**TEMA 4. LA COSTUMBRE Y LOS USOS JURIDICOS. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. LA JURISPRUDENCIA Y LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTOS: SU VALOR. INTERPRETACION Y APLICACION DE LAS NORMAS CIVILES. LA EQUIDAD. LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGIA**

Las fuentes del Derecho pueden definirse, siguiendo a Castán como los hechos y las formas mediante los que una sociedad constituida establece y exterioriza la norma jurídica como Derecho positivo obligatorio. **REGLA DE ORO** (hay 3) **“ADAN y EVA y SALIDA”** (míralo por una sola vez en comentario y para siempre) Según el art. 1.1 del C.C.:

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

Analizada la ley en el tema anterior, vamos a comenzar el presente estudiando la costumbre y los usos jurídicos.

**LA COSTUMBRE**

Históricamente la costumbre, como creación espontánea del Derecho, fue la única fuente del mismo. En el Derecho romano y en las Partidas se concebía como derecho no escrito (“ius non scriptum”). En el primero, podemos destacar dos conceptos:

- GAYO: Quod usus comprobavit.

- ULPIANO: MORES SUNT tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus (las costumbres son el tácito e inveterado consenso de un pueblo vetus significa viejo)

Actualmente, Albaladejo define la costumbre como **una norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos con convicción jurídica.**

Por lo que a sus fundamentos se refiere, uno de los problemas que más ha preocupado a la doctrina es el de determinar la causa de la fuerza vinculante de la costumbre (su carácter normativo). Por ello, se han formulado varias teorías:

- MEYER considera que la transformación de la costumbre en Derecho sólo puede realizarse mediante un reconocimiento y concesión del Estado. KELSEN, “monista”, afirma que **no hay más Derecho que el emanado del Estado.**

- ZITELMANN considera que la costumbre obliga simplemente por su uso general y repetido.

- SAVIGNY encabezando la Escuela Histórica que parte de que el derecho nace del espíritu del pueblo o Volksgeist (contra THIBAUT –codificación-), fundamenta la costumbre en la convicción popular.

- Por último, ENNECCERUS considera que la obligatoriedad de la costumbre deriva de la voluntad social predominante de que algo se cumpla y valga como norma jurídica.

B) CARACTERES. La costumbre se caracteriza fundamentalmente por tener su origen no en los órganos del estado, sino en las fuerzas sociales (a las que se otorga facultad nomogenética) y por su carácter no escrito. Conforme al art. 1.3. C.C.:

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

De este precepto se deduce que la costumbre:

- Es una fuente independiente de derecho, que nace y se desarrolla con independencia de la ley.

- Tiene carácter subsidiario, siendo una fuente supletoria de segundo grado, que sólo se aplica en defecto de Ley

- Ha de ser conforme a la moral y el orden público, aspecto en el que incidiremos más adelante.

- Ha de ser probada, lo que supone una excepción al principio iura novit curia. Así lo señala también el art 281 de la LEC, si bien señala que no es necesario si las partes están conformes con su existencia y contenido y sus normas no afectan al orden público. Además, n**o es necesario probar los hechos** (costumbre notoria) **que gocen de notoriedad absoluta y general**.

C) REQUISITOS. La doctrina tradicional suele señalar tres elementos de la misma: material, espiritual y racional:

- El primero viene constituido por el **uso o longeva consuetudo** y determina que la costumbre ha de constituir una práctica uniforme, general, duradera y constante.

- El elemento espiritual es la **denominado opinio iuris sive necessitatis** (sive significa “o”), es decir, la convicción o creencia de que dicha práctica responde a la observancia de una norma jurídica.

Sin embargo, algunos como DE CASTRO, excluye éste requisito por considerarlo implícito en el propio uso repetido.

- Por último, el denominado **elemento racional** se recoge en el art. 1.3 ya expuesto, que exige que la costumbre no sea contraria ni a la moral, ni al orden público.

Algunos como CASTAN consideran que se trata de un requisito fundamental en cuanto evita que pueda haber costumbres contrarias a los principios de nuestro ordenamiento. Sin embargo, no han faltado autores que critiquen este requisito calificándolo de contradictorio e indeterminado:

· Advierte LACRUZ que los valores morales, al igual que la costumbre, emanan de la conciencia social por lo que siempre existe coherencia axiológica entre ambos.

· Considera DIEZ PICAZO que el orden público, como concepto jurídico indeterminado, no es más que una puerta abierta al control estatal y judicial de una fuente dinámica como es la costumbre.

D) CLASES. Atenderemos a dos criterios de distinción:

a) Por la extensión de su aplicabilidad, se distingue entre costumbres generales y la particulares o especiales. En caso de conflicto, parece que ha de aplicarse la regla de que lo especial deroga a lo general.

b) La clasificación más importante es la que se realiza en relación con la LEY. En este ámbito:

- Costumbre secundum legem es la dirigida a interpretar y ejecutar la ley. Destaca DIEZ PICAZO que es inadmisible en la medida en que existiendo ley, es ésta la que debe aplicarse.

- La costumbre contra legem es también inadmisible ya que en virtud del principio de jerarquía, prevalece aquélla sobre ésta.

No obstante, en Navarra la ley 3 da preferencia a la costumbre sobre la ley siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y en otros territorios, como Aragón (art 2 Comp) prevalece a las leyes dispositivas. Estos dos arts. hay que conocerlos bien, porque son recurrentes.

- A la vista de lo anterior, la costumbre **praeter legem**, que es aquella que regula cuestiones no contempladas por la ley, es la única que realmente contempla el art. 1 CC

**Y LOS USOS JURIDICOS**

Tradicionalmente en virtud de su grado de consolidación se venían diferenciando los usos entre sociales y jurídicos:

· los primeros a su vez, admitían dos subtipos: aquellos que carecen de trascendencia jurídica (reglas de educación y cortesía) de los que la tienen por la remisión o referencia de una norma.

· dentro de los segundos se distinguía entre los interpretativos y aquellos que regulan una determinada situación (normativos), que se imponen con independencia de la voluntad de las partes.

Sin embargo dicha clasificación, que es la que parece orientar el ultimo inciso art. 1.3 CC, ha sido criticada por algunos como DIEZ PICAZO Y GULLON en cuanto todos los usos son sociales y, desde el punto de vista jurídico no cabe hablar de diferentes clases de usos sino de diferentes funciones que pueden desempeñar. Estas son:

- Determinar un modelo de conducta o patrón invocado por la ley como debido o permitido: suficiente juicio, buen padre de familia, etc.

- Función interpretativa e integradora: En este último sentido, el art. 1287 CC.

"**El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse.**"

- Función normativa: cuando la ley los invoca para regular una determinada materia. En esta línea destaca el art. 1258 C.C. que señala

**"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al USO y a la ley"**

En cualquier caso, en el tráfico jurídico destacan los denominados **USOS CONVENCIONALES que** DE CASTRO definía como "el modo normal de proceder en el mundo de los negocios**".** La mayoría de la doctrina consideraba que estos usos no tienen fuerza por sí mismo, sino que es necesario que la ley se remita a ellos dotándolos de fuerza vinculante.

Sin embargo, contra la opinión corriente, tras la Reforma del TP se les concede el carácter de fuente autónoma en virtud del art. 1.3, muy criticado por la doctrina: (art. 1.3)

"**Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre**"

Reseñar por último:

. el **usus fori** (procesal), o modo usual de proceder en sede judicial. Estos usos forenses no tienen eficacia normativa y sólo desempeñan una función de ayuda para la interpretación de la Ley.

. los usos parlamentarios, de enorme importancia en el Reino Unido. Nuestro TC admite su relevancia jurídica, si bien subordinada a la de los Reglamentos de las Cámaras.

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

Los principios generales del derecho se regulan en el art 1.4 del Cc, según el cual "**Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico**".

Para determinar su concepto, es necesario distinguir entre las diversas posiciones doctrinales:

- Postura iusnaturalista: Los considera como verdades jurídicas universales dictadas por la razón.

- Postura positivista: Los considera como principios derivados del derecho positivo que se obtienen por abstracción de las normas de un ordenamiento, tendencia ésta que es la dominante en Italia. **Kelsen** - Postura ecléctica, que es la seguida por la ley 4 de la Compilación Navarra y la mayoría de la doctrina moderna, que considera como PGD los naturales, los históricos y los que resultan del derecho positivo (**YO LOS DIRÍA LITERAL, QUITANDO NAVARRO** “los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones”, Ley 4)

Así, respecto a su manifestación en nuestro Derecho, entiende Albaladejo que es posible distinguir dos clases, los positivos y los extrapositivos. Estos últimos, suelen ponerse de manifiesto mediante:

- la doctrina

- la jurisprudencia, que entre otros ha consagrado principios como el de que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede ir contra sus propios actos.

Las funciones que realizan los PGD son las ss:

- Son fundamento del ordenamiento jurídico. Son ellos, "los que convierten al ordenamiento jurídico de conjunto inorgánico en unidad vital".

Los principios generales del Derecho son normas **orientadoras de la función interpretativa**. Si constituyen el fundamento mismo del ordenamiento jurídico, nada más lógico que acudir a ellos en la interpretación de las normas que integran dicho ordenamiento jurídico.

· Cuando los principios se aplican en defecto de ley y costumbre, actúan como verdadera **fuente supletoria** del derecho hasta el punto de que pueden fundar un recurso de casación “por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, art. 477 LEC (no de “ley”, como ocurría en la antigua LEC), siempre que, como ha señalado el TS, cumplan una doble exigencia:

- una de forma, al exigir que el principio se alegue como supletorio, haciéndose constar expresamente en el recurso que no hay ley ni costumbre exactamente aplicable al punto controvertido.

- otra de fondo, que consiste en que el principio esté reconocido como tal en la Ley o en la jurisprudencia, acreditándose con la cita de la Ley o de dos sentencias de las que se infiera.

**Los PGD no se confunden con la analogía iuris**. Esta última NO es un PGD sino una “técnica” para el descubrimiento y aplicación de un PGD positivo no expreso. A su vez, **analogía iuris** y legis son distintas entre sí (esta última es una simple técnica de aplicación estricta de la ley).

**LA JURISPRUDENCIA**

Afirma el art 1.6 del Cc

"**La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los PGD".**

Del contenido de este precepto, así como de las propias sentencias, se deduce que para que la doctrina a la que se refiere el art 1.6 del Cc se convierta en jurisprudencia, son necesarios los ss REQUISITOS:

\*) Que se trate de doctrina reiterada, al menos en dos sentencias. Una sola sentencia no hace jurisprudencia, salvo en DOS casos excepcionales, como señala el propio TS (en su **Acuerdo de la SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO sobre criterios de admisión de los recursos de casación** -y extraordinario por infracción procesal-):

\* Cuando se trate de **sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional**. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

\* Cuando, **a criterio de la Sala Primera del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia** en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

\*) Que tal doctrina haya sido utilizada como razón básica para adoptar la decisión (“ratio decidendi”) contenida en la sentencia. No tiene por tanto el valor de jurisprudencia las consideraciones adicionales o simplemente subsidiarias (obiter dicta).

\*) Que exista identidad entre los casos concretos decididos por las sentencias, sin que baste una mera similitud o analogía.

\*) Por último, ha de tratarse en el ámbito civil, de la doctrina emanada de la sala 1ª del TS al resolver los recursos de casación. Cuestión distinta es que:

- se pueda discutir “además” si la doctrina de la sala 1ª vincula o no a la sala 2ª y demás salas del TS.

- tratándose de derecho civil, foral o especial, el recurso de casación contra resoluciones procedentes de la comunidad autónoma en cuestión corresponda al respectivo Tribunal Superior de Justicia (cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía así lo haya previsto, art. 73 LOPJ).

**VALOR. D**esde un punto de vista doctrinal, ha sido muy discutido si la jurisprudencia es **fuente del derecho**.

Parte de la doctrina tradicional mantuvo una posición afirmativa, por entronque de la jurisprudencia con los PGD. Sin embargo, la generalidad de la doctrina moderna mantiene una postura negativa, señalando que la jurisprudencia no es fuente de derecho, sino un medio de conocimiento del mismo.

Así, desde una perspectiva legal, es claro que el legislador, en la reforma del título preliminar del Cc, renunció a considerarlo como fuente, al no estar incluido en el art 1.1 del código. La misma conclusión puede derivarse de la CE, cuyo art 117.3 y 4 establece que los tribunales tienen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin que puedan ejercer más funciones de las que tiene asignadas. Por ello, los tribunales no crean normas, sino que han de limitarse a aplicarlas. Todo por pura **COHERENCIA LÓGICA (**separación de poderes –el judicial NO es legislativo-) **y DE SISTEMA** (un sistema jurídico no puede reconocerse incompleto y al tiempo ser un “sistema”; lo que ciertamente plantea dificultades teóricas con la supletoriedad del Derecho Común en los “sistemas de fuentes” forales o especiales-).

Teniendo esto presente, el valor de la jurisprudencia se manifiesta en (aparte de su consabida **función integradora y de complemento** del ordenamiento jurídico):

a) la posibilidad de fundar un recurso de **casación** (art 477 LEC), no como “motivo” (el único motivo admisible es la infracción de “normas”, párrafo 1 del art. 477) sino como caso (siempre que “la resolución del recurso presente interés casacional”, párrafos 2 y 3 del art. 477).

b) se discute si los tribunales inferiores (distinto es el caso del propio TS) están o no vinculados a la jurisprudencia del TS. Está en juego la posibilidad de que, si un juez se aparta de la jurisprudencia del TS, pueda incurrir en delito de prevaricación (sentencia “manifiestamente injusta”). Y de contrario, la independencia judicial:

+ De LEGE DATA, los jueces no están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo, bastando con motivar su criterio para apartarse de ellas, con la sola excepción de las sentencias estimatorias de recurso de casación en interés de ley, cuyo criterio están obligados a seguir (ex art. 493 LEC).  STC, Pleno, de 19 Marzo 2012 (acuérdate porque el día 19 marzo es el día de San José)

**+ LEGE FERENDA**, a fin de reforzar el principio de seguridad jurídica y la igualdad, el frustrado Anteproyecto de Ley Orgánica Del Poder Judicial partía como novedad de la vinculación al TS, al tiempo que creaba un sistema de PREJUDICIALIDAD ante el TRIBUNAL SUPREMO (permitiendo a los Jueces preguntar al Tribunal Supremo antes de resolver el procedimiento judicial en cuyo seno se plantea la duda).

& & &

Un valor superior a la jurisprudencia del TS es el que se atribuye a la jurisprudencia del TC. Así, a juicio de Díez Picazo, esta jurisprudencia sí tiene carácter de fuente del Derecho (convendrá recordar que el TC, aunque ejerce una función jurisdiccional, art. 1 LOTC, **NO forma parte del Poder Judicial**; de ahí que su jurisprudencia **SI** pueda eventualmente tener **eficacia retroactiva**, art. 40 LOTC), aunque sólo cuando se trata de sentencias dictadas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, y ello en un doble sentido: como legislador negativo y como intérprete positivo.

- Como legislador negativo, señala el art 164.1 CE que las sentencias 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, tiene plenos efectos frente a todos.

- Como intérprete positivo, el art 5 LOPJ ordena a jueces y tribunales que interpreten y apliquen las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos.

**LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS**

En su estudio debemos distinguir un doble aspecto:

a- Su valor **RESPECTO DEL ORDENAMIENTO EN GENERAL.** Las EM de las LH de 1861 y 1869 las consideraban como Jurisprudencia, pero al discutirse el Proyecto de la LH de 1909, se consideró que la existencia de una doble jurisprudencia (la del TS y la de la DGRN) era una contradicción.

JERÓNIMO GONZÁLEZ negó tal contradicción, diciendo que las resoluciones judicia­les pertenecen a la esfera de la jurisdicción contenciosa y las calificaciones hipotecarias a la esfera de la jurisdicción voluntaria.

Aunque sea claro en la actualidad que con arreglo al Código Civil, la jurisprudencia sólo emana del Tribunal Supremo y la **DGRN es un órgano administrativo,** ello no empaña su gran importancia pues, -como decía CASTÁN-, tales resoluciones tienen un indudable valor para la interpretación de todo el Ordenamiento Jurídico-Privado por su prestigio y el peso de sus fundamentaciones.

b- En cuanto **a su valor RESPECTO DEL ORDENAMIENTO HIPOTECARIO**, tradicionalmente se venía reconociendo a las resoluciones un efecto vinculante únicamente para el caso concreto y frente al registrador contra el que se hubiera dictado la resolución. Aunque este criterio sigue siendo el defendido por autores como García García o Celestino Pardo, lo cierto es que:

- tras la LMFAOS (Ley 27 diciembre 2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), el art 327 de la LH, también retocado por la ley de 18 de nov de 2005, de reformas para el impulso de la productividad, dispone que **“Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales”.**

- A esto hay que añadir que las consultas del Consejo General del Notariado y del Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles, “**serán vinculantes para todos los notarios y registradores** (art 103 de la ley de 27 de diciembre de 2001).

Finalmente ha de advertirse que las resoluciones de la DG causaban estado en la esfera registral, no siendo susceptibles de recurso (ni admtvo ni EN VIA JUDICIAL), lo que fue criticado por posible vulneración de la tutela efectiva. Por ello:

- la ley de 27 de diciembre de 2001, tras la fallida reforma del RD de 4 de Septiembre de 1998, que fue anulada por STS de 22 de mayo de 2000, introdujo la posibilidad de recurso ante la jurisdicción civil. ***ESTAS TRES FECHAS Y SENTENCIA TIENES QUE SABERLAS PORQUE EN HIPOTECARIO APARECEN A TODAS HORAS***

- Tras la reforma operada por la Ley 18 de noviembre 2005, de reformas para el impulso a la productividad**, el recurso ante la DG es potestativo, pudiendo acudirse directamente a la jurisdicción civil (art. 324 LH).**

**- Reseñar que, conforme a la importante STS 14 enero 2015, la demanda contra la calificación del registrador  formulada en juicio verbal directo ha de dirigirse contra el registrador, único legitimado en tal caso, y NO contra la Administración, en la que se encuadra la Dirección General de los Registros y del Notariado (a quien representa y defiende el Abogado del Estado –pero solo cuando no exista recurso judicial directo-, art. 328 LH).**

**Para concluir, debe señalarse que en Cataluña rige la Ley 5/2009, de 28 de abril**, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña. Su principal especialidad, como reconoce expresamente la EM, es que el recurso gubernativo (que se interpone ante  la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas) se configura como **necesariamente previo** a la vía judicial.

**INTERPRETACION Y APLICACION DE LAS NORMAS CIVILES**

Para tratar adecuadamente esta materia, comenzaremos por la APLICACIÓN de las normas, labor que corresponde fundamentalmente a jueces y tribunales (art 117 CE), y que consiste en la individualización de lo abstracto, la adaptación de una norma a las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Hoy se entiende que la aplicación de la norma es una operación compleja, integrada por distintos pasos o momentos:

* la determinación de la existencia de la norma
* Indagación de sus sentido (interpretación)
* En algunos casos excepcionales, como veremos, es necesario modificar o corregir las normas en virtud de la equidad.
* Por último, en el supuesto de que existan lagunas legales, se ha de acudir a la analogía.

Según ALBADALEJO, la INTERPRETACIÓN es **la investigación del sentido de la norma a través de los datos y signos por los que se manifiesta.**

Toda norma requiere de su interpretación.También la clara, pese a la máxima “in claris non fit interpretatio”.

Es necesario determinar qué es lo que se interpreta (objeto) y cómo se interpreta (elementos o criterios de interpretación).

.) OBJETO DE LA INTERPRETACION. Se han suscitado diversas teorías:

- Teoría tradicional o **subjetiva**: esta posición es la sostenida por LACRUZ, para el que la interpretación ha de recaer sobre la voluntad consciente y libre del legislador(voluntas et mens legislatoris) Mens significa MENTE. Esta teoría plantea dificultad ante cuerpos legislativos colegiados, en presencia de un consenso fruto de la indefinición (ejemplo, la CE)

- Teoría moderna u **objetiva**, que hoy en día adopta la mayoría de los autores (ALBADALEJO, DIEZ PICAZO... Interesa dilucidar no lo que el legislador ha querido sino aquello que en la ley aparece como querido (mens et voluntas legis). Se señala como argumento para su sostenimiento que la ley, una vez producida, tiene existencia propia e independiente, desgajándose de la voluntad del legislador y evolucionando al compás de la realidad.

- CASTAN, se sitúa en una postura **ecléctica**, y entiende que ha de tenerse en cuenta tanto la mens legis como la mens legislatoris.

- Por último hay que destacar dos corrientes relativamente recientes, que han incidido sobre la aplicación del Derecho:

+ La jurisprudencia de intereses (HECK), en cuya virtud el objeto de la interpretación no es ni la ley, ni la voluntad del legislador, sino los intereses que se derivan de la norma.

+ La Escuela libre del Derecho, para la que la interpretación es un acto de voluntad y no de conocimiento, por la que el Juez la proyecta como estime conveniente.

.) ELEMENTOS O CRITERIOS DE LA INTERPRETACION. Algunos como DIEZ PICAZO entienden que los Códigos no deben establecer reglas de interpretación, pues ésta es una actividad reservada a los intérpretes. Sin embargo, la mayoría entienden que es aconsejable, en la medida en que permite unificar los instrumentos de interpretación.

En cualquier caso, tras la reforma del Título preliminar, según el art. 3.1 C.C.:

"**Las normas se interpretarán según (1) el sentido propio de sus palabras, (2) en relación al contexto, (3) los antecedentes históricos y legislativos, (4) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, (5) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.**"

· HERNANDEZ GIL entiende que estamos ante una norma imperativa cuya infracción podría dar lugar al recurso de casación (cita no aislada, sino en apoyo de otro precepto, de carácter sustantivo).

· DE CASTRO, DIEZ PICAZO y LACRUZ, entre otros, entienden que se trata más bien de un precepto dispositivo.

Del precepto citado se deducen los medios de que se puede servir el intérprete:

- Elemento gramatical, en cuanto ha de obtenerse el significado de las palabras expresadas.

- Elemento sistemático que, como expresión de la unidad del ordenamiento jurídico, permite relacionar 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.

- Elemento histórico. DIEZ PICAZO considera que se ha de atender a

· Por un lado a los precedentes históricos, tanto próximos como remotos (así el Derecho romano, germánico y canónico)

· Por otro los precedentes legislativos, es decir los trabajos preparatorios de las comisiones, discusiones parlamentarias, anteproyectos, etc...

- Elemento sociológico que permite que la ley evolucione al compás de la realidad social, ya que pueden haber cambiado los presupuestos existentes en el momento de su promulgación. No obstante, tiene el riesgo del relativismo y la inseguridad jurídica.

- Elemento lógico o teleológico, en virtud del cual ha de atenderse al espíritu y finalidad de la norma, evitando el puro literalismo. Señalar que para muchos autores, este no es realmente un elemento de interpretación, sino su propia finalidad.

.) CLASES DE INTERPRETACION. Sin perjuicio de su clasificación en virtud del elemento o medio utilizado, se suelen distinguirse atendiendo a dos criterios:

- **Por la persona que la realiza**:

· Interpretación auténtica: la realiza el propio legislador, autor de la norma, a través de otra norma posterior (interpretativa).

· Interpretación judicial que, como su nombre indica realizan los Jueces y Tribunales,

· Interpretación cautelar, que realizan los Notarios a quienes se reclame su ministerio para prevenir posibles conflictos (art. 1 RN)

· Interpretación doctrinal: es la derivada de las opiniones de los tratadistas y autores.

**- Según los efectos de la interpretación, se distinguen**

\* La interpretación declarativa, cuando el sentido coincide con el texto de la ley.

\* Interpretación correctiva, cuando se rectifica la letra de la ley para que concuerde con su sentido. Puede ser:

· Extensiva : si el sentido es más amplio que la letra

· Restrictiva : si el sentido es más restrictivo que la letra.

· La interpretación abrogante es la que conduce a negar la validez de la norma por ser incompatible con el ordenamiento. No es verdadera interpretación.

**LA EQUIDAD**

El art. 3.2 C.C. establece que:

"**La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.**"

PUIG BRUTAU define la equidad como "la solución justa de un caso determinado". No es fuente del derecho, sino un instrumento de aplicación del mismo en cuya virtud:

· Se mitiga el rigor de la ley y su tenor literal (templado por la humanitas, pietas o benignitas) y se atiende a las circunstancias del caso.

· En otras ocasiones, como deriva del propio art. 3.2, sirve para resolver un supuesto concreto, siempre y cuando la propia ley lo establezca. Así, el juicio de equidad en la LPH (art. 17), los arts. 1154 (el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor) y 1690 (si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad)

**LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGIA**

Puede suceder que un supuesto de hecho concreto no esté contemplado por una norma jurídica. Se dice entonces que estamos ante un vacío legal o una laguna, cuyo análisis ha de partir de dos premisas:

- La prohibición del NON LIQUET. En este sentido, el art. 1.7. C.C. establece que:

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

- Principio de **autosuficiencia** del ordenamiento jurídico: ante las lagunas de leyes, el sistema jurídico ofrece al intérprete un instrumento para suplir el vacío legal: la integración, que reviste dos modalidades:

· Autointegración: cuando se acude al mismo ordenamiento jurídico. Destaca, en este ámbito, la analogía legis en la que nos vamos a detener (art. 4 C.C.) y el recurso, como fuentes de segundo orden, a la costumbre y a los principios generales del Derecho.

· Heterointegración: cuando se recurre a otros elementos fuera del ordenamiento, como:

+ los argumentos a contrario, el Derecho natural, la libre actividad del Juez (así, cabe destacar que el art 1 del CC Suizo de 1907 establece que a falta de disposición aplicable y de costumbre, el juez juzgará conforme a las reglas que hubiese establecido si fuese legislador).

+ El Dº Supletorio. Un caso particularmente curioso el de Navarra, donde **e**l Código Civil y las Leyes generales de España son “Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1; **y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos“ (Ley 5)**

Entrando ya en el estudio de la analogía legis, según el art. 4.1 C.C.:

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

El procedimiento analógico no es fuente del Derecho sino una técnica de aplicación estricta de la ley. Conviene distinguir con otras figuras:

- La denominada analogía **iuris** que no es más que un modo de obtención de los principios generales del Derecho por abstracción de varias normas particulares (ya sabes, la ANALOGIA NO ES UN PGD SINO UNA TECNICA PARA SU AVERIGUACIÓN)

- La interpretación extensiva ya que ésta comprende casos no previstos en la letra de la ley pero sí en su espíritu, mientras que la analogía legis extiende dicha ley a supuestos semejantes no previstos ni en su letra ni en su espíritu.

Suelen señalarse tres **requisitos**

- Existencia de laguna legal.

- Que haya identidad de razón o igualdad jurídica esencial entre el supuesto previsto en la norma y el que se trata de resolver

- Que no exista prohibición legal. Con carácter general, el art. 4.2 C.C. establece que:

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

Tras la reforma del título preliminar, señala LACRUZ que, aunque el orden de prelación de fuentes no se altera, la analogía juega un importante papel en el mismo:

· Primero se aplicará la ley, bien directamente, bien indirectamente mediante la analogía legis.

· Después se aplicará la costumbre (art. 1.3 C.C.)

· Por último, los principios generales del Derecho a través EN SU CASO (recuerda que la Analogia Legis solo sirve para extraer PGD positivos no expresados –no otro tipo de PGD, de orden natural o expresos-)de la analogía iuris o de los textos donde se encuentren recogidos (por ejemplo, la Constitución –¿Ves? Aquí se trata de PGD positivos EXPRESADOS-).