ratificación (ALBALADEJO, 2002).

Este negocio frecuentemente va unido a una relación jurídica de mandato, o arrendamiento de servicios, sin que ello sea obstáculo para que el apoderamiento sea un negocio jurídico con entidad propia.

La STS 7 noviembre 2006 (RJA 9165) establece que los requisitos del contrato por medio de representante en una representación de carácter directo o abierto: «Tales requisitos son: la previa existencia de un poder de representación voluntario o legal, y la suficiencia del poder en relación con el acto que se lleva a cabo. De manera que, conforme a dicho precepto, será perfectamente legítimo contratar a nombre de otro cuando se ostenta un suficiente poder de representación, y el contrato celebrado de esta forma obliga al representado con quien se contrata y no produce ningún tipo de obligación, ni de atribución de derechos para el representante».

2.3.2. Representación indirecta

En la representación indirecta (o *propio nomine*) el representante realiza un negocio jurídico en su *propio nombre*, pero por *cuenta e interés del representado*; en este caso el tercero al contratar con el representante no conoce la existencia de la representación. De ahí que también se conozca a este tipo de representación con el nombre de oculta, impropia o mediata (ALBALADEJO, 2002).

Al representante en este tipo de representación también se le conoce con el nombre de «testaferro» (Diccionario RAE: «Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona»). Cuando ya tiene connotaciones peyorativas, por amparar situaciones al borde de la legalidad se utiliza la expresión «hombre de paja (RAE: «El que actúa al dictado de otro que no quiere figurar en primer plano). En Latinoamérica incluso se utiliza el término más expresivo de «prestanombre».

El negocio produce sus efectos directos entre las esfera personales de tercero y representante, de modo que el representante queda obligado con el obligado directamente con el tercero como si se tratase de su propio negocio. Por ello será necesario un posterior acto en virtud del cual el representante traspase los efectos del negocio efectuado, desde su esfera personal a la del representado.

La representación indirecta se utiliza cuando interesa mantener en secreto la persona que efectúa la adquisición, puesto que de saberse que el comprador es persona de gran solvencia económica el precio de la cosa subiría (ALBALADEJO, 2002). También se trata de una figura que en ocasiones se utiliza para burlar la ley, como sería el caso de quienes de esta forma sortean las denominadas prohibiciones legales para comprar (art. 1.459 cc). Cuando una persona es buscada por la justicia utiliza testaferros en sus negocios para no ser descubierta sin dejar de obtener beneficios por estos. También se utiliza para controlar sociedades, apareciendo así el denominado «administrador de hecho», el verdadero gestor se oculta detrás de un testaferro que bajo su nombramiento y aceptación del cargo como administrador social, sirve de pantalla para el fraude, se trata de supuestos en que bajo la doble cobertura de un administrador insolvente y la apariencia de un cargo técnico se oculta un verdadero administrador.

En este supuesto a diferencia de la representación directa, el representado y el tercero no aparecen unidos por ningún tipo de relación jurídica no existiendo entre ellos ningún tipo de derechos ni de obligaciones.

Ej.: Si se efectúa un contrato de compraventa a través de la representación indirecta, el bien comprado entrará en el patrimonio del representante que luego deberá transmitirlo mediante otro acto jurídico al patrimonio del representado. Por el contrario, en la representación directa mediante un único acto, la compraventa, el bien adquirido ingresaba en el patrimonio del representado sin tener que pasar primero por el del representante.

La STS 12 julio 2006 (RJA 4512) se refiere a la representación indirecta al establecer que: «la figura jurídica contemplada en el indicado artículo 246 (Ccom), que relevante doctrina científica determina como de representación indirecta, la cual restringe sus efectos de forma exclusiva sobre su propio patrimonio, pues es esta quien debe soportar de manera directa los efectos jurídicos de su conducta contractual, por lo que las personas que frente a ella se obligan, no lo hacen respecto al comitente, que carece de acción directa contra las mismas y viceversa. En definitiva, quien procede en nombre propio vincula su patrimonio y no el ajeno (artículo 1.256 del cc)».

2.4. Otras clasificaciones

2.4.1. Representación general y especial

La representación será *general* cuando comprenda todos los negocios del representado y será *especial* cuando solo se refiera a uno o varios negocios (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

2.4.2. Representación plena o meramente administrativa

La representación será *plena* cuando comprenda todos los negocios de administración y de disposición del representado y será *meramente administrativa* o de gestión cuando no incluya los negocios dispositivos (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

3. EL APODERAMIENTO

3.1. Caracteres

El apoderamiento es un negocio jurídico en cuya virtud una persona, el *dominus negotii*, concede a otra el poder de representación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). El *poder es la autorización* concedida al representante para obrar por cuenta del representado, o por su cuenta y además en su nombre (ALBALADEJO, 2002). El poder aparece contemplado en el art. 1.259.1 cc que establece que ninguno podrá contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado y que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no esté autorizado será nulo.

El apoderamiento es un acto o negocio jurídico unilateral, por nacer por concesión del poderdante y recepticio, puesto que el apoderamiento ha de ser conocido por el apoderado para producir efectos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Si bien la expresión poder se utiliza en el ámbito de la representación voluntaria, también cabe hablar de poder en la representación legal, en cuyo caso el poder lo otorga la ley (ALBALADEJO, 2002).

La STS 30 julio 2001 (RJA 8430) establece que:

El apoderamiento en general (concepto formal) tiene naturaleza atípica y participa del mandato y representación voluntaria, con más afinidades a esta figura jurídica, conformando acto jurídico por medio del cual el principal concede voluntariamente al apoderado poder y facultades de representación para llevar a cabo las funciones y actividades que constituyen el objeto del encargo, proyectándose en lo externo en cuanto relaciona y liga al representado con los terceros, siempre que el apoderado-representante actúe dentro de los límites del poder (Sentencia de 24-2-1995 [RJ 1995, 1135]).

El negocio de apoderamiento no está sujeto requisito de forma.

Así lo señala la STS 30 julio 2001 (RJA 8430) con ocasión de un apoderamiento taurino:

El contrato que relaciona a las partes se encuadra en apoderamiento taurino, que como negocio de representación voluntaria no está sujeto a forma «ad solemnitatem», tal como autoriza el artículo 1710 del Código Civil, párrafo segundo, sin que a ello se oponga la expresión formal señalada en el número 5º del artículo 1280 de dicho Código (Sentencias de 6-3-1978 [RJ 1978, 766] y 5-2-1992 [RJ 1992, 829]).

3.2. Distinción entre representación y otras figuras

El apoderamiento se distingue de otras figuras que se le asemejan:

- El nuncio o mensajero. El nuncio que no actúa en nombre de otro, puesto que se limita a transmitir una voluntad negocial que ya ha sido determinada, siendo un mero reproductor de la misma puesto que no puede decidir ninguno de los elementos de la relación que se concierne con otra persona. La verdadera representación exige que el representante pueda decidir alguno de los elementos de la relación que va a establecer con terceras personas (FERNÁNDEZ LOZANO, 2001).

Ej. La prestación del consentimiento matrimonial es un acto personalísimo que no podría ser objeto de apoderamiento, sin embargo sí que cabe el matrimonio por poderes mediante nuncio (art. 55 cc).

- El mandato, habitualmente confundido con la representación, presenta las siguientes notas diferenciadoras (ALBALADEJO, 2002):

a) Su origen es distinto, puesto que el mandato surge siempre de un contrato bilateral entre mandatario y mandante, mientras que la representación puede tener su origen en la ley o en la voluntad unilateral (autorización) del representado.

b) En el mandato el mandatario solo puede actuar por cuenta del mandante, pero nunca en su nombre; mientras que en el caso de la representación directa el representante sí que actúa en nombre del representado.

Una diferencia entre ambas figuras las establece la STS 24 febrero 1995 (RJA 1135): «mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario; el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido»

4. LA RATIFICACIÓN

Si alguien actúa en nombre de otra persona sin poseer poder de representación o extralimitándose del que se le ha concedido, la actuación de representante o gestor no vincula jurídicamente al supuestamente representado. No obstante, cabe la posibilidad de que el representado, *a posteriori*, ratifique la actuación del gestor, que en este supuesto se convierte en actuación representativa y despliega sus efectos como si el poder se hubiera tenido desde un principio (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La ratificación aparece contemplada en el art. 1.259.2 cc: «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

LECTURAS RECOMENDADAS

BADENAS CARPIO, J. M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979.

Tema 14

La persona jurídica

1. CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

1.1 Personalidad y persona jurídica

La personalidad, como ya hemos señalado al referirnos a la persona física, es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas. Decíamos que personalidad jurídica y capacidad jurídica vienen a ser términos equivalentes. Esta capacidad jurídica, la cualidad de sujeto de derecho (la personalidad), además de las personas físicas, también la poseen ciertas organizaciones que tienen una base humana y gozan de personalidad jurídica independiente de las personas físicas que las crean, integran o dirigen: estas organizaciones son las personas jurídicas (O'CALLAGHAN, 1993).

La persona jurídica ha sido definida como «la organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica» (ALBALADEJO, 2002). No toda organización o agrupación de personas físicas tiene automáticamente la condición de persona jurídica; puesto que a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, en las que la atribución de personalidad se produce por el mero nacimiento, en las agrupaciones solo se podrá adquirir la personalidad jurídica cuando se cumplan los requisitos que la Ley establezca para cada modalidad de persona jurídica. De ahí que haya que distinguir entre:

- a) Organizaciones sociales dotadas de personalidad junto a otras organizaciones sociales carentes de ella. El tener personalidad jurídica supone que estas agrupaciones tengan una capacidad jurídica propia, independiente de la de los miembros que las integran y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho, esto es, capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones (CAPILLA RONCERO, 2003); además tienen capacidad de obrar a través de sus órganos de representación. De modo que pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales.
- b) Organizaciones sociales carentes de capacidad jurídica. Este es el caso de ciertas agrupaciones humanas como la familia, las comunidades de propietarios de pisos en régimen de Propiedad Horizontal, las comunidades ordinarias, etc.

1.2. Concepto general de persona jurídica

La persona jurídica, de modo similar al contrato, constituye una categoría abstracta o genérica, que a su vez engloba a toda una serie de categorías particulares (CAPILLA RONCERO, 2003). La idea de persona jurídica es un *supraconcepto* (*Oberbegriff*) o concepto superior comprensivo de aquellos otros sobre los que se establece que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente tanto al Derecho privado como al público. Son personas jurídicas, desde este punto de vista, el Estado, la provincia, las sociedades anónimas, etc.

Las personas jurídicas, también denominadas «personas morales o naturales», en sentido amplio pueden ser definidas como aquellas «realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de los elementos que las integran, que son titulares de derechos y deberes y con capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

2. CLASES DE PERSONAS JURÍDICAS

Existen diferentes criterios de clasificación para las distintas modalidades de personas jurídicas. Los más utilizados son los siguientes:

2.1. Personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado

Esta clasificación atiende a la normativa aplicable. En el caso de las primeras se insertan en la organización general del Estado (el Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias, los municipios) y ejercen funciones correspondientes al Estado o cumplen funciones propias del Derecho público, como sucede con las corporaciones de Derecho público. En cualquiera de los casos están dotadas de prerrogativas especiales (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La regulación de estas personas tiene lugar a través de las normas de Derecho público, en especial del Derecho administrativo.

Las personas jurídicas de Derecho privado desenvuelven su actividad en el ámbito privado lo que supone que ni ejercitar funciones públicas ni están dotadas de prerrogativas especiales. Se trata de personas ajenas a la organización estatal

2.2 Asociaciones y fundaciones

Las personas jurídicas, en atención a su estructura, se distinguen en personas jurídicas con sustrato personal (asociaciones) y con sustrato patrimonial (fundaciones). El criterio distintivo con base a la estructura de las personas es el criterio básico de distinción y que recoge el artículo 35 del Código Civil (O'CALLAGHAN, 1993).

2.2.1. Personas jurídicas con sustrato personal

En este caso se trata de agrupaciones de personas que se unen para la consecución de un fin común, como sucede con las asociaciones y corporaciones (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Ej. Asociaciones de vecinos que se constituyen para la defensa de sus intereses, asociaciones culturales, festivas, deportivas, etc.

La asociación se trata de una organización formada por un grupo de personas que deciden su funcionamiento y su actuación; la esencia de este tipo de persona jurídica la constituye la pluralidad de personas, *universitas personarum*. Las personas que integran las asociaciones son soberanas respecto a la misma (O'CALLAGHAN, 1993).

La corporación, constituye una modalidad de asociación, constituye una unión o asociación de personas para la consecución de fines comunes (municipios, diputaciones). La diferencia entre asociaciones y corporaciones es meramente formal, mientras que las últimas se regulan por la ley que las crea o reconoce, en el caso de las primeras se crean por negocio jurídico, por voluntad de sus integrantes que se manifiesta en sus estatutos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Las corporaciones son normalmente públicas y, de ser privadas, han de ser de interés general (O'CALLAGHAN, 1993).

A su vez, dentro del concepto amplio de asociación, la existencia de un fin de lucro, permite diferenciar entre:

- a) asociaciones *stricto sensu*. Son aquellas que perseguir cualquier fin privado siempre que no sea de carácter lucrativo (cultural, recreativo, etc.). Este tipo de asociaciones, a su vez se dividen en dos grupos, las asociaciones reguladas por la LO 1/2002, de 22 de marzo de 2002, reguladora del Derecho de Asociación y todas aquellas que están sometidas a un régimen asociativo específico (art. 1.2 LA).
- b) sociedades. Son aquellas asociaciones que tienen una finalidad lucrativa, persiguen un fin de lucro. Estas a su vez se dividen en dos grandes grupos: sociedades civiles (artículo 1.665 del Código Civil) o mercantiles (Código de comercio y Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

2.2.2. Personas jurídicas con sustrato material

En este tipo de personas jurídicas predomina el sustrato de tipo material, que está formado por un conjunto de bienes destinados al cumplimiento de un fin, este es el caso de las fundaciones (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

La fundación puede definirse como una organización creada (fundada) por una persona (el fundador) para cumplir un fin de interés general impuesto por esta, para lo cual le ha dotado de medios económicos adecuados (O'CALLAGHAN, 1993).

La voluntad del fundador es decisiva para la organización, funcionamiento y actuación; de ahí que las personas que rigen la fundación no sean soberanos de la misma, sino que deben cumplir el fin ordenado, con la organización que ha creado el fundador y con los medios que fueron dotados por este: son servidores de la fundación (O'CALLAGHAN, 1993). Se dice que en la fundación se personifican unos bienes adscritos por voluntad del fundador, que dispone de ellos para el cumplimiento de modo duradero de un fin de interés público (LACRUZ, 2004).

La esencia de la fundación reside en adscripción de medios adecuados para la consecución de un fin, *universitas bonorum*. Las fundaciones siempre serán de interés público (art. 34 de la Constitución y 35.1.º del Código Civil) (O'CALLAGHAN, 1993).

2.3. Personas jurídicas de interés público y de interés privado

Según que persigan un fin de utilidad general o un interés particular las personas jurídicas pueden ser dividirse en personas jurídicas de interés público o de interés privado (ALBALADEJO, 2002). Una fundación o asociación para los enfermos de cáncer, o una asociación científica, cultural o deportiva. En el otro caso, cualquier tipo de sociedad cuya finalidad sea la de obtener beneficio económico para sus integrantes.

Este es el sistema que sigue el art. 35 cc al reconocer la existencia de las siguientes personas jurídicas: las *corporaciones, asociaciones y fundaciones*. El Código Civil utiliza como criterio distintivo principal: la naturaleza pública o particular del interés de la organización. Por un lado están las personas jurídicas de interés público y por otro las de interés particular (CAPILLA RONCERO, 2003). El art. 35 establece que:

Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

A su vez dentro de las personas jurídica de interés público se puede establecer una división atendiendo a la esencia de la organización: por un lado las personas jurídicas de base colectiva o personal, –corporaciones y asociaciones– cuyo substrato es una pluralidad de personas (físicas o, a su vez, jurídicas); por otro lado están las personas jurídicas de base patrimonial –las fundaciones–, cuyo substrato es un conjunto de bienes destinado a un fin (de interés general) (CAPILLA RONCERO, 2003).

A su vez, dentro de las organizaciones colectivas personificadas se distinguen corporaciones y asociaciones, sobre la base de su fuente originadora: el acto de la autoridad y la voluntad de los socios o asociados. Frente a la pluralidad de subtipos dentro de las organizaciones de interés público, el Código Civil solamente menciona a las asociaciones dentro del subtipo de las personas jurídicas de interés particular.

3. LA ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En el caso de las personas físicas decíamos que la adquisición de la personalidad se produce automáticamente por el mero hecho de ser persona, por el nacimiento, se tiene personalidad y aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

En el caso de las personas jurídicas no se produce aquel automatismo y, será necesario cumplir con una serie de requisitos para obtener el reconocimiento o atribución de personalidad de personalidad por el Estado. El cc es bastante impreciso (desafortunado cabría decir) a la hora de establecer la forma en que se reconoce la personalidad a las personas jurídicas.

De la confusa redacción del art. 35 cc la doctrina establece dos sistemas de adquisición de la personalidad jurídica:

a) Por reconocimiento específico o concesión de los poderes públicos

Este es el caso del art. 35.1 cc, que se refiere a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas (art. 35.1). El «reconocimiento legal» es condición indispensable para la existencia de la persona jurídica de interés público y variará según el tipo de persona jurídica de que se trate (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La forma de concederse variará, según la rama del Derecho que regule ese concreto tipo de persona jurídica, e incluso dentro de un mismo ámbito puede concederse mediante ley, decreto, acto administrativo, etc. (ALBALADEJO, 2002).

- En el caso de las corporaciones, la personalidad se reconoce por norma legal.
- En la fundaciones el reconocimiento legal supone que han de cumplir las normas jurídicas que las regulan (Ley 50/2002, de Fundaciones).
- Las asociaciones de interés público, también nacen por reconocimiento legal, si bien este varía según la concreta clase de asociación de que se trate, habida cuenta de la diversidad de normas especiales que las regulan

b) Por reconocimiento específico

En el caso de las asociaciones de interés particular el art. 35 dice que la ley les concede una personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Esta referencia

a la ley ha de entenderse en un sentido normativista, lo que supone que la personalidad jurídica se adquiere cumpliendo los requisitos normativamente exigidos sin que tenga que haber ningún específico acto de concesión (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). De lo que se supone que cumpliéndose determinados requisitos fijados por ley se adquiere automáticamente personalidad jurídica (ALBALADEJO, 2002).

Adquirirán su personalidad cuando se cumplan los requisitos que exige la ley en diversos preceptos: las asociaciones por el otorgamiento del «acta fundacional» (art. 5.2, Ley 1/2002, de reconocimiento del Derecho de Asociación); las fundaciones por la inscripción de la escritura pública de constitución (art. 4, Ley 50/2002 de Fundaciones).

La sociedad civil adquirirá personalidad por su fundación (constitución) y por la publicidad de sus pactos (o prohibición de pactos secretos) y solo se exigirá escritura pública en el caso de que se aporten bienes inmuebles (arts. 1.667 a 1.669 cc). Las sociedades mercantiles adquieren la personalidad jurídica cuando se otorga la «escritura de constitución», y se produce la «inscripción en el Registro mercantil» (arts. 116 y 119 Ccom); asimismo con las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 11 de la Ley 2/1995) y las Sociedades Anónimas (art. 7, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en el caso de las cooperativas, la norma estatal exige escritura de constitución e inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 7, Ley 27/1999 de Cooperativas).

4. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El cc reconoce la capacidad jurídica y de obrar de las personas jurídicas. La capacidad jurídica presupone que son titulares de derechos y obligaciones. La existencia de ambos tipos de capacidad se deduce del contenido del art. 38.1º cc que establece que «las personas jurídica pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales , conforme a las leyes y reglas de su constitución».

Mientras que la persona física nace desprovista de personalidad capacidad de obrar y la va adquiriendo progresivamente hasta adquirir la capacidad plena a los 18 años; la persona jurídica por el contrario tiene plena capacidad desde el momento de su nacimiento (LACRUZ, 2004). La capacidad de obrar que con carácter general se establece en los arts. 37 y 38 cc, no se puede aplicar por igual a todas las personas jurídicas sino que hay que graduar la capacidad según el tipo de organización de que se trate (CAPILLA RONCERO, 2003). Puesto que cada tipo de persona jurídica tendrá la capacidad y régimen jurídico que le otorgue la ley que la regule, así como en sus estatutos.

También como regla general, y salvo que el régimen de algún tipo concreto establezca otra cosa, la capacidad de las personas jurídicas está circunscrita por lo dispuesto en su acto constitutivo, ya se trate de un acto de la autoridad (caso de las corporaciones), ya se trate del acuerdo estatutario propio de las asociaciones, ya se trate de la institución estatutaria propia de la fundación. Así se desprende de los claros términos de los arts. 37 y 38 (CAPILLA RONCERO, 2003).

5. LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

La persona jurídica no puede ejercitar por sí misma su capacidad de obrar, por lo que necesita de unos órganos compuestos por personas físicas que creen, emitan y ejecuten su voluntad. El órgano personifica a una asociación o fundación, puesto que no existe como en el figura de la representación dos personas, representante y representado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Los órganos se regulan por Ley y por los estatutos de la persona jurídica. Los órganos varían según el concreto tipo de persona jurídica al que nos refiramos, no obstante los más habituales son los órganos de administración, que pueden adquirir las modalidades y denominaciones según se traten de asociaciones o sociedades. Así está la figura de administrador único; varios administradores solidarios o mancomunados y el Consejo de Administración. Por otro lado está el órgano soberano de la persona jurídica, la Junta o Asamblea General de asociados en las asociaciones, y en las sociedades de socios o accionistas según se trate de uno u otro tipo societario.

6. EL PATRIMONIO

El patrimonio de la persona jurídica sirve para el cumplimiento de sus fines y es distinto del patrimonio de cada una de las personas que la integran y soporta sus propias deudas y responsabilidades. Habrá que estar a lo dispuesto para cada tipo concreto de persona jurídica para ver como se administra el patrimonio y como se reparte en caso de extinción de la misma.

7. LA NACIONALIDAD

La determinación del estatuto personal de las personas jurídicas (art. 9.11 cc) se efectúa atribuyéndoles nacionalidad, de acuerdo con los criterios enunciados en general por el art. 28 cc. Establece el art. 9.11 cc que: «La Ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas Leyes personales».

8. EL DOMICILIO

Las normas reguladoras de las distintas organizaciones suelen exigir que en el acto constitutivo o en los estatutos se especifique el domicilio de la organización, punto de referencia espacial imprescindible a múltiples efectos (competencia territorial de tribunales y otras oficinas públicas). Como norma de carácter general supletorio el art. 41 establece los criterios de identificación del domicilio de las personas jurídicas (CAPILLA RONCERO, 2003).

9. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

La personalidad de la persona jurídica se extingue, fundamentalmente, cuando se extingue la organización personificada. Esto sucede por el cumplimiento de fines sociales por la imposibilidad de alcanzarlos; por pérdida del sustrato colectivo o patrimonial, o por el cumplimiento del plazo o condición extintivos, etc. (CAPILLA RONCERO, 2003).

Se regula con diverso criterio el destino del patrimonio resultante. A las personas jurídicas de interés general se les aplica el art. 39 cc y normas concordantes. En las fundaciones se prohíbe la cláusula de reversión de los bienes al fundador o a sus herederos tras la extinción de la fundación (art. 33 LF).

En las personas jurídicas de interés particular dedicadas al ejercicio de actividades económicas, se reparte entre los miembros o revierte al fundador (sociedades unipersonales); no obstante, habrá que estar a lo que diga la norma que regule cada una de estas modalidades de persona jurídica.

En el art. 39 cc se enumeran las causas de extinción de la persona jurídica:

- 1º Expiración del plazo establecido para funcionar legalmente.
- 2º Haber realizado el fin para el que se constituyó la persona jurídica.
- 3º Ser imposible aplicar al fin social la actividad y los medios de que se disponían.

La extinción no provoca automáticamente la desaparición de la persona jurídica, puesto que será necesaria una ulterior fase que es la de liquidación, durante la cual todavía perdura la persona jurídica hasta que se ha liquidado el patrimonio al pagar las deudas y haberse repartido el sobrante cuando así lo permitan los estatutos o la ley.

10. EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La facilidad para crear una sociedad mediante el otorgamiento de escritura y su posterior inscripción en el Registro mercantil ha motivado una utilización abusiva de las personas jurídica para cometer fraudes de ley o actividades ilícitas (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La persona jurídica ha sido utilizada por los socios para eludir su responsabilidad universal patrimonial (art. 1.911 cc) de sus bienes particulares, para evitar la indemnización por responsabilidad aquiliana, aparentar insolvencia y negarse al pago de pensiones derivadas de separación o divorcio, plantear una ficticia tercería de dominio, etc. (O'CALLAGHAN, 1993).

Para evitar el llamado «abuso de la personalidad jurídica», la jurisprudencia ha creado la denominada doctrina del «levantamiento del velo», mediante la cual el juez establece que el accionista (persona física) de una sociedad mercantil (persona jurídica) queda obligado por las deudas de la misma. Tal doctrina contraviene la regla general del derecho conforme a la que los socios tienen una responsabilidad limitada con respecto a las deudas de la sociedad de la que son partícipes (limitada normalmente a la participación o cantidad invertida).

La jurisprudencia ha aceptado esta doctrina clara y reiteradamente, destacamos la STS 25 junio 2007 (RJA 3451) establece que:

La conocida como doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, (*lifting the veil*) expresión que es adaptación de la anglosajona *Disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como

función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas. [...] Ya desde la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1984 (RJ 2800), (que ha sido recogida en innumerables sentencias, destacando por su proximidad temporal, las de 8 de marzo , 14 (RJ 2006, 6368) y 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8629) y 30 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4244)) la idea básica que fluye en la aplicación de esta doctrina, conocida es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc., permitiendo penetrar en el sustrato de las sociedades, es decir, rasgar el velo *-piercing the veil-*, para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero.

Tema 15

Las asociaciones

1. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

1.1. Concepto de asociación

La asociación ha sido definida como la «organización formada por un grupo de personas, a la que el Derecho le otorga personalidad jurídica» (ALBALADEJO, 2002). También se ha dicho que la asociación es «un conjunto establemente organizado de personas que se unen para alcanzar un fin común a todas ellas» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). La esencia de la asociación es la unión de personas, a la que se le otorga capacidad jurídica; la organización es el dato esencial y la agrupación de personas, el primer requisito (O'CALLAGHAN, 1993).

1.2. El Derecho constitucional de asociación

El derecho de asociación se encuentra reconocido como derecho fundamental en el art. 22.1 de la Constitución Española (CE). Su ubicación en la sección del texto constitucional que lleva por rúbrica «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» supone que, a tenor de lo prevenido en el art. 10.2 CE, la normativa sobre asociaciones deberá interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España (RUBIO TORRANO, 2002). El art. 22 CE establece que:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

El contenido del derecho de asociación presentan los siguientes caracteres (RUBIO TORRANO, 2002): 1. libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; 2. libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; 3. libertad de organización y funcionamiento internos, sin injerencias exteriores; 4. facultades de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenecen.

1.3. Clases de asociaciones

Ya hemos dicho que dentro de la expresión asociación en sentido amplio cabe establecer dos grandes grupos, según que concurra o no la finalidad lucrativa como fin asociativo, así pues dentro del género asociación cabe distinguir dos especies: las asociaciones en sentido estricto y las sociedades.

a) *Asociaciones en sentido estricto*. Las asociaciones carecen de fin de lucro y están reguladas por la LO 1/2002 del Derecho de Asociación.¹ Asociaciones, también *estricto sensu*, pero con legislación específica (a que se refiere el art. 1.3 de la Ley del derecho de asociación) de: partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, deportivas, consumidores y usuarios; asimismo, las iglesias y asociaciones para fines religiosos.

1. Aun a pesar de que la nueva Ley recibe el nombre de «reguladora del Derecho de Asociación», la doctrina siguiendo la tradición de la derogada Ley 191/1964, de Asociaciones sigue refiriéndose a la nueva Ley con la denominación de la antigua, de ahí que utilizaremos la abreviatura LA para referirnos a la misma.

b) *Sociedades*. Son asociaciones con ánimo de lucro (excluidas de la ley del derecho de asociación, art. 1.4 LA), pueden ser *Civiles*, reguladas por los artículos 1.665 y ss. del Código Civil, o *mercantiles*, reguladas por el Código de Comercio, artículos 116 y ss., y por las leyes de sociedades anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989, y de sociedades de responsabilidad limitada, de 23 de marzo de 1995.

2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS ASOCIACIONES

La regulación básica en materia de asociaciones la constituye la LO 1/2002 de Asociaciones, que deroga la Ley de Asociaciones de 1964, la presenta las siguientes características:

- a) Régimen general compatible. Su régimen general es compatible, no solo con las leyes anteriores, sino también con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales y en las normas que las desarrollan, tanto las relativas a partidos políticos, como a sindicatos, asociaciones empresariales, confesiones religiosas, asociaciones deportivas y de jueces, magistrados y fiscales. La Ley establece un régimen mínimo y común, al que tendrán que ajustarse las asociaciones no contempladas en la legislación especial (RUBIO TORRANO, 2002).
- b) Texto único. El legislador ha optado por incluir en único texto normativo la regulación íntegra y global de todos los aspectos relacionados con este derecho (RUBIO TORRANO, 2002).
- c) Constituye la normativa general sobre el derecho fundamental de asociación adaptada a la Constitución Española de 1978 (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002).

El ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones aparece delimitado en el art. 1.2 al establecer que: «El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico». Además de la LO 1/2002 de Derecho de Asociación, existe toda una serie de leyes especiales que regulan modalidades especiales de asociaciones, tal como se deduce la propia LA.

El art. 1.3 dice que: «Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales».

Esta normativa está integrada, entre otras, por la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, arts. 12 a 45, Asociaciones Deportivas; la Ley 27/1974, de 13 febrero, sobre Colegios Profesionales, arts. 1 y 4.6; el RD 670/1978, de 11 de marzo, de las Cofradías de Pescadores, art. 1; la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la LO 4/2007, de 12 de abril; la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

En el art. 1.4. LA se establecen las exclusiones de la Ley: «Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico».

Estas organizaciones se rigen por la siguiente normativa: el CC, arts. 392 a 406, comunidades de bienes y 1665 a 1708, sociedades civiles, CCom, arts. 116 a 243, modificados por la

Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades; el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por RDLeg 1564/1989, de 22 diciembre; la Ley 27/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, y RD 2114/1998, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; la Ley 27/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales, el RD 1776/1981, de 3 agosto, regulador de las Sociedades Agrarias de Transformación y el RD 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas.

Junto con la normativa estatal, contamos con diversas leyes autonómicas de asociaciones, como sucede, entre otras, con la vasca (Ley 3/1988, de Asociaciones) y la catalana (Ley 7/1977, de Asociaciones).

3. LA CONSTITUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES

3.1. La capacidad de los constituyentes

De acuerdo con el art. 3 LA: «Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- a) Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.
- b) Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- c) Los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación.
- d) Los jueces, magistrados y fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales.
- e) Las personas jurídicas [jurídico-privadas] de naturaleza asociativa requerirán el acuerdo expreso de su órgano competente, y las de naturaleza institucional, el acuerdo de su órgano rector.
- f) Las asociaciones podrán constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes.

3.2. El acuerdo de constitución

3.2.1. El acuerdo de constitución

La Ley 1/2002 establece que las asociaciones se constituyen por el «acuerdo de constitución» de tres o más personas físicas o jurídicas (art. 5.1); este acuerdo de constitución, se trata de un negocio jurídico multilateral en el que los fundadores emiten declaraciones de voluntad, en

orden a la creación de la asociación (O'CALLAGHAN, 2002). Mediante el acuerdo de constitución los fundadores se comprometen «a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación» (art. 5.1).

3.2.2. El acta fundacional

El «acuerdo de constitución» se formalizará mediante el otorgamiento del «acta fundacional» en documento público o privado. El otorgamiento del acta fundacional tiene efectos constitutivos, a partir de ese preciso instante nace la asociación o, como dice el art. 5.2 LA «con el otorgamiento del acta la asociación adquirirá su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar» (O'CALLAGHAN, 2002).

El acta fundacional tendrá que incluir, entre otros, (art. 6.1) los datos personales de los promotores de la asociación, la voluntad de los promotores de constituir la asociación, los pactos que hubiesen establecido y la denominación de esta. Asimismo, tendrá que incluir los Estatutos de la asociación.

3.2.3. La inscripción en el Registro

El acta fundacional debe inscribirse, en el correspondiente Registro de Asociaciones, si bien la inscripción solo tiene efectos de publicidad (art. 10.1), puesto que la personalidad jurídica ya se ha obtenido con el otorgamiento del acta. La asociación se inscribirá en el Registro Nacional de Asociaciones cuando la asociación tenga ámbito nacional o supera el de una Comunidad Autónoma o es extranjera (art. 25 LA), o en uno de los Registros Autonómicos de Asociaciones si desarrolla su actividad en el ámbito de una Comunidad Autónoma (art. 26 y ss.).

3.2.4. Los estatutos

Los estatutos contienen las normas o reglas de funcionamiento de la asociación (art. 6.1 c); la Ley obliga que los estatutos tengan un contenido mínimo (art. 7.1): denominación de la asociación, domicilio, duración, la finalidad u objeto social, procedimiento de admisión y pérdida de la cualidad de socio los órganos de gobierno y de representación, así como los derechos y deberes de sus miembros patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual, y aplicación del patrimonio social en caso de disolución (O'CALLAGHAN, 2002). El contenido de los Estatutos no podrá ser contrario al ordenamiento jurídico (art. 7.3 y 11.2 LA).

3.3. La constitución de las asociaciones con ánimo de lucro

Las asociaciones no reguladas por la Ley 1/2002 se constituirán de acuerdo con lo previsto en las leyes especiales que los regulan.

El régimen para la constitución de las sociedades mercantiles, difiere al de las asociaciones, puesto que para el nacimiento de la personalidad jurídica, se exige el doble requisito del otorgamiento del Acta de constitución mediante escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, que en este caso sí que tiene carácter constitutivo.

4. ELEMENTOS DE LA ASOCIACIÓN

Son caracteres o requisitos de la asociación:

A) La existencia de una pluralidad de personas. El sustrato de toda asociación lo constituye un conjunto de personas que desean agruparse para la consecución de un fin común, puesto que la asociación es una *universitas personarum* (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002). La Ley 1/2002 ha establecido un mínimo de tres personas para poder constituir una asociación (art. 5.1) siguiendo así el criterio del Derecho romano, en el que los *collegia* requerían un mínimo de tres personas (*tria fiunt collegia*) para constituirse válidamente (O'CALLAGHAN, 2002). Distinto criterio emplea el legislador para las sociedades, donde el número mínimo es de dos personas, tanto para las civiles (art. 1.665 cc) como para las mercantiles (art. 116 Ccom).

Las vigentes leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada todavía van más allá y permiten expresamente que se constituyan por un solo socio o continúen con uno solo, como sociedades unipersonales (arts. 311 LSA y 125 y ss. LSRL). Las cooperativas, sin embargo, siguen el criterio de la exigencia de tres socios como mínimo (art. 8, Ley 27/1999, de Cooperativas).

B) La finalidad de la asociación. Los fines de la asociación han de ser lícitos, comunes, de interés general o particular (art. 5.1). La Ley del Derecho de Asociación, siguiendo el art. 22 de la Constitución, exige que las asociaciones tengan finalidades lícitas (art. 5.1), así pues declara ilegales las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito (art. 2.7), finalmente prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (art. 2.8).

Los fines comunes de la asociación han de ser de carácter no lucrativo, puesto que ahí radica la nota distintiva entre esta y las sociedades (civiles o mercantiles) (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002).

Sin embargo, esto no supone que la asociación no pueda obtener ventaja patrimonial alguna o realizar alguna actividad económica, respecto de la cual estará en su caso sujeta al estatuto de comerciante, sino que lo que queda excluido es que la finalidad exclusiva y única por la que se constituya sea de carácter económico, de obtención de lucro y de reparto del mismo entre los socios.

C) Necesidad de una organización. De no existir una organización, estaríamos ante un mero conglomerado de personas; la organización viene impuesta por el mismo hecho asociativo, y representa el carácter estable de la unión de los miembros de la asociación. Una asociación estará organizada cuando cuente con órganos rectores que son los que harán posible el cumplimiento de su fin (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

D) Patrimonio. Toda asociación ha de tener un patrimonio personal, no cabe la existencia de una asociación sin patrimonio suficiente para el cumplimiento de los fines de la misma. De ahí que la desaparición del patrimonio social suele conllevar la obligatoriedad de iniciar el procedimiento de liquidación de la asociación. El patrimonio social estará integrado tanto por ingresos ordinarios (percibidos regularmente: cuotas sociales y rentas de la asociación) como extraordinarios (percibidos con carácter ocasional o aislado, como el cobro de subvenciones públicas, donaciones, herencias, legados, enajenaciones...), y se destinarán al mantenimiento de la asociación, a la cobertura de las cargas sociales y al cumplimiento de sus fines (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002). La regulación que la Ley ha hecho del patrimonio ha sido muy parca, destacando la exigencia del art. 14 para que se lleve una contabilidad que permita obtener una imagen fiel del patrimonio (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

5. ÓRGANOS DE LA ASOCIACIÓN

Toda asociación necesita una organización, la Ley parte de que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos (artículo 2.5), y que se rijan por lo dispuesto en los Estatutos [art. 6.1.c) y 7] (O'CALLAGHAN, 2002). La Ley establece dos clases de órganos: la Asamblea General y un órgano de representación (arts. 11 y 12).

5.1. La Asamblea General

La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por la totalidad de los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año (art. 11.3).

5.2. El órgano de representación

El órgano de representación, que en ocasiones recibe el nombre de Junta directiva, es el órgano ejecutivo de la sociedad y tiene funciones de representación de la asociación, gestión de sus actividades, administración patrimonial, convocatoria de las Asambleas y, finalmente, velar por el cumplimiento de las leyes, los Estatutos y los acuerdos sociales (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002). Sólo podrán formar parte del órgano de representación aquellos asociados designados por la Asamblea General (art. 11.4). Este cargo puede ser retribuido si así consta en los estatutos y en las cuentas anuales aprobadas en asamblea (art. 11.5).

6. LOS ACUERDOS SOCIALES Y SU IMPUGNACIÓN

La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones serán democráticos (art. 2.5) y estará contenido en sus Estatutos, siempre que no sean contrarios a la Ley 1/2002. Este funcionamiento democrático se traduce en que las decisiones de la Asamblea General se tomen por votación de los asociados. El régimen para la adopción de acuerdos en la Asamblea General será el siguiente: la regla general será la mayoría simple (suficiente con que los votos afirmativos superen a los negativos). Excepcionalmente, la Ley exige mayoría cualificada, en la que más de la mitad de los votos sean de carácter afirmativo; así se requiere para los acuerdos de disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación (art. 12.d).

Los artículos 21 y 23 establecen los derechos de los asociados: participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a votar y a asistir a la Asamblea General, en los términos estatutarios; información sobre la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, su estado de cuentas y el desarrollo de su actividad (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002). Al asociado también le asiste el derecho a impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los Estatutos (art. 21.d).

7. LA EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

El art. 17 se refiere a la disolución de la asociación, contemplando como causas las previstas estatutariamente, la voluntad de los asociados, las del artículo 39 del Código Civil [expiración del plazo, en caso de asociaciones temporales; consecución del fin social o imposibilidad de alcanzarlo] y la sentencia judicial firme que así lo establezca. Asimismo, señala el destino del patrimonio social (cabría hacer la objeción de que esta previsión correspondería más al ámbito de la liquidación que al de la disolución), que será el previsto en los Estatutos

Tras la disolución, se abre la liquidación que constituye la segunda fase del procedimiento de extinción, hasta cuyo final la asociación conservará su personalidad jurídica (art. 18.1). La liquidación se llevará a cabo por los liquidadores, función que recaerá en los miembros del órgano de representación en el momento de la disolución, salvo otra disposición de los Estatutos o bien que los designen la Asamblea General o el juez que acuerden la disolución (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2002).

Las funciones de los liquidadores serán velar por la integridad del patrimonio social, concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas precisas para la liquidación, cobrar los créditos de la asociación, liquidar el patrimonio y pagar a los acreedores, aplicar los bienes sobrantes a los fines previstos por los Estatutos y solicitar la cancelación de los asientos en el Registro (art. 18.3). En caso de insolvencia de la asociación promover el órgano de representación, o si es el caso los liquidadores promoverán el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente (art. 18.4).

8. ASOCIACIONES DE HECHO Y NO INSCRITAS

La Ley no ha regulado las asociaciones sin personalidad jurídica, es decir, aquellas que funcionando de hecho como una asociación, sin embargo no han otorgado el «acta fundacional». Respecto de aquellas que sí que la han otorgado, y por tanto gozan de personalidad jurídica, pero no han sido inscritas tan solo se establece, en el art. 10.4 la responsabilidad personal y solidaria, de los promotores respecto de las obligaciones contraídas con terceros. Esta misma responsabilidad deberá aplicarse a aquellas asociaciones sin personalidad jurídica (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Tema 16

Las fundaciones

1. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

1.1. Concepto de fundación

Las fundaciones son definidas por la Ley 50/2002, de Fundaciones de 26 diciembre de 2002 como las «organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (art. 1). Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, deroga la Ley 30/1994, de Fundaciones, de 1994, que a su vez derogó las normas anteriores que tenían carácter preconstitucional.

De la definición legal se deducen los siguientes caracteres de la fundación:

- a) Se trata de una organización creada libremente, con un patrimonio distinto del de los creadores, destinado por estos a la consecución de fines de interés general (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).
- b) Lo personificado, el substrato que recibe la capacidad jurídica, no es un patrimonio o un conjunto de bienes, sino la organización, que presupone una constitución o creación por el fundador (negocio de fundación) y que precisa de un patrimonio (dotación) (O'CALLAGHAN, 2002).
- c) La finalidad de la fundación carece de ánimo de lucro, de modo que desarrollará sus actividades en el mismo sentido.
- d) El que la afectación del patrimonio a los fines sociales haya tener carácter duradero, ha de ser interpretado en el sentido de que ha de ser estable, no siendo necesario que se llegue a imponer la perpetuidad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).
- e) La fundación ha de realizar siempre fines de interés general (art. 2 LF) o público (art. 35 cc), que beneficien, tal como establece el art. 3 LF, a colectivos genéricos de personas. De ahí que la Ley prohíba las fundaciones familiares (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

El Código Civil apenas trata de las fundaciones; solo las menciona para su consideración de personas jurídicas, en el artículo 35. 1º del, destacando que son de *interés público*. Esto último es lo que eleva el derecho de fundación a categoría de derecho fundamental. Así se recoge en el art. 34.1 CE al decir que: «Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley».

1.2. Régimen jurídico de las fundaciones

El régimen jurídico de las fundaciones lo establece el art. 2 de la Ley: «Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley».

En materia autonómica son varias las comunidades que se han dotado de sus respectivas leyes de fundaciones. Así, a título de ejemplo, citamos la de la comunidad catalana, la Ley 5/2001, de Fundaciones.

2. CONSTITUCIÓN

En la constitución de la persona jurídica tipo fundación se deben distinguir varios extremos.

2.1. La capacidad para crear fundaciones

Pueden constituir fundaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, sean estas últimas públicas o privadas (art. 8.1 LF). Las personas físicas han de tener capacidad para «disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación» (art. 8.2). Respecto a las personas jurídicas distingue la Ley entre las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente (art. 8.3) y las personas jurídico-públicas que podrán constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

2.2. El negocio fundacional

El *negocio jurídico fundacional* es un negocio jurídico unilateral (aunque sean varias personas, constituyen una sola parte), no recepticio y gratuito. Consiste en la declaración de voluntad del fundador de crear la fundación y de adscribir bienes para la consecución de su fin (O'CALLAGHAN, 2002). Se ha planteado su carácter irrevocable, al menos desde que se inscribe el acta constitutiva de la fundación en el Registro de Fundaciones, puesto que a partir de ese momento ya se trata de una persona jurídica diferente a la de su fundador (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Las fundaciones se pueden constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa* (art. 9.1). La constitución *inter vivos* precisa «escritura pública» (art. 9.2); que contemplará, entre otros requisitos: la dotación, los Estatutos de la fundación y la identificación de las personas que integran el Patronato (art. 10 LF).

La constitución *mortis causa* de una fundación se realiza mediante testamento (art. 9.3). La escritura de constitución la otorgará por el albacea testamentario y en su defecto por los herederos testamentario o la persona que designe el Protectorado, previa autorización judicial (art. 9.4).

2.3. Los estatutos de la fundación

La escritura de constitución de la fundación tendrá que contener los Estatutos de la fundación (art. 10.d. LF) que tendrán que tener el contenido mínimo que señala el art. 11 LF:

- a) La denominación de la entidad.
- b) Los fines fundacionales.
- c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.
- d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- e) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.

2.4. La dotación

El *acto de dotación* es uno de los elementos constitutivos del negocio fundacional (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003). Consiste en la adscripción de bienes y derechos de cualquier clase a la fundación, que ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros (art. 12). En caso de que la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales (art. 12.1 *in fine*).

Si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación. Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente (art. 12.2 LF).

3. LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La *inscripción en el correspondiente Registro de fundaciones* es constitutiva (a diferencia de lo que sucede con las asociaciones), de modo que la fundación adquiere la personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución (art. 4 LF).

La Ley regula el periodo transitorio entre el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción de la fundación en el art. 13 LF. Entre otros se señala que corresponde al Patronato la inscripción de la fundación y que si en un periodo máximo de seis meses a partir del otorgamiento no tiene lugar la inscripción, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción (art. 13.2).

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

4. ÓRGANOS DE LA FUNDACIÓN

4.1. El Patronato

El Patronato es el órgano de gobierno y representación de la fundación: adopta sus acuerdos por mayoría y cumple los fines fundacionales y administra los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación (art. 14 LF). El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros denominados patronos, que eligen un presidente y tendrá un secretario, que puede ser persona ajena al Patronato a quien corresponderá la certificación de los acuerdos de ese órgano (art. 15).

Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos. Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos (art. 15.2 LF).

El ejercicio del cargo de patrono es gratuito y personal (art. 15.4); el Patronato puede, siempre que los Estatutos no lo prohíban, delegar sus funciones en uno o más de sus miembros (art. 16.1); prever la existencia de otro órgano para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden (pueden constituir una junta directiva) (art. 16.2) y pueden nombrar representantes generales o especiales (art. 16.3).

Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (art.17.2)

4.2. El protectorado

El Protectorado es el órgano de control del Patronato y, en última instancia de la fundación, para ello «velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones» (art. 34.1). El Protectorado es ejercido por la Administración General del Estado (art. 34 LF). Entre otras, el Protectorado tiene las funciones de asesoramiento; las de velar y controlar el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador (art. 35.d); verificar la aplicación de los recursos económicos a los fines fundacionales (art. 35. f) y ejercitar, en todo caso, la acción de responsabilidad contra los patronos en el caso de daños causados por violar la Ley o los estatutos (art. 35.2 y 17.2) y la de impugnación de los actos y acuerdos del Patronato contrarios a las leyes o a los Estatutos (art. 32).

4.3. El Consejo superior de fundaciones

Es un órgano de carácter consultivo y tiene funciones de asesoramiento legal de las fundaciones, está integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones, y para promover las actuaciones necesarias para su promoción y fomento (arts. 38 y 39).

5. EL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN

De acuerdo con el art. 19.1 LF, el patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley (art. 19.2 LF). La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual (art. 20.1). La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada (art. 21.1 LF).

6. LA EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN

El proceso de extinción consta de una doble fase: en primer lugar, se extingue y, una vez ha tenido lugar la extinción, se abrirá la fase de liquidación.

6.1. La extinción de la fundación

Según el art. 31, la fundación se extinguirá:

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente ley.
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
- e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.
- f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

6.2. La liquidación de la fundación

La extinción de la fundación, salvo en el supuesto de fusión previsto en el artículo 31.d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado (art. 33 LF).

Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, de acuerdo con lo dispuesto en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido (art. 33.2 LF).

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general (art. 33.3 LF).

Lo dispuesto en el art. 33 supone que no cabe la reversión de los bienes al fundador ni a su herederos, ni tan siquiera a otras personas físicas o jurídicas que hubiesen sido llamadas en el negocio jurídico fundacional y no reúnan los caracteres señalados en el precepto (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003).

Bibliografía

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, 2002.
- BAÑEGIL ESPINOSA, M. A.: «Los derechos de la personalidad», en AAVV, *Instituciones de Derecho privado* (coord. gral. DELGADO DE MIGUEL, J. F.), T. I, Personas, Vol. 2º (COORD. MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.), Madrid, Civitas, 2003, págs. 311 a 532.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E.: *Manual de introducción al derecho, derecho civil patrimonial*, Madrid, Bercal, 2004, 1998.
- CAPILLA RONCERO, F. en AAVV, *Derecho Civil. Parte General Derecho de la Persona*, 4ª ed, Valencia, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Dignidad frente a barbarie: la declaración universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil de España*, Tomo I, Madrid, Reus, 1995.
- COCA PAYERAS, M.: «Sobre le origen y desarrollo del concepto de doctrina legal», RJC, 1980, págs. 611 y ss.
- CORNIL, Jorge: *El Derecho Privado*, traducción GARCÍA ORMAECHEA, Madrid, Reus, 1928.
- DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1984.
- : *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, Civitas, 2002.
- DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1984.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario del art. 1º», en *Comentario del Código Civil*, T. I, 1991, Madrid, Ministerio de Justicia.
- : *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, T. 1. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas, 2007.
- : *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, T. 2, Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 2008.
- y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. 1, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J. L.: «La representación» en AAVV, *Instituciones de Derecho privado* (coord. DELGADO DE MIGUEL, J. F.), T. I, Personas, Vol. 2º, Madrid, Thomson Civitas, 2001, págs. 535-923.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, McGraw Hill, 1995.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentarios de los artículos 4º a 6º», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: «Unas notas en torno a la asociación. En especial, la Nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, noviembre - diciembre 2002, págs. 2125 a 2189.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.): *Elementos de Derecho civil*, Tomo I, Vol. I, Parte General (revisada por DELEGADO ECHEVERRÍA), Madrid, Dykinson, 2004.
- LASARTE ALVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial introducción al derecho*, Madrid, Tecnos, 2005.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «La persona y la capacidad», «La relación jurídica», «Publicidad, título y prueba del estado civil», «La autonomía privada en general» y «Hechos, actos y negocios jurídicos», en AAVV, *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «El contrato» en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II)*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, 2000, págs. 305 a 323.
- MONTÉS PENADÉS, V.: en AAVV, *Derecho Civil. Parte General Derecho de la Persona*, 4ª ed, Valencia, 2003.
- MUERZA ESPARZA, J. J.: «La derogación silenciosa de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 586, 2003, parte Tribuna, pág. 2.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)*, Madrid, Edersa, 1993.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, I*, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1977.

- PUIG I FERRIOL, LL.: *Manual de Derecho Civil*, vol. I, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- REINOSO BARBERO, F.: *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 1987.
- ROGEL VIDE, C.: *Bienes y Derechos de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, *Studia Albortiana*, Bolonia, 1985.
- RUBIO TORRANO, E.: Derecho de Asociación, Aranzadi, Civil, Parte Tribuna, núm. 3/2002.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.; SANTOS BRIZ, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Derecho civil. Teoría y práctica, Tomo I, Introducción y Doctrinas generales*, Barcelona, Bosch, 2003.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: en AAW, *Derecho Civil. Parte General Derecho de la Persona*, 4ª ed, Valencia, 2003.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1973, pág. 99.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Valencia (ed. de VICENT CHULIÁ), 1981-1982.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*. Madrid, Tecnos, 1975.