

Tema 1. El derecho

1. Concepto de derecho.

En una primera aproximación, el Derecho de la unidad política se nos muestra como el conjunto de reglas de conducta externa del sujeto, en sus relaciones con los demás, enunciadas por los órganos competentes e impuestas coactivamente a los ciudadanos. Para España, tales reglas emanan, según la Constitución y el artículo 1º de nuestro código civil, de la potestad del Estado, de la conducta uniforme de la gente (costumbre), y de las ideas directrices de las otras fuentes y la ética común (principios generales del derecho).

Generalmente los autores, al definir el Derecho, lo consideran como realización del valor <<justicia>>

Pero al hablar así se invierten a veces los respectivos valores de la Justicia y la regla jurídica. No se trata de que esta regla sea siempre expresión de un principio de Justicia. Puede serlo y desde luego nunca debe ordenar nada injusto; pero lo mas corriente es que las reglas jurídicas disciplinen materias contingentes. Las reglas jurídicas constituyen determinaciones arbitrarias, fundadas en consideraciones prácticas y dirigidas a dar seguridad a los derechos y proyectos de cada uno y evitar la colisión de las conductas individuales.

2. El Derecho natural y el Derecho positivo.

El Derecho natural: Defendido por varias escuelas filosóficas que entienden que hay unas reglas no escritas, pero de algún modo eficaces, que se reducen sin más de la naturaleza humana, porque se hallan impresas en el fondo de nuestras conciencias. Es una instancia superior e invariable. La Constitución española contiene juicios de valor que no podrían formularse sin la existencia de un <<Derecho natural antecedente>>.

El derecho positivo: es el aceptado desde la perspectiva del Derecho natural, puede ser injusto. Pero no desaparece su vigencia ni la posibilidad de imponerla. El Derecho positivo niega la existencia del derecho natural.

3. Derecho público y Derecho privado.

En cualquier país, el poder público se ocupa de la gestión de los intereses colectivos. Los ciudadanos llevan una vida particular de ellos, y no del Estado. A partir de esta distinción podemos imaginar que, en un país donde el individuo tenga derechos en cuanto tal, y no sólo en cuanto mera célula del Estado, estos dos órdenes de situaciones y actividades, las de << el poder público>> y <<el particular>>, tengan una normativa adecuada a la naturaleza de cada una, y por tanto distinta. Se distingue así entre Derecho público y Derecho privado.

Tema 2. La Constitución española

1. La Constitución española de 1978: Principios generales sobre la organización del estado. Las comunidades Autónomas.

La Constitución es el texto legal supremo que contiene el programa de la vida en común de los españoles, la relación de los derechos individuales primarios de cada uno y el esquema del aparato político y su funcionamiento. Según su artículo 1º-1: *España se constituye en un estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia la igualdad y el pluralismo político.*

Un Estado. La doctrina clásica construye el concepto de Estado a partir de tres elementos: el territorio, la

población que vive en él, y la soberanía.

El Estado de Derecho es un modelo de Estado en el cual el poder está sometido a la ley que dicta la representación nacional.

El Estado se organiza en varios niveles: municipios y provincias, y las Comunidades Autónomas.

El Artículo 2º de la Constitución consagra la unidad de la Nación española pero, al mismo tiempo, garantiza <<el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas>>.

Cada Comunidad Autónoma está dotada de un Estatuto de Autonomía que es, después de la Constitución, la principal norma de la Comunidad.

2.La corona.

A tenor del Artículo 56-1 de la Constitución *el rey es el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones: asume la más alta representación del estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.*

La corona es hereditaria: la sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación

3.La división de poderes y su ordenamiento constitucional.

Según el artículo 1º-2 de la Constitución, *la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.* Estos poderes, según la Constitución, se hallan divididos en el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

Según el artículo 1º-3 de la Constitución, *la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.* En la que juegan, por consiguiente, cuatro piezas: los tres poderes clásicos y la Corona.

- El poder legislativo. Corresponde al Parlamento, que en el sistema español se denomina cortes generales. Esta formado por dos cámaras: el Congreso de los diputados y el Senado. Ejercen la potestad legislativa del Estado. Ambas Cámaras funcionan en pleno y por Comisiones, en las que cabe delegar la aprobación de las leyes ordinarias, salvo el Presupuesto del Estado.
- El poder ejecutivo. Está atribuido al Gobierno que, según el artículo 97 de la Constitución, dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.
- El poder judicial. Se le supone sin voluntad propia y sólo dedicado a aplicar y hacer efectiva la norma jurídica.

Tema 3. El Derecho Civil

1.Su concepto.

El Derecho privado es el que regula las relaciones entre particulares, digamos ahora que el Derecho civil es el Derecho privado general, esto es, aquella parte del Derecho privado que no ha sido asumida por un ordenamiento especializado, como el mercantil o el laboral.

Sin embargo, la equivalencia entre Derecho civil y Derecho privado no es absoluta. El actual Derecho civil tiene un contenido residual, y que, en última instancia, admite sólo una definición negativa (es la parte del

Derecho que regula las materias no reguladas en otras ramas jurídicas), o descriptiva (es la parte del Derecho que regula la persona, la familia, el patrimonio –Derechos reales y de obligaciones–, y la sucesión hereditaria).

2. Formación del Derecho civil: especial referencia al Derecho romano.

En Roma, donde nace la expresión <<Derecho civil>> (ius civile), éste llega con el tiempo a comprender todo el sistema jurídico: el total sistema romano–bizantino de la última época, cuya recopilación se vino a denominar en la edad media Corpus iuris civilis.

3. La desintegración del Derecho privado y los denominados Derechos especiales: referencia al Derecho mercantil y al Derecho laboral.

El Derecho especial se denomina así por cierta singularidad de su materia, que requiere regulación *ad hoc*, gobernada por principios propios y distintos –aunque no opuestos– a los del Derecho general. Mas sus disposiciones pueden ser de gran generalidad (cada Derecho especial puede ser general en relación a otro de ámbito más restringido), y no se oponen necesariamente a una general contraria (que acaso no exista).

El Derecho mercantil no regula la generalidad de las relaciones privadas, sino, especialmente, las nacidas del tráfico mercantil, y además, no constituye un ordenamiento completo, sino que viene suplido por la Constitución artículos 2 y 50). Sin perjuicio de extenderse a una materia social y a una capa de ciudadanos amplísima y muy importante, y de que sus disposiciones, por lo general, no sean contrarias a las del Derecho civil, sino distintas.

A principios del presente siglo, como consecuencia de la revolución industrial, la concentración de una copiosa clase obrera en las ciudades, y el sindicalismo, surge el Derecho del trabajo, nacido en torno a la negociación colectiva y extendido luego a ámbitos mercantiles, administrativos o políticos (seguridad social, seguridad e higiene del trabajo, relaciones y conflictos laborales, sindicatos), con establecimiento de una propia jurisdicción y de órganos administrativos y laborales de intervención en el nacimiento y desarrollo de la relación de trabajo, en la empresa y en la economía nacional.

4. El Derecho civil español: el fenómeno del Derecho foral. Derecho estatal y Derechos autonómicos.

En España no hay un único Derecho civil, sino que hay una pluralidad de Derechos civiles españoles. Esta pluralidad se explica históricamente por la existencia de distintos territorios que fueron independientes, cada uno con su propio ordenamiento jurídico. La unidad política de nuestro país a principios de la edad moderna no supuso la unidad jurídica, y hasta hoy se ha mantenido la diversidad en materia jurídico–privada. Ni siquiera cuando se aprueba el Código civil español en 1889, que pretendía unificar y sistematizar todo el Derecho civil, se derogan los Derechos forales, es decir, los Derechos civiles de cada territorio. El Código civil, que recoge sustancialmente el Derecho civil castellano, respeta la vigencia de los Derechos forales en aquellos territorios en los que estuvieran vigentes.

Entre los años 1959 a 1973 se aprobaron, mediante leyes estatales, las compilaciones de Derecho civil de Vizcaya, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra. Las compilaciones recogían el Derecho civil propio de cada una de estas regiones como un Derecho especial frente al Código civil. El núcleo fundamental de las compilaciones consistía en la regulación de los aspectos patrimoniales de la familia y los Derechos de sucesiones (relativos al destino de los bienes de una persona después de su muerte).

La Constitución española en el artículo 149.1.8ª permite a las Comunidades Autónomas en las que existiera en el momento de entrar en vigor la Constitución un Derecho civil foral o especial, asumir competencias para su <<conservación, modificación y desarrollo>>. En la práctica todos los Estatutos de Autonomía de las comunidades conocidamente forales han asumido la competencia exclusiva sobre su propio Derecho civil.

La situación actual puede resumirse de la siguiente forma:

- Algunas Comunidades (las forales) pueden legislar sobre su propio Derecho civil, porque lo permiten la Constitución y sus Estatutos de Autonomía. El Estado carece de toda competencia para legislar sobre ese Derecho civil foral o especial. Existe, además, un Derecho autonómico civil no foral, tanto en las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil como en las demás.
- La competencia para legislar sobre determinadas materias de Derecho civil previstas en la Constitución sólo corresponde al Estado, en todo caso, sea cual sea la competencia de la Comunidad Autónoma sobre su propio Derecho civil.
- El Estado tiene competencia para legislar sobre cualquier materia de Derecho civil, porque no todas las Comunidades tienen competencia sobre Derecho civil. Estas normas de Derecho civil estatal se aplican a todo el territorio nacional. De manera directa, cuando la Comunidad correspondiente no tenga competencias sobre Derecho civil.

El principal texto del Derecho civil español es el Código civil.

Tema 4. El Código civil español.

1.El Código civil español: estructura y contenido.

Un código es un sistema de reglas orgánicamente subordinadas y coordinadas, con pretensiones de generalidad y plenitud, agrupadas por institutos y redactadas en forma escueta y concisa. Fundado el código en un conjunto reducido de principios generales, de los que derivan otros más específicos, con él se entiende poder resolver todas las cuestiones imaginables, ahora y en adelante.

La codificación civil en España sufrió un retraso respecto de otros países de nuestro entorno, fundamentalmente porque los distintos proyectos elaborados hacían tabla rasa de los Derechos forales, lo que provocaba el rechazo de los juristas de los distintos territorios con un Derecho civil propio. La edición definitiva del código civil se publicó en julio de 1889.

El código civil español consta de 1776 artículos, divididos en un Título Preliminar (*De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*) y cuatro libros (el 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 los contratos*). El artículo 1776 contiene la disposición final derogatoria de todos los cuerpos del antiguo Derecho civil de Castilla: *Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y 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.*

2.Disposiciones modificativas del Código: Examen de las principales. Legislación civil no codificada.

Desde su publicación, el Código civil ha sido objeto de diversas modificaciones, fundamentalmente en materia de Derecho de la persona y en especial después de la promulgación de la Constitución de 1978, para adaptarlo a principios constitucionales (en materia de matrimonio y filiación, principio de igualdad, libertad e igualdad en el matrimonio, protección de la familia e igualdad de los hijos).

Aunque el Código civil regula las principales instituciones del Derecho civil, también hay normas de derecho civil en leyes al margen del Código: las leyes hipotecaria, del Registro civil, de arrendamientos rústicos y urbanos, de propiedad horizontal, de aguas, de minas, propiedad intelectual, de consumidores y usuarios, de ventas fuera de establecimiento, de viajes combinados, de condiciones generales de la contratación, etc. Las razones que explican la existencia de leyes de Derecho civil fuera del Código no son siempre las mismas. Algunas de ellas se refieren a materias que fueron reguladas en una ley especial, antes de la promulgación del

Código civil y que necesitaban una disciplina moderna que no podía esperar a la codificación (hipotecaria, minas, aguas). El Código civil no las derogó y las regulaciones posteriores sobre estas materias también se han mantenido al margen del Código civil. Otras leyes se han dictado para regular materias que se apartan de la concepción del legislador de la época de la codificación (propiedad horizontal, arrendamientos) o que requieren un mayor detalle, a la vista de su desarrollo social práctico (personas jurídicas: asociaciones, fundaciones, cooperativas). Otras disciplinan problemas que no existían en el momento de la codificación (protección del consumidor). La mayoría de ellas comprenden un conjunto de normas sobre determinada materia en el que, junto a la legislación civil, hay Derecho administrativo y procesal.

3.El Código civil como Derecho común.

El Código civil es el cuerpo de normas fundamentales, es el Derecho de todos los privados, común para todos.

Además de la importancia del Código, sus disposiciones se aplican como supletorias en las materias reguladas por otras leyes, como dice el Artículo 4.3 *Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias por otras leyes*. La supletoriedad del Código se da en las materias de Derecho civil reguladas por otras leyes (arrendamientos, condiciones generales de la contratación ...), pero también en las materias de Derecho privado especializado, e, incluso, en ramas jurídicas que se consideran hoy Derecho público pero en las que se presentan conflictos de intereses semejantes a los de privado.

4.El Derecho civil en la Constitución.

Las directrices políticas más elementales, y desde luego vinculantes para el legislador y el juez, son las tratadas por la Constitución. La Constitución es una ley directamente aplicable en muchos casos; representa un principio superior a tener en cuenta en la interpretación de las otras leyes; y entraña también en no pocos de sus aspectos, un mandato al legislador.

En relación al Derecho civil tiene especial importancia lo siguiente:

- El artículo 1º de la Constitución propone como <<valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad>>.
- El artículo 2º, a la vez que garantiza el derecho de los territorios a la autonomía, afirma <<la indisoluble unidad de la nación española>>.
- Según el artículo 9º.3, <<la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas y 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>>.
- El artículo 10 considera fundamentos del orden político (incluido en él, por el supuesto, el Derecho privado) <<la dignidad de la persona, los derechos inviolables que son los inherentes, el libre desarrollo de la personalidad>>.
- El artículo 11 establece directrices en tema de nacionalidad.
- El artículo 12 regula la mayoría de edad.
- El artículo 13, la extranjería.
- El artículo 14, la igualdad de los españoles ante la ley: se invoca habitualmente para rechazar cualquier discriminación por razón de sexo.
- El artículo 15 afirma el derecho a la vida; el artículo 16 la libertad ideológica y el artículo 17 el derecho a la libertad personal.
- El artículo 18, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen. La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, por lo que es fundamental para la regulación y el estudio de los derechos de la personalidad.
- Los artículos siguientes reconocen derechos que inciden en las correspondientes zonas del ordenamiento civil: la libertad de residencia, de difusión de las ideas y creaciones intelectuales (Art. 20); derechos de

asociación (Art. 22) y fundación (Art. 34); pretensión de la tutela de los <<derechos e intereses legítimos>> (Art. 24).

- Sobre Derecho de familia versan los importantísimos artículos 32 y 39.
- El artículo 33 reconoce el derecho a la herencia.
- El propio artículo 33 reconoce y matiza el derecho a la propiedad privada en atención a su función social. El artículo 132 trata de los bienes de dominio público.
- El artículo 38, fundamental para el Derecho privado patrimonial, <<reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado>>, lo cual supone optar por un modelo de sociedad. Matiza este precepto el artículo 128.
- Diversos preceptos del título VIII son esenciales para la regulación de los Derechos forales y las fuentes del Derecho.
- Igualmente esenciales son, para el tratamiento de las fuentes, los títulos III y IV.
- Sobre responsabilidad del Estado, los artículos 106 y 121.

Tema 5. La norma jurídica.

1.Derecho objetivo y ordenamiento jurídico. La Constitución española y valor normativo de ésta.

Las fuentes del Derecho son los medios de exteriorización de la norma: los instrumentos a través de los cuales ésta nace y se da a conocer.

La base de nuestro de nuestro Ordenamiento es la Constitución española de 1978. se trata de la primera y principal norma, jurídica, que no sólo enumera los derechos sustanciales de la persona y dibuja el régimen político, sino que define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo las que se ajustan a sus prescripciones sirven como tales.

El artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye al estado como competencia exclusiva <<la determinación de las fuentes del Derecho>>. Es decir, la competencia exclusiva del Estado sobre fuentes quedan excluidas las normas de Derecho foral o especial, sobre determinación de fuentes. Esas normas se refieren a las fuentes en los Derechos forales, y su determinación y regulación corresponde a la respectiva Comunidad Autónoma con competencia para la <<conservación, modificación y desarrollo>> de su Derecho civil foral o especial.

El precepto estatal que enumera las fuentes del Derecho es el artículo 1º del Código civil

1. las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

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

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

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

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

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

6. *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. *Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido.*

La constitución es una norma jurídica directamente aplicable por si misma, y sus preceptos pueden alegarse ante los Tribunales. Artículo 9º.1 de la Constitución *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.* La Ley Orgánica del Poder Judicial ha señalado las consecuencias de esta sujeción de todos a la Constitución *la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales.*

Las leyes posteriores a la Constitución deben ajustarse a ella, la ley que no lo hace es inconstitucional, a instancia de parte legítima, el Tribunal Constitucional, que tiene el monopolio de estas decisiones.

La Constitución tiene eficacia derogatoria respecto de las leyes anteriores apuesto a lo establecido en la misma. Es un problema de falta de vigencia y no de inconstitucionalidad.

Finalmente, la Constitución coordina e inspira la interpretación de todas las leyes: si el Ordenamiento es una estructura lógica dotada de sentido, siendo la Constitución la cumbre del ordenamiento, debe ser guía del entendimiento de todas las otras normas, que de tal ordenamiento forman parte en posición subordinada.

2. La norma jurídica: concepto y caracteres.

De derecho se habla en dos sentidos. Derecho como facultad, el llamado Derecho subjetivo *Yo tengo derecho a jubilarme voluntariamente con tal pensión.*, Pero si el legislador determina las condiciones esta estableciendo normas es el Derecho objetivo.

La norma se caracteriza por ser abstracta y general, esto es, planteando una hipótesis y estableciendo una consecuencia que se producirá siempre que se dé la hipótesis. La norma está dictada con abstracción de cualquier persona.

Por falta de abstracción y generalidad, no son normas en sentido estricto las que contienen disposiciones relativas a una persona concreta ni tampoco, en el Derecho español, las sentencias judiciales.

Consecuencia de la abstracción y generalidad de la norma es que ésta no es un producto de la voluntad unánime de todos los afectados por ella. La norma rige y es operante también frente a aquellos cuyos intereses lesiona o cuyas prerrogativas suprime, y lo mismo las normas de rango inferior, salvo que choquen con derechos o situaciones establecidos por una ley.

Otro carácter de la norma positiva es tanto en cuanto manada algo imperativamente en su coactividad. Las normas son tales cuando en algún modo su observancia puede ser impuesta por la fuerza a quienes se resisten a aceptarlas. Una fuerza puesta en acción por una voluntad superior, la del imperante, frente a la voluntad remisa del imperado. Sin la posibilidad de que la ley sea no propuesta, sino impuesta a los sometidos a ella, no hay propio Derecho positivo.

3. Clases de normas jurídicas. Normas de Derecho imperativo y de Derecho dispositivo.

No toda norma obliga de igual modo; unas imponen determinada conducta activa o pasiva (mandatos o prohibiciones) sin dejar lugar a la autorregulación del sujeto y se llaman imperativas, como las que en el Código Civil señalan plazos de caducidad o prohíben el contrato sucesorio; mientras otras rigen a falta de esa

autorregulación, y se llaman de Derecho dispositivo, porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual; por ejemplo, en las que señalan las obligaciones de comprador y vendedor en la compraventa.

La distinción entre ambas clases de normas no siempre es fácil: la naturaleza de la materia regulada (en particular, si interesa o no al orden público o a las buenas costumbres) y los antecedentes históricos habrán de cooperar en lo que no alcance el tenor del texto. Expresado en el artículo 1255 del Código civil *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*

A la distinción entre leyes imperativas y dispositivas apunta el artículo 6º-2 del Código civil *la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.* En la duda, es de suponer que la norma se tendrá por dispositiva.

Tema 6. Las Fuentes del Derecho.

1.Fuente en sentido material y fuente en sentido formal.

Cuando el artículo 1º del código civil habla de ley, se está refiriendo a la norma expresa emanada del poder público, y que se da a conocer por escrito. Las normas estatales solo entran en vigor una vez publicadas en el periódico oficial.

Una división entre las distintas clases de normas pasa por el poder estatal del cual proceden: el quipo legislativo o el ejecutivo. De aquél emanan las leyes en su sentido más estricto; de éste, las otras disposiciones. Distinción entre ley y disposiciones de rango inferior: el decreto y la orden ministerial.

La distinción entre reglas en sentido meramente formal y las reglas en sentido material. Todas las reglas jurídicas lo son formalmente, sea cualquiera su contenido; pero unas contienen actos singulares, no extensivos a la generalidad de los ciudadanos, y a éstas se les llama *reglas meramente formales*; mientras que a las reglas que tienen un contenido referido a la generalidad, se les denomina reglas en sentido material. Por ejemplo, una ley votada en las Cortes para conceder una pensión extraordinaria no constituye una disposición normativa; no es ley en sentido material por cuanto no contiene normas generales aplicables a todos los ciudadanos que llenen las condiciones previstas en ellas.

2.La enumeración jerárquica de las fuentes: el artículo 1º del Código civil.

El artículo 1º.1 del Código determina: *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.* No todos los sectores del ordenamiento admiten como fuente del Derecho todas las mencionadas en el artículo 1º del Código civil. Por ejemplo, en Derecho penal rige de manera estricta el principio de legalidad, y no puede admitirse la configuración de delitos por medio de la costumbre o de principios generales el Derecho. En segundo lugar, debe recordarse cómo los Derechos civiles forales tienen normas sobre fuentes que son aplicables en el ámbito de su propio Derecho civil. En ellas, aunque se enumeran las mismas fuentes no siempre se hace con el mismo orden que el Código y debe tenerse en cuenta que la Comunidad correspondiente podría establecer un sistema de fuentes distinto, porque tiene competencias para ello.

Según el artículo 1º del Código

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

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

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

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

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

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

6. 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. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Las fuentes valen precisamente en este orden: primero la ley; faltando ley aplicable al caso, la costumbre; y en último lugar los principios. La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, y los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre.

3.La ley: significados de la expresión. La ley en sentido estricto: sus requisitos.

La ley es la norma jurídica que emana del Estado. Este es, por tanto, la primera fuente del Derecho.

Sin embargo, como el Estado español es un Estado de las Autonomías, dentro de él existen diversas entidades que tienen el poder de legislar; pero sólo podrá legislar la entidad que sea competente por razón de la materia. Sin embargo, tanto las normas emanadas del Estado central, como de las Comunidades Autónomas, son leyes, en el sentido de que se trata de normas que emanan del poder estatal.

Así, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado Central, y sólo de él pueden emanar leyes penales. En cambio, si una Comunidad Autónoma ha asumido, en su Estatuto, la correspondiente competencia, sólo ella podrá legislar sobre sus propias instituciones (Gobierno o Parlamento autonómico). Tanto en un caso como en otro, la norma emanada de la entidad que no es competente para legislar en esa materia carece de validez.

La norma escrita puede proceder del poder legislativo y del ejecutivo. Las primeras son leyes en sentido estricto, a las que se asimilan algunas disposiciones del poder ejecutivo en casos especiales regulados por la Constitución, y que anticipadamente tienen el refrendo del parlamento.

Tales leyes en sentido estricto son:

- Las leyes orgánicas.
- Las leyes ordinarias.
- La legislación delegada y la de urgencia.

La superioridad de la ley en sentido estricto sobre las simples normas viene proclamada por el artículo 9.3º de la Constitución y el artículo 1.º-2 Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La Administración no puede dictar disposiciones contrarias a las leyes, ni regular, salvo autorización

expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes, siendo nulas las disposiciones administrativas que infrinjan tales prohibiciones.

4. Orden jerárquico de las leyes. Leyes orgánicas y leyes ordinarias. Legislación delegada y de urgencia.

Entre las diversas clases de normas existe un orden de preferencia o jerarquía. La fuente primera del Derecho es la Constitución. Vienen a continuación, formando el grupo de normas primarias, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las disposiciones asimiladas a ellas y los tratados internacionales. Finalmente, las llamadas normas secundarias se agrupan y ordenan según la autoridad de que proceden y su procedimiento de elaboración: primer los Reales Decretos; segundo, las órdenes ministeriales.

- Las leyes orgánicas son las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de autonomía y el régimen electoral general, y las demás previstas en la Constitución. Se caracterizan porque su aprobación, modificación o derogación exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.
- Las leyes ordinarias: las leyes no orgánicas –leyes ordinarias– podrán ser aprobadas por mayoría de los presentes en cada Cámara, y éstas podrán delegar su aprobación en las Comisiones legislativas permanentes; así como en el poder legislativo. Los Códigos son ley ordinaria; en cuanto al Código civil hay que notar su valor de fondo común de las restantes leyes que regulan instituciones relacionadas o relacionables con las civiles y de fuente por excelencia de principios generales del Derecho, como se afirma en el artículo 4.º–3 *Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.*
- La legislación delegada y la de urgencia: en ciertos casos el poder ejecutivo hace de legislador de atribuciones sustitutorias y extraordinarias, sea en virtud de una delegación del poder legislativo, o de la urgencia de del caso. Ambas clases de decretos tienen la misma eficacia que cualquier ley ordinaria, y pueden modificar las leyes de esta índole.
- Decretos legislativos: las cortes generales podrán delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, sobre materias determinadas. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa, para materia concreta, y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. Son manifestaciones de la delegación legislativa, las leyes de bases en las que el parlamento señala unas orientaciones y directrices, a fin de que el Gobierno redacte los textos legales que por su extensión y complejidad requieren mayor reflexión t técnica.
- Decretos leyes; en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos–leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general. Tales disposiciones habrán de someterse al Congreso, de manera que pueda pronunciarse sobre su convalidación o derogación dentro de los treinta días a partir de la promulgación.

5. Las fuentes del Derecho comunitario.

El Derecho de las Comunidades Europeas está vigente en España y para los españoles en concurrencia con el Derecho estatal español, con el que mantiene complejas relaciones.

El Derecho originario o primario (los Tratados) se incorpora al Derecho interno al igual que los demás tratados, Mediante su publicación en el **BOE**.

Es característico de las normas comunitarias secundarias o derivadas la eficacia directa de muchas de ellas, es decir, que su eficacia en el orden interno no exige una actividad normativa complementaria de los órganos estatales. Además de los reglamentos, pueden tener eficacia directa algunas normas contenidas en los tratados

originarios, así como en ciertas directivas, decisiones y tratados concluidos por la Comunidad.

El reglamento tiene alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada uno de los estados miembros.

La directiva obliga al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Es el instrumento fundamental para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros.

Tema 7. Las fuentes del Derecho (continuación). La jurisprudencia.

1. La costumbre: concepto y requisitos. Clases. Los usos jurídicos.

La costumbre consiste en una conducta generalmente observada en un lugar, comarca o territorio durante largo tiempo. La convicción jurídica antecedente con que se realizan los actos, es esencial para la existencia de la regla consuetudinaria: que quien observa una conducta en obediencia con a una costumbre, considere que está haciendo algo jurídicamente obligado, es decir, actúe en la idea de estar ajustándose a una norma jurídica.

Según el artículo 1.º-3 del Código civil *la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada*. El Código no define la costumbre ni define sus requisitos: tradicionalmente se entiende que la costumbre ha de ser pública y manifiesta, continuada por un tiempo razonable; no contradicha o discutida, no opuesta al Derecho natural, el orden público o la moral corriente y general, es decir, practicada con la adecuada frecuencia por una determinada clase de personas.

La costumbre rige en el territorio donde se practica, desde una aldea a una región entera o todo el país.

El artículo 2.º-2 afirma *las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado*. En este artículo parece excluir la vigencia de la costumbre contra la ley.

El artículo 1.º-3 del Código civil afirma *la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada*.

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

Tales usos no suponen que se presuma la voluntad del obligado en orden a la conducta que imponen, sino que, igual que las reglas del Código civil constituyen una fuente del Derecho con la misma fuerza de obligar que la ley, y son generalmente de Derecho dispositivo.

El artículo 1287 del Código civil *el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para entender las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*. Alude a otro género de uso, es decir, al interpretativo: no una norma supletoria que señala como ha de procederse en defecto de pacto expreso, sino un indicio de cuál es la voluntad del contratante.

2. Los principios generales del Derecho. Su concepto. Funciones que desempeñan.

El Derecho español, a través de los principios generales del Derecho, mencionados en el artículo 1.º-4 del Código civil, es también norma positiva en aquellas materias necesitadas de regulación que no la hallen en la

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

Normalmente, los principios generales no se manifestarán con independencia de la ley o la costumbre, sino que se hallan y serán descubiertos dentro de ellas.

En última instancia, tras los principios generales se oculta la necesidad de autorizar al juez para encontrar la solución del caso, a falta de ley, en vista de las circunstancias y las orientaciones legales generales, con arreglo a la razón.

3. La jurisprudencia: su concepto y valor.

Por jurisprudencia se entiende los pronunciamientos o sentencias de los tribunales en cuanto deciden puntos de Derecho, y por tanto con valor de precedente. En el Derecho civil se suele hablar de la jurisprudencia refiriéndose a la sala 1ª del Tribunal Supremo, única que sirve de fundamento al recurso de casación.

La jurisprudencia no es fuente del Derecho. El artículo 1.º-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*.

La jurisprudencia es una norma probable. El Tribunal Supremo en sus sentencias, propone a veces soluciones antes desconocidas y a través de la repetición de soluciones traza líneas maestras de instituciones mal pergeñadas en la ley, resuelve dudas de interpretación de preceptos legales, etc.

La jurisprudencia civil y laboral del Tribunal Supremo muestra un importante punto de coincidencia con la legislación, porque declarando el sentido de una ley, esta doctrina de una sala se puede alegar ante ella en casación contra resoluciones del tribunal inferior que la desconozcan, a fin de que hay infracción de la jurisprudencia y pronuncie nueva sentencia aplicándola.

Cuando el recurso de casación se interponga contra resoluciones de tribunales con sede en una Comunidad Autónoma por infracción de las normas se puede alegar que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de ese Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma.

Tema 8. Interpretación y aplicación de las normas.

1. La aplicación de las normas.

Toda norma jurídica se compone de un supuesto de hecho, y de una consecuencia jurídica, que se aplica cuando se produce en la realidad ese supuesto de hecho.

Así, el artículo 657 del Código civil establece que *los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*. El supuesto de hecho será o consistirá en que una persona muera; y la consecuencia jurídica, que los derechos a su sucesión se transmiten desde el momento de su muerte.

Por tanto, para aplicar una norma jurídica a un caso real, es preciso averiguar cual es el supuesto de hecho de la norma, con el fin de determinar si se ajusta al supuesto real; y cual es la consecuencia jurídica que establece. A este proceso de averiguación se le denomina interpretación. Es un proceso mediante el cual se determina que quiere decir la norma.

2. La interpretación: concepto. Elementos de interpretación. Clases de interpretación, según sus resultados y según su autor.

Interpretar una ley consiste en explicar su sentido frente a un caso concreto; declarar cuál es, puesta la ley en contacto con la realidad, el resultado práctico del mensaje que contiene.

Para el problema de la interpretación contiene el Código una solución expresa al disponer en su artículo 3.º-1 *Las normas se interpretaran 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*. La interpretación va mas lejos del mero texto de ley.

- El elemento literal: el precepto remite el sentido propio de las palabras, pero este sentido no ha de ser necesariamente el que las palabras tienen en el Diccionario, sino aquel en el cual la emplea el legislador.
- El elemento sistemático: como ya se observo en el artículo 3º el sentido propio de las palabras hay que ponerlo en relación con el contexto. Cada palabra debe interpretarse de acuerdo con el resto del precepto; además cada ordinariamente cada precepto forma parte de un conjunto; constituye, con otros preceptos, un sistema, y es de ese sistema, de las finalidades que persigue, los instrumentos de que se vale, y el propio léxico de las normas, de donde podemos extraer el significado de cada una. Las normas se interpretan unas por otras y con otras.
- El elemento histórico: el sentido de la norma viene dado por su historia; en particular en las compilaciones y leyes civiles forales, que recogen el Derecho histórico del respectivo territorio, las fuentes y la doctrina antiguas son imprescindibles para discernir el sentido de cada precepto. La ley no es solo voluntad del legislador, sino la sabiduría de los siglos que nos han precedido. Muchas instituciones jurídicas han sido modeladas por la Historia y su formulación vigente representa una continuidad espiritual; el resultado de una larga evolución, de la que no pueden desprenderse.
- La realidad social: la ley se promulga en el pasado y se proyecta hacia el futuro, ordenando la conducta humana para unas circunstancias que pueden haber cambiado mucho en relación con las actuales. Es precisamente la necesidad de adaptar aquellas legislaciones antiguas a los hechos nuevos en los que el legislador no pudo pensar, lo que obliga a ver en la ley una voluntad del legislador muy elemental, dirigida a conseguir una finalidad práctica esencial, que es lo único que se ha de salvaguardar en la interpretación.
- La <<ratio legis>>: el artículo 3º del código civil invita a atender en la interpretación de la norma fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella; lo que los clásicos llamaban la ratio legis que es el principio vital de la ley, al que se debe atender con preferencia a las palabras. Así lo hace la jurisprudencia. La ley comporta una ordenación racional: esta inspirada por una ratio o motivación esencial que constituye su elemento invariable, y mientras ésta se respeta, cabe prescindir en el precepto, sin ofensa de la verdadera y perenne voluntad del legislador, de lo que tiene de anecdótico y referido a época o circunstancias concretas, para dejar en él sólo una jerarquía de fines o la solución de un conflicto de intereses. En definitiva, una decisión elemental de gran simplicidad, aplicable a hechos nuevos y no comprendidos en la letra del precepto o preceptos.

3. integración de las normas y plenitud del ordenamiento jurídico. La analogía.

Supongamos que una ley establece que las pensiones de jubilación serán de mil euros para los que se jubilen entre los sesenta y los setenta años; y de dos mil para los que lo hagan mas allá de los ochenta: ¿qué ocurre con los comprendidos entre los setenta y los ochenta?

En una apreciación simplista podría llegarse a pensar que donde la ley calla no hay norma alguna: por tanto no tendrían pensión los jubilados no aludidos por ella. Pero si las normas tienen una pretensión de justicia y de utilidad, este modo de ver las cosas pervertiría la naturaleza del precepto, que no es perfecto ni completo, dando lugar a esas carencias de regulación que, según una apreciación razonable y lógica, debería estar regulado.

Constituyen pues una laguna: un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta

de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios a fines de la normativa total.

Hay lagunas en la ley, cuestiones a las que no se puede negar una solución pero que no podrían ser resueltas por la mera aplicación de un texto.

Pero según el artículo 1.º-7 *los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al conjunto de fuentes preestablecido*. Las lagunas del conjunto normativo no pueden ser lagunas definitivas del ordenamiento. Para colmarlas es preciso hallar las reglas oportunas, inexistentes en los textos y necesarias a los tribunales que han de administrar justicia.

Para colmar las lagunas, aquellos vacíos legales auténticos que no se pueden llenar aplicando la norma interpretada extensivamente, los tribunales y los juristas recurren a la analogía, a buscar la solución en preceptos que regulan situaciones semejantes. Al Código civil regula la analogía en su artículo 4º

Artículo 4.º1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

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

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

4. La equidad.

En el artículo 3.º.2 se regula *la equidad habrá de ponderarse en la en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*. Las normas se deben atemperar, orientar, moderar en su aplicación por la equidad, pero no sustituir por ella.

Cuando el Código civil se refiere a la equidad, hablando de arbitrio equitativo, conveniencia, moderación, reciprocidad, equidad, modificación equitativa, etc.; el legislador anuncia el propósito confiar a la conciencia de los jueces la justa resolución del caso allí donde, por la generalidad de los términos de la norma o por la multiplicidad de posibles circunstancias, pudiera producirse una injusticia con la rígida aplicación de aquélla, permitiendo en tal caso al juez modalizar o prácticamente eliminar la operancia de la letra del precepto, al servicio de las finalidades que el propio precepto propone.

Tema 9. Eficacia de las normas y sus límites.

1.Efectos esenciales de las normas. La eficacia obligatoria. El fraude a la ley.

La norma obliga y la sanción de su cumplimiento se aplica con independencia de si se la conoce o no. El artículo 6.º del Código civil afirma:

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

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

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

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en

ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

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

No dice el Código que todos deban conocer la ley, sino que todos deben cumplirla. Si la ignorancia de la norma excusase de cumplirla sería un premio al ignorante. El desconocimiento de la norma puede atenuar la responsabilidad, o acaso hace inválidas una declaración de voluntad o una atribución: se habla entonces de error del Derecho, porque hay una cuestión de equivocada representación que se hizo el declarante de la existencia o significado de la norma.

Además como se afirma en el artículo 1.º–7 del Código civil los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido. El precepto se dirige al orden judicial, y al señalar su obligación de juzgar siempre con las fuentes disponibles, declara implícitamente la suficiencia de éstas. Esto es porque sobre la base de sus apreciaciones puede pensar el juez una solución para cualquier supuesto, sin que sea un producto de arbitrio, y sí un reflejo de su conocimiento, no ya simplemente de la ley sino del Derecho.

Según el Artículo 6.º–3 los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Concluye el artículo 6.º–4 los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Se refiere al llamado fraude ley, que desde antiguo trató de ejercerse, para eludir la aplicación de las leyes imperativas y prohibitivas.

2.Eficacia sancionadora y eficacia constitutiva de las normas.

Las normas son eficaces o, lo que es lo mismo, producen determinados efectos jurídicos. Estos efectos pueden consistir:

- En la imposición de un deber jurídico de cumplimiento de las normas (eficacia obligatoria).
- En la imposición de una determinada sanción, en caso de incumplimiento del deber jurídico (eficacia sancionadora).
- En la atribución de una consecuencia jurídica determinada, en caso de que se produzca un concreto hecho (eficacia constitutiva).

El artículo 6.º–1 establece *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*. Ello no quiere decir que todos los individuos tengan obligación de conocer todo el ordenamiento jurídico; quiere decir que en caso de incumplimiento de una norma no cabe alegar el desconocimiento de la misma para librarse de la sanción por incumplimiento.

Ante la infracción de una norma jurídica el ordenamiento reacciona imponiendo al infractor la correspondiente sanción, que, según la naturaleza de la norma infringida, puede ser de privación de libertad, multa, ineficacia del acto, indemnización de daños, etc.

En materia civil, las sanciones son, fundamentalmente, la ineficacia del acto realizado y la indemnización de los daños y perjuicios causados. Pero, con carácter general, el artículo 6.º–3 del Código civil establece *los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*. En él se establece como sanción la nulidad cuando se realizan actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas.

Se lleva a cabo un acto de fraude de ley cuando se realiza un acto permitido, al amparo de una norma (ley de cobertura) dictada con finalidad distinta, para conseguir un resultado prohibido por otra norma (ley defraudada).

El ejemplo clásico de esta materia es el extranjero que contrae matrimonio con un español sin que exista intención de ninguno de los contrayentes de hacer vida matrimonial, y con el exclusivo propósito de adquirir la nacionalidad española.

Según el artículo 6.º-4 del Código civil *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*. El acto realizado en fraude de ley será nulo y no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

3.Limites espaciales y temporales a la eficacia de las normas.

Cuando dos personas, naturales de una provincia española y habiendo vivido allí siempre, se casan allí, o uno de ellos vende a otra un solar situado en la misma provincia, evidentemente el juez, en cualquier pleito que planteen aplicará el código civil español. Pero ¿qué texto habrá que aplicar si uno es francés, el otro griego y viven en Palencia, pero se casaron en Barcelona?

De problemas así se ocupa el derecho internacional privado, es decir, de la determinación de la ley aplicable y asimismo del tribunal competente. Como la solución de estos problemas la proporciona, dentro de cada país, el derecho propio, y no una normativa común a todos los países y aceptada por todos ellos, las reglas sobre conflictos de leyes que invocan los tribunales nacionales son, a su vez, nacionales salvo las contenidas en los Tratados. Un tribunal francés aplicará las normas francesas sobre conflictos de leyes, un tribunal español aplicará las normas españolas. La internacionalidad de esta rama del Derecho alude al hecho de que entran en colisión legislaciones de distintos países pretendiendo cada una ser la aplicable: mas la que decide sobre cual de las legislaciones en presencia debe aplicarse no es una común a todos los países, sino la peculiar del país donde el conflicto se plantea.

Pero, ¿qué criterio seguirá cada legislación nacional para determinar el ordenamiento aplicable?

En España, se ocupan de la cuestión los artículos 8º al 12º del Código civil, cuyo contenido es el siguiente:

- Artículo 8º *las leyes penales, de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*. Son reglas de Derecho interno de aplicación necesaria. La regulación comienza por establecer en qué casos los tribunales han de aplicar el Derecho español.
- Artículo 9.º-1 *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 los deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*. Es la llamada ley personal.
- Artículo 10.º-1 *la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles. A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en transito, éstos se consideran situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino*.
- Artículo 10.º-5 *se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último lugar, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo expuesto anteriormente, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén situados, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en*

establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen. Es el principio de autonomía de la voluntad.

- *Artículo 11.º-1 las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídico se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal des disponente o a la común de los otorgantes. Igualmente serán validos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen. Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan. Artículo 11.º-3 será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.*
- *Artículo 12.º-3 en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*
- *Artículo 12.º-4 se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto, con el fin de eludir una ley imperativa española.*

4. Entrada en vigor y cesación de la vigencia de las normas. El derecho transitorio: principio de irretroactividad. Grados de retroactividad.

La norma entra en vigor a partir de su publicación en el **Boletín oficial del Estado**. La ley vigente por tiempo indefinido sólo se deroga por otra ley posterior como afirma el artículo 2.º-2 *las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.*

Una vez derogada la ley el artículo 2.º-3 refiriéndose a todas las normas establece *las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.*

Esta presunción de irretroactividad tiene en cuenta que al amparo de la ley antigua se han creado situaciones que aspiran a subsistir. Los individuos realizan los actos de su vida jurídica ordinaria teniendo en cuenta la legislación en vigor cuando actúan, y aspiran a que éstos sigan siendo válidos y eficaces a través de cualquier cambio; la necesidad de seguridad exige que se restrinja al máximo el campo de aplicación en el tiempo de la ley moderna cuando afecte a situaciones ya constituidas.

La norma preliminar de las transitorias del Código civil proclama que las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos en la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo. Estableciendo seguidamente la disposición transitoria primera que se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos de derechos realizados bajo su régimen, aunque el código lo regule de otro modo o no los reconozca.

Tema 10. La persona física

1. Concepto de persona.

Según el artículo 29 del Código civil *el nacimiento determina la personalidad; 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.*

Las condiciones para que un nacido sea calificado por persona vienen descritas en el artículo 30 del Código civil *para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro*

horas desprendido del seno materno.

2.Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La doctrina distingue entre la capacidad jurídica, aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad para gobernar estos derechos y obligaciones de que se es titular: capacidad de obrar.

Todo ser humano tiene plena capacidad jurídica.

La menor edad, o la demencia no contradicen a esta capacidad genérica. Si no tiene el mismo aptitud natural o jurídica, los derechos puede ejercitarlos y las obligaciones cumplirlas a través de su representante legal, en forma de tutor u otro equivalente. El ordenamiento suple las incapacidades de las personas físicas mediante las representaciones legales.

Al concepto de capacidad jurídica se le contrapone el de capacidad de obra, que, referida a un concreto acto o negocio, significa que una persona es capaz de realizarlo de por sí: que no precisa la intervención de su representante legal.

En nuestro Derecho hay una capacidad de obrar general, que corresponde al individuo mayor de edad no incapacitado, y representa la posibilidad de llevar a cabo cuantos actos y negocios no requieren una edad distinta de la mayor. Y hay capacidades singulares: unas requiriendo menos edad, y otras más. El menor puede testar desde los catorce años. Sin límite de edad, y por tanto, en cuanto tenga aptitud física, puede efectuar donaciones y adquirir la posesión de las cosas.

3.Comienzo de la personalidad. Protección jurídica del concebido y no nacido. El concepturus.

En el momento del nacimiento el nacido adquiere subjetividad jurídica. Un niño nacido tiene el derecho a la dignidad y al respeto. En este sentido comienza a ser persona en el momento mismo de su desprendimiento del claustro materno, sin que sea preciso esperar veinticuatro horas. Esta demora afecta a los derechos subjetivos privados, y por una razón de Derecho sucesorio, el evitar que los derechos a la herencia se modifiquen por el azar del nacimiento de un infante que no puede seguir viviendo.

El propósito del Código es que para provocar una variación en los Derechos sucesorios es preciso un nacido cuya existencia haya tenido una mínima entidad. No se trata de privar de la condición de persona a un ser humano vivo sino de condicionar su capacidad para adquirir derechos patrimoniales.

¿Qué ocurre si, estando el hijo en el seno materno, recae sobre él una herencia? A este evento atiende también el artículo 29 del Código civil el nacimiento determina la personalidad; 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.

Al meramente concebido y no nacido se le reservan derechos mientras vive en el claustro materno; se cuenta con él considerándole persona desde ahora, pues será entonces cuando las cosas discurran como si hubiera sido persona en el momento en el que su presencia era necesaria para adquirir el derecho. Una vez cumplidos los requisitos del Artículo 30, se finge su condición de persona cuando estaba concebido. En tanto no los cumpla, los derechos que van a atribuírsele permanecen pendientes.

4.Los derechos de la personalidad; en particular, el derecho al nombre y el derecho moral de autor.

El ordenamiento protege aspectos de la personalidad humana, a los que llama <<derechos de la personalidad>>. Estos derechos son inseparables de la persona y nacen con ella. Se han llamado también

derechos innatos.

La protección de estos bienes y atributos es de Derecho natural, y esencial en todo el ordenamiento jurídico. Se establece en todas las constituciones: en la española el artículo 15 proclama el derecho a la vida y a la integridad física; el 16 garantiza la libertad ideológica y religiosa; el 17 el derecho a la libertad y seguridad; el 18 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones; el 19 la libre circulación y elección de residencia; y el 20 la libre expresión del pensamiento.

El nombre es el apelativo mediante el cual se individualiza a la persona y se la distingue de las demás.

Toda persona debe y puede tener un nombre: compuesto por un nombre propio y dos apellidos de familia. Este sistema de identificación obedece al interés público, y las normas que lo regulan son de orden público en nuestro Derecho.

El nombre propio distingue a las personas de un mismo apellido; se asigna individualmente en el acto de inscripción en el Registro civil y se hace constar en el acta de nacimiento.

El padre y la madre podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral. Su decisión para el primer hijo vale para los hijos futuros de igual vínculo. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor determinar el orden de los apellidos.

El derecho al nombre no comporta una facultad absoluta de exclusiva en el campo de los derechos de la personalidad.

La exclusividad del apellido nace de la posibilidad de confusión dañosa y de un derecho a la individualidad o identificabilidad.

El nombre es inalienable y *extra commercium*: en cambio es alienable el nombre comercial que identifica empresas. De igual modo y en los mismos límites los apellidos personales son imprescriptibles, y no el nombre comercial.

Tema 11. La persona física (continuación)

1. Mayoría y minoría de edad. La emancipación.

Según el artículo 315 del Código civil *la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.*

La mayoría se produce de modo automático, como toda capacidad por edad: no depende de la voluntad del interesado o de quienes tenían la potestad sobre él, ni puede cambiarse la fecha. El mayor sale instantáneamente de la patria potestad o la tutela sin necesidad de acto o formalidad algunos y deviene capaz atendiendo al artículo 322 del código civil *el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.* Por ejemplo, para adoptar se requiere una edad superior.

La mayor edad produce la emancipación, es decir, la adquisición de la capacidad general de obrar. La palabra emancipación se emplea para designar la concesión de una capacidad más reducida a los mayores de dieciséis años: lo mismo significa para los sometidos a tutela, <<el beneficio de la de la mayor edad>>. Según el artículo 323 del Código civil *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 también aplicable al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

El artículo 318 del Código civil afirma *la concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros. Concedida la emancipación no podrá ser revocada.*

La concesión de la emancipación es irrevocable, y puede realizarse:

- Por los padres o el que de ellos tenga la patria potestad sobre el menor. Como señala el artículo 317 del Código civil *para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.*
- Por el juez, como señala el artículo 320 *el juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieran y previa audiencia de los padres: 1. cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta e otro progenitor. 2. Cuando los padres vivieren separados. 3. cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Y según el artículo 321 también podrá el juez previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.*
- También produce la emancipación, con las mismas restricciones que en el caso anterior, el matrimonio válido del menor como señala el artículo 316 del Código civil *el matrimonio produce el derecho de emancipación.* El matrimonio emancipa cualquiera que sea la edad del casado. Sólo puede contraer matrimonio válido el menor ya emancipado por concesión como recoge el artículo 46.º-1 no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Un menor ya emancipado no precisaría de la emancipación que produce el matrimonio. La emancipación por matrimonio sólo se produce en un caso excepcional: cuando el menor emancipado obtiene dispensa de edad para cara casarse, del juez el cual se la puede conceder a partir de los catorce años.
- Como señala el artículo 319 del Código civil *se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.* Por vida independiente se ha de entender el llevar una vida económica separada de la familia y ejercitar una profesión que es administrada por sí y para sí.

El menor de edad no tiene plena capacidad de obrar. Según la Ley orgánica de protección del menor establece que *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretaran de forma restrictiva.*

Cada vez son más las leyes que permiten al menor actuar por sí mismo, en función de su edad, o bien, tener en cuenta su opinión.

En el ámbito patrimonial el artículo 1263.º-1 señala *no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados.* La norma general es la incapacidad del menor en el ámbito patrimonial, con sumisión y dependencia en el aspecto personal, sujeto necesariamente a la patria potestad o a la tutela.

El menor es incapaz porque no ha cumplido la edad precisa para alcanzar la mayoría. Y esto es así no sólo por lo dispuesto en el artículo 1263.º-1, sino atendiendo al diseño que hace la ley de la situación real del menor en el ámbito jurídico. De una parte el deber de obediencia a los padres o al tutor, el cual, provoca siempre la consiguiente pérdida de autonomía. De otra, que el guardador tiene en su poder los bienes del menor, que quedan substraídos a la acción de éste. Y sobretodo la disminución de la propia autonomía

patrimonial lleva consigo la representación legal del menor por su guardador, en virtud de la cual éste, en servicio de su pupilo o hijo, puede celebrar, incluso contra la voluntad del menor, cualesquiera contratos no personalísimos a nombre de aquél y vinculando su patrimonio.

2.La incapacidad: concepto, causas y efectos. Regímenes de protección del incapacitado.

El ordenamiento limita o condiciona la capacidad de obrar de la persona, e incluso le priva de ella, teniendo en cuenta la imposibilidad mental o física en que se halla para manejar adecuadamente su economía y sus incumbencias personales. En los casos más graves la persona puede ser incapacitada y desde su incapacitación ya no podrá alegar, para justificar sus operaciones concretas, que sí tiene en aquel momento la aptitud fáctica para realizarlas. Éstas seguirán siendo anulables. La invalidez de tales operaciones procede de la incapacitación. Según el artículo 1263.º-2 *no pueden prestar consentimiento los incapacitados*. Mientras que una persona imposibilitada para administrar sus bienes por estar loca, si no se ha pronunciado judicialmente su incapacidad, contrata válidamente y para anular cada uno de los contratos habrá que demostrar la falta de voluntad o la locura habitual.

La presunción es siempre favorable a la capacidad, y así lo señala el artículo 199 del Código civil *nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la ley*.

Según el artículo 200 del Código civil *son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*.

Complementa al artículo anterior el artículo 201 que afirma *los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurran en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*.

La incapacitación se pronuncia por sentencia una vez comprobado que el sujeto <<no puede gobernarse por sí mismo>>, no se halla en condiciones de usar cuerda de su libertad, de administrar sus bienes y absolver las incumbencias de una mínima vida de relación; todo ello por referencia a la conducta de una persona normal y corriente y revistiendo la anomalía de caracteres tales de duración y gravedad que recomiendan el establecimiento de la tutela.

El incapacitado queda reducido a persona *in potestate* y con capacidad restringida; situación que durará mientras la incapacitación no cese y de la cual derivan:

- la asignación de un tutor que excluye la actuación del pupilo y decide la realización de actos y negocios cuando como representante legal suyo en ellos, o bien de un curador que interviene en los actos que no puede realizar por sí solo.
- la consiguiente impugnabilidad de todos aquellos negocios del incapacitado para los que no le concede la ley aptitud específica, aunque declare su voluntad en intervalo lúcido.

La declaración de incapacidad pueden promoverla el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hechos asimilable. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si esas personas no existen o no la hubieran solicitado.

La persona de la que dependen cónyuge, ascendientes o descendientes a quienes ha de prestar alimentos, puede ser sometida a curatela si malbarata sin tino sus bienes, es decir, si incurre en prodigalidad. Declarada en tal situación, se le impone la necesidad de solicitar el consentimiento del curador que se le nombra para los actos que determine la sentencia. La curatela no afecta en nada a la persona ni a la capacidad extrapatrimonial.

Tema 12. La persona jurídica

1.La personificación: grados. Concepto y rasgos esenciales de la persona jurídica.

Las posibilidades de acción del hombre aislado son limitadas en grado de intensidad y eficacia, y también en el tiempo. Muchas finalidades no se pueden conseguir por él solo: ya porque exceden sus medios, ya porque duran más que una vida. O bien, se consiguen mejor, cooperando varios hombres en grupo.

De estos grupos, funcionan algunos con patrimonio propio y autónomo, contratando y demandando ellos mismos como si fueran una persona física, sirviéndose para prestar las precisas declaraciones de voluntad de las personas que componen el colectivo, al cual representan actuando como órganos suyos. Son <<personas jurídicas>>.

En la doctrina moderna han visto algunos a la persona jurídica como algo que existe por sí mismo. Antiguamente se creía que la persona era conferida por el ordenamiento, creando, como imitación de la persona física, un ser artificial sin existencia anterior.

La persona jurídica llega a ser tal sólo mediante un reconocimiento del Derecho, de modo que sin él no tendría personalidad independiente. Para ser persona tampoco basta el reconocimiento: para que a un ente se le pueda conferir la personalidad, es preciso un elemento tangible o sustrato social al cual conferir la subjetividad, de modo que la concesión de ésta no verifique arbitrariamente y en el vacío, sino a un ente consistente y real.

2.Clases de personas jurídicas.

Según el artículo 35 del Código civil son *personas jurídicas*:

- *las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad comienza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado validamente constituidas.*
- *las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda la personalidad propia, independiente de cada uno de los asociados.*

El artículo 36 del Código civil añade *las asociaciones a las que se refiere el 2º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.*

Las corporaciones son personas jurídicas de Derecho público, no sólo el Estado, las Comunidades Autónomas y cualesquiera entes vinculados a la administración, sino otros cuyo encuadramiento en la Administración estatal es discutible y asumen funciones de Derecho Público: los colegios profesionales son un ejemplo.

Las asociaciones son de interés público, en el sentido de que persiguen una finalidad no lucrativa, permanecen en el área del derecho privado, jerárquicamente independientes de la Administración. Por ejemplo una asociación de cazadores.

Finalmente, de la comparación entre los apartados 1º y 2º del artículo 35, se deduce que las asociaciones de interés público, son aquellas colectividades fundadas por la voluntad, de los socios y con finalidad altruista, mientras que las asociaciones de interés particular son las reguladas con el nombre de sociedad por el Código civil.

3.La asociación.

Son asociaciones las personas jurídicas privadas constituidas por un grupo de personas para la realización de un fin de carácter no lucrativo.

El artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho de asociación como un derecho fundamental de la

persona. Los únicos límites son los que se derivan de los apartados 2 y 5 del artículo 22 de la Constitución: no cabe constituir asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, ni tampoco asociaciones secretas o de carácter paramilitar.

La Ley vigente, además de reconocer el derecho de asociarse libremente, la libertad de asociarse o no la de crear asociaciones, establece que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos.

La Ley orgánica de asociaciones de 2002 establece el régimen común de las asociaciones, al que deben ajustarse las asociaciones no contempladas en la legislación especial: asociaciones sindicales, partidos políticos, asociaciones religiosas y las asociaciones deportivas.

Hay leyes autonómicas de asociaciones que desplazan en su ámbito territorial la aplicación de la ley estatal, de carácter general.

La Ley Orgánica de asociaciones limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro y los beneficios obtenidos por la sociedad derivados del ejercicio de actividades económicas. Deben destinarse exclusivamente al cumplimiento de los fines de la asociación. Si la asociación persigue objetivos de interés general de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de valores constitucionales o de los derechos humanos u otros de similar naturaleza, pueden ser declaradas de utilidad pública, lo que otorga una serie de ventajas económicas fiscales.

Las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo de tres a o más personas físicas o jurídicas que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular.

El acuerdo de constitución se formaliza mediante acta fundacional y ha de ir formada por todos los promotores o sus representantes en el caso de personas jurídicas.

Con el otorgamiento del acta la asociación adquiere personalidad jurídica pero la asociación debe inscribirse a los solos efectos de publicidad en el correspondiente Registro.

La falta de inscripción hace que los promotores respondan, junto a la sociedad, de las deudas de la misma e impide a la asociación obtener las ayudas y subvenciones que otorguen las Administraciones públicas.

La inscripción solo puede denegarse cuando la entidad no esté incluida en el ámbito de la ley o no tenga naturaleza de asociación. Si se encuentran indicios racionales de ilicitud penal la Administración debe dar traslado al Ministerio Fiscal o al Juez, único competente para la declaración de ilegalidad de una asociación.

La Administración no puede prohibir la existencia de ninguna asociación informal ni exigir autorización previa.

El órgano supremo de la asociación es la asamblea general de socios, y órgano de representación, que gestiona y representa los intereses de la asociación, habitualmente, la junta directiva.

La asamblea general es el poder constituyente de la corporación a la vez que órgano superior de gobierno y supervisión de la labor de la junta directiva, a la que nombra y destituye. Deberá ser convocado al menos una vez al año para aprobación de cuentas y presupuesto. La asamblea decide siempre por mayoría, sin que sea necesaria la unanimidad de los votantes.

Los asociados tienen derecho a participar en la formación de voluntad colectiva de otro; a gozar y aprovechar de los bienes y servicios de la asociación y tener parte en sus actividades: esto puede ser también un deber.

4.La fundación.

El artículo 35 del Código civil cuenta entre las personas jurídicas a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Se trata de fines filantrópicos instituidos por una persona o un grupo de ellas que los dotan de un patrimonio.

Las fundaciones son personas jurídicas, pero no son grupos. Las personas que están a su servicio no son asociados de ellas ni los que reciben sus beneficios. La fundación es el producto de una voluntad individual que ha de durar acaso indefinidamente, reconduciendo a determinado fin altruista.

Lo más característico de la fundación es la causa de ella: la fundación supone un fin altruista y unos medios para alcanzarlo, tal planteamiento es su ley, dejando de depender de la voluntad del fundador. La asociación es lo que quieran los socios, ellos pueden transformarla, cambiar sus objetivos y actividades, modificar su sistema de gobierno o disolverla o suprimirla, pues la asociación son ellos.

La fundación puede constituirse por acto Inter. Vivos o mortis causa. En este último caso, se el testador se limita a establecer la voluntad de crear una fundación y a disponer de los bienes y derechos de la dotación, otorgará la escritura pública en la que se contengan los requisitos establecidos por la ley el albacea testamentario o los herederos. La fundación tiene personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública en el Registro de Fundaciones.

Entre los requisitos que ha de contener la escritura pública fundacional o el testamento destaca la dotación, que debe ser real, si bien se admite que hasta el setenta y cinco por ciento se haga efectivo dentro de los cinco años siguientes al otorgamiento.

Las fundaciones se rigen por su patronato. El patronato está constituido por un mínimo de tres personas, que ejercen el cargo de manera gratuita.

La Ley regula también el Protectorado, que es el ejercido por la Administración General del estado para las fundaciones de ámbito estatal. Se trata de una actividad administrativa externa de control e inspección de la fundación.

Tema 13. El Derecho subjetivo

1.Concepto de derecho subjetivo. Estructura: a) sujeto: la titularidad; b) objeto; c) contenido.

El derecho subjetivo es la facultad o poder de un sujeto de exigir algo a otro bajo coacción jurídica. Es el lado activo de la relación jurídica.

El derecho subjetivo es un poder conferido a la persona por el ordenamiento jurídico, que le permite obrar de una determinada manera. La estructura del derecho subjetivo se compone de un sujeto, titular el derecho; un objeto sobre el que recae; y un contenido, que es el ámbito de poder que el derecho confiere al sujeto.

Sujeto del derecho es la persona, física o jurídica, a quien el ordenamiento le otorga facultad de obrar de una determinada manera: acreedor, propietario, usufructuario, etc.

Objeto del derecho son o pueden ser aquéllas parcelas de la realidad que el ordenamiento sujeta al poder del titular, como la conducta de una persona, una cosa, una idea, etc.

Por razón de su objeto, los derechos subjetivos se suelen clasificar en patrimoniales y no patrimoniales. Derechos patrimoniales son los 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. Derechos no

patrimoniales son aquellos cuyo objeto no puede evaluarse en dinero, como los derechos de las personas: honor, propia imagen, etc.

Los derechos patrimoniales tienen diversas clasificaciones, según el objeto sobre el que recaen. La más importante es la que los divide en derechos reales, que confieren a su titular un poder sobre la conducta de una persona.

Contenido es el ámbito de poder que el ordenamiento otorga al titular del derecho subjetivo.

2. Clases de Derechos subjetivos. Derechos subjetivos relativos y absolutos.

- Absolutos o erga omnes (frente a todos): Aquellos que permiten al individuo exigir de todos los demás una actitud de respeto o no-ignorancia en ese derecho subjetivo absoluto. No se exige comportamiento activo. (Derecho de la persona y de propiedad).
- Relativos: Permiten a su titular o sujeto exigir de otras personas un determinado comportamiento que sirve para satisfacer su interés. Son todos los derechos de crédito cuando en virtud de una relación jurídica el sujeto se convierte en acreedor y puede pedir al deudor una prestación concreta de hacer o no hacer.

3. Dinámica del derecho subjetivo: nacimiento, adquisición, transmisión, modificaciones, pérdida y extinción.

Los derechos se adquieren por modo originario o derivativo.

Los modos originarios suponen una adquisición sin relación con la titularidad anterior sobre el derecho. Que puede no existir. El titular no recibe tal derecho de: nadie éste nace a la vez que se le atribuye, y precisamente a través de su atribución.

Frente a la atribución originaria, la derivativa supone la comunicación de un derecho que ya tenía alguien, y que llega a ese titular como procedente del antiguo, mediante una causa que justifica la transferencia. Se habla entonces de transmisión del derecho o de sucesión en el derecho, nadie puede transferir a otro lo que él mismo no tiene, ni tampoco transmitir como libre de cargas la cosa que tiene gravada con un usufructo o una servidumbre: o ceder un derecho de propiedad cuando únicamente tiene uno de censo, etc. Es ésta una característica de la adquisición derivativa, de la cual no participa la originaria. La transmisión o sucesión puede ser, bien a título universal, o bien a título particular. La primera, llamada sucesión, se suele entender como transmisión de un entero patrimonio o una cuota de él. El ejemplo clásico es la herencia.

Quien adquiere una cosa por título singular, nada tiene que ver con las restantes relaciones del transmitente.

Tema 14. El Derecho subjetivo (continuación)

1. El ejercicio del derecho subjetivo. La renuncia de los derechos.

La titularidad de un derecho puede perderse por diversas causas: enajenación; desaparición física del sujeto o el objeto; privación del derecho por los tribunales o por la ley; prescripción etc.

La renuncia supone la dejación de la titularidad de un derecho por voluntad de su titular, que lo extingue. Es un acto unilateral: es el titular solo quien la realiza, sin necesidad de que su voluntad sea vinculada por otra en el abandono del derecho: tal abandono vale por la única manifestación del titular, acompañada en su caso de

ciertos actos materiales.

Según el artículo 6.º-2 del Código civil *la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.*

Se refiere a derechos como los de estado civil, posiciones familiares y tutelares, atributos y bienes de la personalidad, la propia capacidad, libertades fundamentales, etc. Cuya dejación parece contraria a la ética comúnmente aceptada o a las concepciones políticas básicas. Y no cabe la renuncia de unos derechos cuando la ley lo prohíba, como sucede con los alimentos o la herencia, etc.

2.Limites del ejercicio del derecho subjetivo. La buena fe, la doctrina de los actos propios. La prohibición de abuso del derecho.

El derecho subjetivo ha de ejercitarse con la posible moderación y prudencia; en particular, cuando choca con intereses ajenos. El artículo 7.º-1 del Código civil dice *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

La buena fe sólo puede predicarse de la actitud de uno en relación con otro, este otro puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de temer otras distintas y perjudiciales: una lealtad, un obrar en buena conciencia que lo mismo pueden aplicarse a los derechos absolutos que al comportamiento recíproco de acreedor y deudor.

La aplicación más importante, en el código civil, de la exigencia de buena fe, es la del artículo 1258 que establece *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 naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

En la jurisprudencia, la aplicación más señalada de tal exigencia es la llamada doctrina de los actos propios, según la cual, la conducta antecedente observada por un titular puede vincularle, restringiendo sus posibilidades ulteriores de ejercicio del derecho, cuando según la apreciación común la utilización de esas posibilidades ulteriores sería contraria a la buena fe.

Algunos sujetos a quienes afecta el ejercicio del derecho ajeno han podido deducir legítimamente, de la conducta del titular, la conclusión de que mantendrá determinado estado de cosas, se abstendrá de tal impugnación o reclamación, etc. Tal conducta constituye para el titular actos propios, y a ella se aplica la regla según la cual, nadie puede ir validamente contra sus propios actos.

A mediados del siglo XIX el tribunal de Colmar (Francia) consideraba ilícito el hecho de un propietario de elevar en su finca una falsa chimenea sin utilidad para él y con la finalidad de quitar luz al vecino, ordenando el tribunal la destrucción de lo construido y declarando el derecho del vecino perjudicado al resarcimiento.

Esta decisión parecía contradecir el sentido absoluto que la doctrina de la época había venido dando al derecho de la propiedad y a la regla quien ejerce su derecho, no hace daño a nadie comúnmente aceptada hasta entonces. Si el derecho subjetivo representa una cierta área de acción circunscrita por el derecho objetivo, no es viable limitar la actividad del titular mientras permanezca en el interior de tal área, aunque de su actividad resulte algún daño por los terceros.

El artículo 7.º-2 del código civil proclama *la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas*

que impidan la persistencia en absoluto.

La calificación de un acto como abusivo depende de la normalidad del ejercicio: cuestión de apreciación de las costumbres y concepciones de cada época sobre lo normal y lo anormal. Se trata de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las capacidades concedidas por la ley.

Es abusivo el acto que excede los límites normales del derecho persiguiendo el daño de otros sin beneficio propio, o con un beneficio desproporcionado que deje en primer término la intención manifiesta dirigida al perjuicio ajeno. El perjuicio es lo fundamental, y el ejercicio del derecho un medio para conseguirlo.

El Código civil no sanciona sólo el abuso que podríamos denominar subjetivo, cuando se persigue un propósito de venganza, sino también aquellas actuaciones que a través del daño ajeno se dirigen primariamente a obtener un lucro propio.

El abuso constituye un acto ilícito por lo que cae bajo la sanción del artículo 1902 del Código civil *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Siendo ilícito el ejercicio abusivo se puede pretender, además, cuando sea duradero, su cesación, es decir, la remoción y rectificación de las situaciones creadas a su amparo.

Tema 16. el negocio jurídico. La representación.

1.Hecho y actos jurídicos. El negocio jurídico: concepto. Elementos del negocio jurídico. Clasificación de los negocios jurídicos.

Hecho jurídico es todo acontecimiento que se produce en la realidad y que el ordenamiento toma en cuenta para derivar de él un efecto jurídico.

Cuando el acontecimiento se produce independientemente de la voluntad humana se denomina hecho jurídico. Cuando el acontecimiento se produce debido a la voluntad humana se llama acto jurídico.

Bajo la expresión negocio jurídico se reúnen una serie de figuras (como el testamento, el contrato, el matrimonio, etc.) que se caracterizan porque el ordenamiento concede efectos jurídicos a la voluntad declarada por una o varias personas.

A través del negocio jurídico se actúa el principio de autonomía de la propia voluntad: el Derecho privado no regula coactivamente las relaciones de los particulares entre sí. Tampoco impone un determinado contenido a estas relaciones. Por el contrario, permite que los individuos se relacionen o no y establece un contenido de estas relaciones sólo para el caso de que las partes no deseen otra cosa.

Este principio de autonomía de la voluntad tiene una incidencia diferente según el negocio jurídico de que se trate.

Requisitos indispensables del negocio jurídico son que el individuo pueda formar libremente su voluntad, y que la exprese. La voluntad no declarada no puede tener efectos jurídicos, ya que no se puede conocer.

La declaración e voluntad puede no coincidir con la voluntad interna del declarante por múltiples motivos: error del declarante, violencia ejercida sobre él, declaración conscientemente distinta de su voluntad interna, etc. Puesto que el negocio jurídico es un acto de autonomía privada y en línea de principio, debe surtir los efectos queridos por quien realiza ese acto.

Los efectos de la divergencia entre la voluntad interna y la declaración dependen tanto del tipo de negocio jurídico como de la causa de la divergencia. En general se entiende que cuando la divergencia se deba a una causa imputable al declarante (dolo, negligencia) y la otra parte haya confiado en la declaración, es decir, la otra parte tiene buena fe, debe prevalecer la voluntad declarada y no la interna. En cambio, cuando el declarante ha actuado con la debida diligencia, y/o la otra parte tiene mala fe prevalecerá la voluntad interna.

Esta regla general resuelve un número relativamente escaso de supuestos. El ordenamiento recoge casos específicos de divergencia, a los que da una solución concreta. Así sucede con los negocios viciados por violencia o intimidación, en los que el declarante emite una declaración que no corresponde a su voluntad interna debido a la amenaza o a la violencia que se ejerce sobre él. En este caso, el ordenamiento atribuye al demandante violentado una acción de anulabilidad encaminada a dejar sin efecto el negocio.

La relación jurídica es la situación en la que se encuentran dos o varias personas; situación que se regula unitariamente por el ordenamiento jurídico, en base a determinados principios.

La relación jurídica tiene su origen en un hecho o acto jurídico. Así, el matrimonio da lugar a la relación jurídica matrimonial; el nacimiento da lugar a la relación jurídica paternofilial; el contrato de fianza da lugar a la relación jurídica de fianza.

El concepto doctrinal de relación jurídica responde a la idea de que, al englobar los derechos y deberes de cada una de las partes de la misma, explica mejor, la posesión total de los individuos afectados por un hecho o acto jurídico.

2.La representación: concepto; referencia al nuntius. Ámbito de la representación.

Una persona representa a otra cuando actúa, facultada por ella, como si fuera ella, en nombre de ella, y por consiguiente, recayendo en ellas las consecuencias de los actos jurídicos realizados en esas condiciones.

Actuar por representante permite al sujeto de derecho ampliar sus perspectivas de acción, extendiéndolas al mismo tiempo a diversos lugares o evitando desplazamientos y servirse de personas más aptas y adecuadas que él mismo para el asunto concreto de que se trata.

La representación es posible en toda clase de contratos y asuntos, salvo en los personalísimos. En estos casos vale la intervención de un nuntius, es decir de quien se presenta como mero correo de una voluntad ajena totalmente formada, limitándose a declararla como tal voluntad ajena, incluso con las palabras exactas que le han ordenado pronunciar o que corresponden al negocio a celebrar.

La representación sirve también para prolongar la esfera de acción del individuo en sentido pasivo, esto es, por cuanto el representante puede ser interpelado, pagado, modificado, notificado, etc., por los terceros dentro del ámbito de su poder, como si fuera su principal.

El representante deviene tal en virtud de un poder que le confiere el representado, facultándole para actuar en su nombre y con efectos sobre su patrimonio.

En la representación legal es la ley la que confiere al representante la facultad de actuar, con efectos jurídicos en la esfera del representado. Esta facultad puede venir dada automáticamente, como es el caso de los progenitores que, mientras no pierdan la patria potestad sobre sus hijos, son sus representantes legales sin necesidad de que exista ninguna actuación judicial o administrativa que les confiera la representación. O puede requerir una previa designación judicial, como en el caso de los tutores, que han de ser nombrados por el juez.

El representante legal no actúa en su propio interés, sino que ha de buscar siempre el beneficio de su

representado. Además, necesita autorización judicial para poder realizar una serie de actos como enajenar o gravar bienes inmuebles.

La representación voluntaria se produce cuando es el propio representado quien confiere al representante la forma de actuar de forma que el resultado de su actuación incida en la esfera jurídica del primero.

De las diferentes clasificaciones que se han realizado de la representación voluntaria, la más interesante es la que la divide en representación directa o indirecta.

La representación directa se produce cuando el representante actúa en nombre y por cuenta del representado. En la indirecta el representante actúa en nombre propio, y por cuenta del representado.

Estos dos tipos de representación tienen distintos efectos. En la representación directa, el tercero que contrata con el representante sabe que esta contratando con el representado. Por ello, la relación jurídica se establece entre el tercero y el representado; y al representante no le afectan ninguno de los derechos y obligaciones derivados del negocio que ha realizado en nombre y por cuenta de otro.

En la representación indirecta como el representante no revela al tercero que obra por cuenta del representado, no cabe imponer a ese tercero la relación jurídica con éste, pues él ha consentido en contratar con el representante no con el representado. En consecuencia, la relación jurídica surge entre el representante y el tercero.

Hay que matizar que los derechos se adquieren directamente por el representado. En cambio, las obligaciones vinculan al representante, pues no puede imponerse al acreedor un deudor distinto de aquél que aceptó. La razón reside en que, a nadie le importa a quien debe, es muy importante la persona que debe ya que las perspectivas de cobrar son bien distintas según el patrimonio del deudor.

En todo caso, el representado debe resarcir al representante por las obligaciones que haya contraído por razón de la representación.

Para el apoderamiento, basta la declaración unilateral del poderante, en la forma que requiera el Derecho según el objeto del poder. No es preciso el consentimiento del apoderado, y hasta es inútil, pues el poder a nada le obliga, ni aumenta su patrimonio, ni altera su posición jurídica personal. El apoderado es un sujeto que puede actuar en nombre de otro, pero, por el hecho de ser apoderado, no debe hacerlo; por eso, no se cuenta con él, en principio, para apoderarle.

El poder puede otorgarse de modo expreso, manifestando con palabras la voluntad de apoderar, o bien de modo tácito, por medio de hechos concluyentes. Se supone tácitamente apoderado para el género de comercio a que se refiere su colaboración al dependiente de una tienda.

Para que la representación funcione, el apoderado ha de actuar abiertamente en calidad de tal, es decir, siendo patente su intención de que los efectos jurídicos se produzcan en el patrimonio del representado; de actuar en nombre de él y la de no comprometerse personalmente. Ello puede resultar de las circunstancias en que obra el representante. Quien declara como apoderado queda a salvo de las reclamaciones de las personas con quienes contrató.

Tema 17. El contrato.

1.El contrato: concepto. El principio de autonomía de la voluntad en materia contractual: su doble vertiente. Límites a este principio.

El concepto de contrato es básico en cualquier sistema jurídico pero nuestro Código civil no contiene una

definición precisa del mismo. El artículo 1091 del Código civil le menciona como fuente de las obligaciones. Y el artículo 1254 señala *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*.

El contrato exige el consentimiento de dos o más personas. Como señala el artículo 1261.º *no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes*:

- *Consentimiento de los contratantes*
- *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- *Causa de la obligación que se establezca.*

El consentimiento de los contratantes debe estar dirigido a algo: la creación de una obligación (artículo 1254). Desde esta perspectiva el contrato podría definirse de un negocio jurídico de carácter bilateral encaminado a la creación de obligaciones. Diversos autores ponen de manifiesto que esta definición es demasiado estricta. El contrato no sólo puede crear obligaciones, sino que también puede modificarlas o extinguirlas. El Código civil contempla contratos que están específicamente dirigidos a la creación de derechos reales.

Sobre el debate existe un debate más amplio. El contrato actúa en el campo del Derecho público. El régimen de los contratos previstos en el Código civil se aplicará como supletorio en todos los negocios jurídicos, unilaterales o bilaterales, que no tengan regulación propia.

Nuestro Código civil acoge como principio fundamental el dogma de la autonomía de la voluntad, que se recoge en el artículo 1255 *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*. Sin embargo, las profundas desigualdades de los postulados acarrearón en la práctica, hicieron que importantes grupos sociales reclamaran la intervención estatal en todos los campos, incluido el Derecho de contratos.

Manifestaciones de esta intervención son el nacimiento y separación del trabajo del ámbito civil en el que se regulaba la relación laboral, sometiendo el contrato de trabajo a una regulación imperativa, que merma el ámbito del principio de autonomía de la voluntad. El contenido legalmente impuesto e inderogable de otros contratos, como el de arrendamiento rústicos, arrendamiento urbano. Las normas especiales encaminadas a la protección de los consumidores y los contratos en los que éstos intervienen, etc.

2. Clasificación de los contratos: consensuales, reales y formales; unilaterales y bilaterales; onerosos y gratuitos; conmutativos y aleatorios; típicos y atípicos; la tipicidad social de algunos contratos.

Contratos consensuales reales y formales. Desde el punto de vista de su perfeccionamiento (es decir, del momento a partir del cual las partes quedan obligadas) los contratos se clasifican en consensuales, que se perfeccionan desde el momento que concurre el consentimiento de los contratantes; reales en los que no basta que se produzca el consentimiento, sino que además es preciso que se haga la entrega de la cosa; y formales, en los que el consentimiento ha de manifestarse de una forma determinada.

La compraventa es un típico contrato consensual. El depósito es un contrato real y la donación de cosa inmueble es un contrato formal, pues requiere para su validez que los consentimientos del donante y del donatario se manifiesten en escritura pública.

Contratos onerosos y lucrativos. Contratos onerosos son aquellos en los que el empobrecimiento patrimonial que sufre cada parte al cumplir con su obligación se corresponde con un enriquecimiento patrimonial, consecuencia del cumplimiento de la otra.

En la compraventa el vendedor sufre un empobrecimiento, ya que la cosa vendida sale de su patrimonio, y al mismo tiempo sufre un enriquecimiento patrimonial pues ingresa en su patrimonio el precio acordado.

Contratos lucrativos son aquellos en los que una de las partes experimenta un empobrecimiento patrimonial, sin que éste se corresponda con un correlativo enriquecimiento.

El contrato lucrativo típico es la donación. El empobrecimiento patrimonial que sufre el donante no está compensado por un ingreso en su patrimonio. Es preciso tener en cuenta que algunos contratos pueden ser onerosos o gratuitos.

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios. Los primeros son aquellos en los que la prestación y la contraprestación están determinadas desde el momento de la perfección del contrato (compraventa). Los aleatorios son aquellos en los que, bien la cuantía, bien el propio cumplimiento de la prestación por una de las partes, depende de un acontecimiento incierto.

Contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos son unilaterales cuando de ellos nacen obligaciones para una sola de las partes. Y son bilaterales cuando de ellos nacen obligaciones para ambas partes.

Los contratos reales son unilaterales, pues, exige la entrega de la cosa para dar lugar al efecto obligatorio, lo que podría constituir el cumplimiento de la teórica obligación de una de las partes se produce simultáneamente con la perfección del contrato.

Contratos típicos y atípicos. Los contratos típicos son los que están legalmente regulados. Contratos atípicos son los que carecen de regulación especial específica.

La compraventa, el arrendamiento o la fianza son contratos atípicos.

Los contratos atípicos, podría decirse que son inventados por las partes. El contrato atípico es el resultado de la fusión de dos o más contratos típicos, o de la modificación de alguno. Así sucede con el arrendamiento financiero o leasing, en el que una de las partes suministra a otra el uso de una cosa a cambio de una prestación periódica durante determinado tiempo, con el pacto añadido de que, al finalizar el plazo, el arrendatario podrá optar por restituir la cosa o comprarla.

El precontrato. Inicialmente, el precontrato fue definido como aquel contrato en virtud del cual las partes se obligan a celebrar en el futuro otro contrato determinado. En la actualidad, en el precontrato se configura un contrato que carece de toda eficacia, salvo la de atribuir a una de las partes, o a ambas, la facultad de exigir su vigencia como contrato definitivo.

Así concebida el precontrato puede ser útil en casos en los que, las partes requieren asegurarse la celebración de un contrato, pero no quieren que sus efectos se produzcan todavía.

Se ha discutido si los contratantes pueden exigir el cumplimiento en forma específica del precontrato, o si únicamente pueden solicitar la indemnización de daños en el caso de que una de las partes se niegue a otorgar el consentimiento para la celebración del nuevo contrato. Algunos autores entienden que, dado que sólo es necesario poner en vigor el contrato ya celebrado, no es necesario que ninguno de los contratantes otorgue nuevamente ningún consentimiento. La última jurisprudencia admite que, si una de las partes se niega a hacerlo, el Juez puede sustituirle en el otorgamiento de los documentos necesarios.

3.Requisitos del contrato. El consentimiento contractual: la oferta y la aceptación. Consentimiento emitido por medios telemáticos.

Como señala el artículo 1261 del Código civil *no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- *consentimiento de los contratantes.*

- *objeto cierto que sea materia del contrato.*
- *causa de la obligación que se establezca.*

El artículo 1262 Afirma *el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta.

Esto significa que ambos contratantes deben estar de acuerdo en las prestaciones que han de realizar, y el concepto en el que han de realizarlas.

El artículo 1262 del Código civil se refiere al <<por qué>> objetivo del contrato.

El consentimiento se forma internamente. Pero, para que surta efectos jurídicos, es preciso que ese consentimiento se manifieste o exteriorice. Esta necesidad puede dar lugar a disfunciones, cuando la voluntad interna y la declarada no coincide. La falta de coincidencia puede darse puede deberse a diferentes causas: un error en la declaración; o el declarante no manifiesta su verdadera voluntad. Cuando la divergencia es voluntaria y la otra parte cree de buena fe que la voluntad manifestada es la voluntad interna, el contrato es válido. En cambio, cuando la divergencia es voluntaria y conocida por la otra parte, o involuntaria, el contrato es nulo o anulable.

En el proceso de formación del consentimiento hemos de distinguir los siguientes elementos:

- Los tratos preliminares. Vienen determinados por los actos y manifestaciones de las partes encaminados a llegar a un acuerdo sobre el contenido del contrato. Siempre que los interesados actúen de buena fe no tiene ninguna consecuencia jurídica, y pueden ser rotos en cualquier momento. Cuando alguno de los interesados obra de mala fe, incurre en responsabilidad extracontractual, y deberá indemnizar los gastos que la otra parte realizó con vistas a la celebración del futuro contrato.
- La oferta. La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona, en la que se propone la celebración de un contrato. Puede estar dirigida a otra persona o personas en concreto, o al público en general. Es importante determinar el tiempo por el cual está vigente la oferta, pues la aceptación recaída cuando ha perdido su vigor no da lugar a la perfección del contrato. La oferta esta en vigor mientras no se revoque. Y el oferente puede revocarla en tanto no haya recaído la aceptación.
- La aceptación. La aceptación es la declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y en virtud de la cual manifiesta su conformidad con ella. Se requiere que sea comunicada al oferente.
- La perfección del contrato. En el Derecho civil el contrato se perfecciona (obliga a las partes) desde el momento en que, vigente la oferta, la aceptación llega a conocimiento del oferente. Sin embargo, cuando el oferente retrasa voluntariamente la toma de conocimiento de la aceptación el contrato se entiende perfeccionado en el momento de la recepción.

4.Capacidad para prestar consentimiento contractual. Vicios del consentimiento.

Los contratantes han de gozar de la capacidad necesaria para prestar el consentimiento. Esta capacidad no es uniforme para todos los contratos. Así, *el menor emancipado puede comprar, por sí solo, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor; en cambio necesita el consentimiento de los padres o del curador para vender estos bienes.* Como recoge el artículo 323 del Código civil.

El artículo 1263 del Código civil afirma *no pueden prestar consentimiento:*

- *Los menores no emancipados.*
- *Los incapacitados.*

Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada. Los menores no emancipados pueden celebrar algunos contratos. Así se reconoce en el artículo 162 del Código civil *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.*

Se exceptúan:

- *los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizar por si mismo.*
- *Aquellos en que exista conflicto de interés entre los padres y el hijo.*
- *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*

Para celebrar contratos que obliguen al hijo realizar prestaciones personales requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

En cuanto a los incapacitados es muy posible que un enfermo físico o psíquico pueda administrar sus bienes, aunque no enajenarlos; mientras, que otro no podrá ni administrar ni enajenar.

Quien tienen capacidad plena para contratar puede celebrar todo tipo de contrato; mientras que quienes tienen limitada la capacidad de obrar suelen poder realizar actos de administración, pero no de disposición.

El fenómeno de la contratación en masa ha dado lugar a algunas especialidades en la formación del contrato, que se incluyen dentro de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de la contratación.

Son contratos de adhesión aquellos que se encuentran prerredactados por el oferente, y que son iguales para todas las personas que contratan con él. Se trata de ofertas de contrato emitidas por grandes empresas, respecto a las cuales el particular no tiene otra opción que aceptarlas sin discutir, o rechazarlas en bloque.

Este tipo de contratos son indispensables en el mundo moderno, ya que racionalizan y facilitan la administración de las empresas, abaratando el producto final. Los contratos de adhesión son proclives a los abusos, a los que han tratado de poner coto tanto la doctrina como la jurisprudencia a través de la aplicación del artículo 1288 del Código civil *la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación prohíbe las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión realizados con los consumidores. Y establece la nulidad de pleno derecho de aquellas que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. El propio contrato sólo será nulo cuando la nulidad de la cláusula afecte a uno de los elementos esenciales del mismo, o cuando aquel no pueda subsistir sin la cláusula.

Tema 18. El contrato (continuación)

1.El objeto del contrato. La causa.

El artículo 1262.º-2 del Código civil menciona entre los requisitos del contrato, *el objeto cierto que sea materia* del mismo. El artículo 1271 señala *pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.* Y el 1272 afirma *no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.*

Posibilidad, licitud y determinación son los requisitos esenciales del objeto.

Posibilidad: excluye las cosas o servicios que son imposibles en un momento anterior a la perfección del

contrato. El contrato no existe por falta de objeto. No se excluyen las cosas futuras, las que no existen en el momento de la perfección del contrato, pero pueden llegar a existir.

Licitud: en cuanto a las cosas, es más preciso hablar de comercialidad. No están en el comercio las cosas de dominio público, las comunes a todos por no ser susceptibles de apropiación, y aquellos bienes de los que la persona no puede disponer libremente.

Determinación: el objeto está determinado cuando, puede llegar a determinarse sin necesidad de nuevo convenio entre las partes.

El artículo 1263.º-3 establece que no hay contrato si no existe *causa de la obligación que se establezca*. Además el artículo 1275 señala *los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*.

A pesar de lo que señala el artículo 1274 *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o la promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*. Se trata de la finalidad objetiva que se persigue en el contrato. Lo que quiere decir el artículo 1274 es que cuando se produce un empobrecimiento en el patrimonio de una persona del que se deriva un enriquecimiento en el patrimonio de otra, y éste no obedece a ninguna de dichas causas se produce un enriquecimiento sin causa, y el así enriquecido tiene la obligación de restituir.

2.El principio de libertad de forma en materia contractual y sus excepciones.

En este sentido, la causa es distinta del propósito individual que guía a las partes al contratar. Pero el propósito o motivo de una de las partes puede adquirir relevancia causal cuando es conocido y aceptado por la otra. Los motivos adquieren también relevancia en relación con la causa ilícita, es decir, cuando las partes pretenden alcanzar un fin ilícito: el intercambio de precio por servicio es una causa admitida, pero si el servicio consiste en pegar una paliza al vecino que nos molesta, la causa es ilícita.

El artículo 1277 señala *aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícito mientras el deudor no pruebe lo contrario*. El artículo 1276 señala *la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*.