

IGNORANCIA DE LA LEY Y LAS NORMAS DISPOSITIVAS*

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Los conceptos. 1.1. La ignorancia de la ley. 1.2. El Derecho dispositivo. 1.2.1. Norma dispositiva: aproximación al concepto. 1.2.2. Funciones las normas dispositivas. 1.2.3. Algunas cuestiones que plantean las normas dispositivas. El problema de su necesidad o conveniencia. El problema de su obsolescencia. Aunque se diga, no suponen la voluntad presunta de los sujetos interesados. 2. La ignorancia de la norma dispositiva por parte de su destinatario, del aplicador o de quien puede verse afectado por ella. 2.1. La regla del artículo 6.1 CC es aplicable a las normas dispositivas. 2.2. Algunos ejemplos de Derecho civil de normas dispositivas y trascendencia de su desconocimiento. 2.2.1. Las normas contractuales dispositivas (arts. 1255 y 1258 CC). 2.2.2. El régimen matrimonial supletorio. 2.2.3. Las normas de la sucesión intestada.

1. LOS CONCEPTOS

1.1. LA IGNORANCIA DE LA LEY

La frase contenida en el artículo 6.1 CC, conforme a la cual «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» es, con toda probabilidad, una de las más conocidas de nuestro Código Civil. Al tratar de explicar su contenido, es habitual relacionarla con la fórmula surgida de textos romanos de Paulo y Ulpiano según la cual *ignorantia legis non excusat*, considerada por algunos como una máxima de raíces profundas, casi místicas (Pérès-Dourdou, 2004: 341), y que en algún momento se interpretó como una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de las normas jurídicas.

Así entendida, fue objeto de aceras críticas de diversos juristas y filósofos, que destacaron especialmente su dureza e injusticia; entre nosotros es particularmente conocida la censura de Joaquín Costa, que llegó a calificar aquella interpretación como «un verdadero escarnio» ([1901], de las abundantes ediciones de la obra reflejadas por Delgado Echeverría, 2014: 3, nota 4, aquí se cita la de 2000: 31); por la misma época, en Francia, Dereux (1907: 554) la consideraba «una suerte de mentira que el jurista se dice a él mismo»; de «presunción de ciencia infusa» habló, bastante tiempo después, Carbonnier (1996: 95). Huellas de esta comprensión de la regla se encuentran en algunos códigos decimonónicos como el chileno, de 1856, cuyo artículo 8 permite la alegación

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia [exp. GPC2014/024], financiado por la Xunta de Galicia y el FEDER. Mis colegas y amigos Emilio Blanco, Jesús Delgado Echeverría, Juan Antonio García Amado y Margarita Herrero han tenido la paciencia de leer una versión provisional y me han dado su opinión y sus atinados consejos; quede constancia de mi gratitud por su desinteresada ayuda. De la debida a mi maestra, Teodora F. Torres García presente en este, como en todos mis trabajos, hago aquí renovación expresa.

de la ignorancia de la ley cuando exista imposibilidad de conocerla por interrupción de las comunicaciones.

Sin embargo, hoy en día la regla no se interpreta de ese modo, sencillamente porque, como dice Díez-Picazo (2000: 8), sería un completo absurdo, pues la abundancia y la complejidad de leyes hacen imposible su íntegro conocimiento incluso en el caso de los juristas más expertos (García de Enterría, 1999: 49; y Rodotà, 2010: 62, entre otros muchos); y ello aunque también sea cierto que nunca ha sido tan fácil como ahora el acceso a los textos legales y a las decisiones judiciales a través de las tecnologías de la información, en muchos casos de acceso universal y gratuito, lo que no obsta para que su comprensión cabal escape a la gran mayoría de los ciudadanos.

La universal regla latina más bien se interpreta en la teoría del Derecho actual como explicativa de la necesidad de no subordinar la fuerza obligatoria de la ley a su conocimiento efectivo por los ciudadanos (así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de mayo de 2002, en cuyo texto se dice expresamente que el desconocimiento de la legislación arrendaticia —o de cualquier otra norma jurídica— no impide su aplicación). En resultado es que imposibilita a los sujetos destinatarios prevalerse de su ignorancia, real o simulada, para eludir los efectos de la norma.

Así sucede con la explicación del reproducido artículo 6.1 del CC, copia literal del original artículo 2 del CC de 1889. A diferencia del modo en que fue leído e interpretado en otras épocas históricas, el precepto no impone la obligación de conocer las leyes ni implica una condena a quienes no las conozcan: simplemente trata de afirmar la voluntad de que el Derecho se cumpla y de que su realización no quede al albur de los particulares (Castro, 1949: 526, con referencia al texto normativo precedente inmediato; *cf.*, no obstante, los matices introducidos a la interpretación de Castro por Delgado Echeverría, 2014: 11 y ss.;

el pensamiento de Castro en relación con el precepto es asumido respecto al texto codificado vigente por Cabanillas, 1992: 662). Por lo tanto, su fundamento es puramente objetivo y radica en el interés general en la eficacia del Derecho con independencia del grado de su conocimiento subjetivo. En realidad, el precepto —hoy recogido con rango superior en el artículo 9.1 CE (García Rubio, 2010: 63; y Oliva, 2010: 143)— se limita a recordar que la norma obliga a su cumplimiento. El precepto constitucional citado exige que el Derecho sea objetivamente cognoscible (aunque no sea subjetivamente conocido), lo que a su vez impone deberes de transparencia al Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial), que muchas veces están muy lejos de ser cumplidos. La regla se relaciona también con los principios constitucionales de certeza y de seguridad jurídicas (Oliva, 2010: 150).

1.2. EL DERECHO DISPOSITIVO

1.2.1. Norma dispositiva: aproximación al concepto

Para concretar el concepto de norma dispositiva, puede ser de interés hacer alguna aproximación terminológica comparada. Observando los distintos sistemas jurídicos constatamos que el vocabulario utilizado no es del todo coincidente, ya que se usan expresiones distintas para hacer alusión a conceptos técnico-jurídicos que son muy semejantes y que aluden a un cierto tipo de normas que se oponen a las de naturaleza imperativa. Así, con parecido contenido semántico se habla de norma dispositiva en la tradición alemana (aunque el propio Windscheid, 1902: §30 utiliza hasta cinco calificativos como sinónimos: permisivo, conciliativo, completivo, supletorio y dispositivo, todos ellos como opuestos al derecho coactivo); de norma supletoria en la doctrina francesa —que utiliza la expresión «norma facultativa» como *tertium genus* entre la imperativa y la prohibitiva (Delvincourt, 1813: 10 y 238 y ss.), aunque en su explicación la re-

laciona fundamentalmente con la facultad de renunciar a los derechos que la norma en cuestión atribuye al sujeto—, o incluso de *default rule* en el *common law*, si bien conviene puntualizar que, por la propia configuración de este sistema jurídico, la bipartición imperativo/dispositivo no se aplica con carácter general y dicotómico a todo tipo de normas, aunque sí es relativamente fácil, en referencia a la materia contractual, aludir a esa dicotomía *default vs. immutable rules*, (Ayres y Gertner, 1989: 87; y Hirsch, 2004: 1032). En cambio, creo que en ningún caso es correcto hablar de norma disponible (Russo, 2001: 580), pues la norma civil es siempre disponible en el sentido de que respecto de ella funciona el principio dispositivo, aunque se trate de una disposición por inercia (omisión), o asociada a una actividad negocial (como la renuncia o la transacción).

Que aceptemos la calificación de las normas en los términos antedichos no significa que no existan autores críticos con la bipartición entre regla imperativa, por un lado, y regla dispositiva (o supletoria), por otro. Por ejemplo, el primer Geny y algunos autores alemanes no identifican la norma dispositiva con la supletoria, sino que consideran que ambas son, junto a la imperativa, tres tipos diferentes: la primera sería inaccesible a la voluntad de los particulares, por las circunstancias o por el origen, (tal es el caso de las reglas sobre la compensación). Algunos autores franceses apoyan esta tesis, que influyó claramente en el propio D. de Buen: en la *Enciclopedia Jurídica Española*, el autor recogió una clasificación del Derecho utilizando como criterio, precisamente, la relación de las disposiciones con la libertad de aquellos a quienes se dirigen; diferenciaba así entre un Derecho formulado y un Derecho electivo: el primero sería el contenido en una disposición que señala taxativamente el supuesto y la consecuencia; en cambio, el segundo no señala taxativamente ni el supuesto ni la consecuencia y solo hace alusión a un principio objetivo de justicia. Entendía que, a su vez, el Derecho formulado podía ser dispositivo u obligatorio, o facultativo o supletorio; llama

dispositivo al precepto que no deja margen a la autonomía de la libertad, imponiéndose a los particulares; y denomina facultativo o supletorio al que solo tiene vigencia «mientras las partes no dispongan otra cosa», añadiendo que estos preceptos o disposiciones facultativos son los sancionadores de la libertad de contratación (de Buen, [1913] 1966: 395); sin embargo, en otro lugar el mismo autor llama al primero Derecho impositivo, absoluto, preceptivo u obligatorio, y al segundo facultativo, supletivo o subsidiario, y señala que aquel obliga incluso contra la voluntad de las personas a quienes se dirige, mientras que este solo rige para suplir la voluntad de aquellas o completarla (de Buen, 1932: 270).

Posteriormente, siguiendo en la doctrina española, Federico de Castro menciona en algún momento las normas dispositivas de carácter imperativo (Castro, 1961: 333-334; 1982:1060); este mismo autor llega a calificar de «prurito de simplificación» la identificación entre el Derecho dispositivo y las normas de eficacia supletoria (1961: 333). Díez-Picazo ([1956] 2011: 1694-1695) tampoco se muestra del todo conforme con la identificación apuntada y en algún escrito concibe el carácter supletorio como una de las funciones de la norma dispositiva, si bien entiende que tal función que no agota el concepto ni constituye su esencia (Amorós, 1977: 330).

Con todos los matices apuntados, y aunque la reducción binaria sea una sobre-simplificación (*oversimplified* en expresión de Hirsch, 2004: 1032), lo cierto es que en la tesis más generalmente aceptada el concepto de norma dispositiva reclama necesariamente la otra cara de la moneda, esto es, la norma imperativa o cogente. Partiendo de esa premisa, la norma dispositiva se define negativamente como aquella que puede ser excluida por la voluntad de los particulares; si estos la excluyen y la sustituyen por lo voluntariamente asumido, la norma queda desplazada; si no lo hacen, la norma dispositiva es la aplicable, y ello aunque nada se diga y aunque ni siquiera se conozca (estaríamos ante «el sonido del silencio» al que

se refieren algunos autores); en este sentido, creo que norma dispositiva equivale a norma supletoria. Con raíces en la conocida distinción de H. L. A. Hart entre reglas primarias y reglas secundarias, Delgado Echeverría (2011: 252 y ss.) lo explica perfectamente en términos formales y describe el concepto de norma dispositiva como el resultado del juego de dos normas: a) una norma N_1 , que proporciona el contenido normativo y que puede ser de cualquier clase (de mandato, de permisión, atributiva de poderes, constitutiva, conceptual); y b) otra norma N_2 , que atribuye el poder de desplazar a N_1 , excluyendo su aplicación en ciertos casos y bajo ciertas condiciones; habitualmente se llama norma dispositiva a N_1 . De esta suerte, ser «norma dispositiva» no es una propiedad intrínseca de N_1 , sino una propiedad relacional (Delgado Echeverría, 2011: 256).

Así descrita, y a pesar de que el antedicho sea el concepto hoy generalmente aceptado, es interesante resaltar que el Tribunal Constitucional español parece entender otra cosa; concretamente, en la sentencia referida a la ley de parejas de hecho de Navarra (STC 93/2013, de 23 de abril), no duda en considerar que solo son dispositivas las normas que se asumen voluntariamente. Vale la pena, a este respecto, reproducir una parte del Fundamento Jurídico nº 8, que, en relación con las leyes de pareja, dice: «[...] Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE». Hasta aquí totalmente de acuerdo, dado que un régimen imperativo —de verdad— sobre los efectos jurídico-civiles de las parejas no casadas contradice la Constitución porque viola la libertad de no contraer matrimonio. Mi discrepancia se centra en la segunda parte del mismo párrafo cuando el máximo intérprete de la Constitución señala: «[...] De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja». Puesto en relación con

la frase inmediatamente anterior, esto significa que para el Tribunal Constitucional lo «dispositivo» se equipara a lo previamente asumido por las partes: el TC se aparta así de lo que, como se ha dicho, es la concepción más habitual entre los teóricos de la norma.

Volviendo al sentido aquí asumido, la calificación bipartita que distingue entre norma imperativa y norma dispositiva tiene gran relevancia porque impacta en el núcleo mismo de la relación entre la ley y la autonomía privada. Esta perspectiva nos aboca a un problema de concurrencia de fuentes normativas o de competencias normativas (Russo, 2001: 574). Díez-Picazo (1956: 1149 y ss.) resalta que la autonomía privada cumple el doble papel de constitución de relaciones jurídicas y de reglamentar el contenido de las mismas; este último es el sentido que nos interesa aquí, porque tal reglamentación autónoma, de existir, desplaza a la norma dispositiva. Al respecto, es muy interesante el matiz de von Thur ([1946]1998: 35), que señala que el efecto del Derecho imperativo en relación con la voluntad de las partes puede ser variado: en ciertas materias se excluye toda disposición contractual —como en las relaciones personales entre cónyuges—; en cambio, otros preceptos imperativos están dispuestos para la eventualidad de que las partes quieran entrar en una relación jurídica, suponen una voluntad contractual y regulan de manera inderogable las condiciones y los efectos de la misma: así, en los preceptos relativos a la forma y en los que limitan la voluntad contractual en determinados contratos, como sucede con la forma en la donación, por ejemplo.

En el caso de la norma civil, el carácter dispositivo es la regla y la imperatividad la excepción (cf. ley 8 FN; el artículo 4 de la Ley vasca 5/2015; artículo 3 CDFA *Standum est chartae*; y Díez-Picazo, ([1956] 2011: 1699, para quien la presunción de Derecho dispositivo es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad); cf., asimismo, el Artículo 411-1 del anteproyecto de Código Mercantil, que bajo la rúbrica «Carácter dispositivo de las normas» establece: «Las normas que regulan

los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes».

Cabe insistir en la idea de que, con este planteamiento, para la mayoría de los autores la distinción imperativa/dispositiva supone una división dicotómica de las normas jurídicas —al menos desde la publicación del *Code*, parece que no antes, según Pérès-Dourdou (2004: 43 y ss.)—, división que además es propia de la tradición romano-germánica. Sin embargo, entiendo que hay buenas razones para que actualmente la bipartición aludida pueda ser puesta en cuestión, y ello por varios motivos, entre los que cabe destacar los siguientes: (i) la creciente relevancia del *soft law* y su controvertido carácter normativo [códigos de conducta, principios doctrinales, etc. (Laporta, 2007: 261 y ss.)]; (ii) la existencia de normas consideradas semiimperativas o unilateralmente imperativas, esto es, desplazables solo por uno de los sujetos de la relación, como sucede paradigmáticamente en materia de protección de los consumidores; (iii) la presencia de hipótesis en las que la autonomía privada permite «escapar» de normas imperativas de un determinado ordenamiento y someterse a otro a través, por ejemplo, de la elección de una ley aplicable a un contrato —no obstante, cf. artículo 3.3. Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales (Roma)—, a través de la *professio iuris* prevista en el artículo 22 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo, o incluso en aquellos casos en los que se autoriza el desplazamiento dentro de un mismo ordenamiento cuando este es plurilegislativo (así sucede en el ámbito civil del

ordenamiento español, en el que, por ejemplo, el cambio de vecindad civil puede determinar la variación de la norma aplicable); y (iv) finalmente, el hecho de que las reglas o normas que no son genuinamente imperativas no actúan siempre de la misma manera. Detengámonos ahora con cierto detalle en esta última idea, que trataré de aclarar distinguiendo tres categorías diferentes de normas.

La primera sería aquella que reclama el *opt-in* (algo así como la opción de entrar) para ser aplicable, lo que es tanto como decir que sería la norma aplicable por elección. Los ejemplos que se pueden traer a colación son numerosos: así sucede con algunas normativas nacionales sobre parejas de hecho o, recientemente, y en el ámbito de la Unión Europea, con algunas disposiciones sobre acciones colectivas (Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión 2013/396/UE; BOE 26.7.2013); asimismo, puede citarse como ejemplo la propia configuración de la recientemente retirada Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) como un instrumento opcional (Palao Moreno, 2015: 24 y ss.); también, en fin, podría mencionarse la ya citada *professio iuris* del Reglamento de Sucesiones. Sea como fuere, existen ejemplos mucho más clásicos, como el de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario en el Código Civil (artículo 1010 CC).

La segunda supone la aplicación de la norma en cuestión por defecto, de forma que lo que se permite es el llamado *opt-out* (sería la opción de salir del ámbito de aplicación de la norma), esto es, que la autonomía de la voluntad determine precisamente la exclusión de la aplicación de la norma sin que se produzcan ulteriores consecuencias directamente derivadas de ese ejercicio de autonomía. Se puede aludir, como ejemplos, a la posibilidad de excluir las normas sobre evicción en la compra-

venta del artículo 1475 CC *in fine* y, mucho más claramente, a mi modo de ver, a la regla contenida en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que regula los efectos de la voluntad de excluir su aplicación en todo o en parte, sin que sea exigible designar expresamente el Derecho aplicable, supuesto en el que más adelante me detendré. En el ordenamiento jurídico español los límites a esta exclusión son la contravención del orden público (lo que queda fuera del ámbito de cualquier norma dispositiva) y el perjuicio de un tercero, según establece el artículo 6.2 CC, precepto cuyos límites están, en realidad, pensados para la renuncia a los derechos (Cabanillas, 1992: 732 y ss.).

La tercera categoría implica que para que la norma en cuestión no sea de aplicación se exige el establecimiento de una regulación voluntaria alternativa (como sucede, por ejemplo, con el régimen económico matrimonial o con las reglas sobre la sucesión *mortis causa*); cuando esta autorregulación es insuficiente, se aplicará, en lo falte, la norma dispositiva que no haya sido válidamente excluida (Delgado Echeverría, 2011: 256),

Pues bien, a pesar de que la antes citada STC de 2013 sobre la ley de parejas de hecho Navarra llame dispositiva a la primera modalidad (*opt-in*), precisamente estamos ante la que no es tal o, al menos, no lo es en el sentido que aquí hemos considerado más acertado. Sí son normas genuinamente dispositivas, en cambio, las del tipo segundo (*opt-out*) y, en su plena dimensión, las del tercero, donde la norma dispositiva cumple además la misión de proporcionar una regla en defecto (o insuficiencia) de un acto de autonomía (Delgado Echeverría, 2011: 257).

Por otra parte, conviene resaltar que en el Derecho positivo no es frecuente que se aluda directamente a la distinción imperativo/dispositivo (aunque sí lo hacen abiertamente, como ya se ha anticipado, el Derecho aragonés o navarro y también el anteproyecto de Código Mercantil), lo cual no impide, como

dice Díez-Picazo, ([1956] 2011: 1694), que el ordenamiento se sirva claramente de ella. Con todo, como también señala este último autor, el verdadero problema no consiste en discernir conceptualmente entre norma dispositiva y norma imperativa, sino en dilucidar, en presencia de una norma concreta, si tiene uno u otro carácter; a veces la decisión será fácil, como sucede si la regla en cuestión contiene la cláusula «salvo pacto en contrario» u otra similar; en sentido opuesto, será imperativa si declara carente de efecto las disposiciones que se aparten de ella. Sin embargo, en otras ocasiones la calificación no será tan evidente y será necesario analizar el fin y el significado de la norma en cuestión para derivar su inclusión en una u otra categoría (von Thur, [1946] 1998: 35; y Cabanillas, 1992: 729).

1.2.2. Funciones las normas dispositivas

Considero que las funciones que puede cumplir una norma dispositiva en el sentido aquí mantenido son fundamentalmente tres, a las que llamaré función ordenadora, función regulatoria y función conformadora (Moslëin, 2011: 31 y ss.).

En primer lugar, la norma dispositiva cumple una **función ordenadora** para el caso en el que las partes no introduzcan la suya propia; se trata, pues, de suplir la regulación autónoma derivada de la voluntad por la heterónoma que supone precisamente la regulación dispositiva (Moslëin, 2011: 71ss.; y Morales Moreno, 1995: 2281, que distingue las normas dispositivas y las normas materiales de interpretación). A esta función responde la dimensión utilitarista de la regla supletoria (Pères-Dordou, 2004: 416 y ss.), muy destacada por los autores del Law&Ec., quienes consideran que este tipo de normas promueven la eficiencia y minimizan los costes de transacción. El campo clásico sobre el que razona dicha perspectiva es el contractual. Bajo este punto de vista, el Derecho contractual dispositivo cumple la función de ahorrar a las partes los costes de

transacción al suministrar un cuerpo de reglas «por defecto» que son eficientes, pero de las que pueden apartarse si lo desean; no obstante, las partes solo se apartarán efectivamente cuando, a su juicio, los beneficios de hacerlo excedan de los costes de transacción, así incrementados (Eidenmüller y otros, 2011: 111 y ss.; extensamente, Cziupka, 2010: *passim* y, en la doctrina española, Paz-Ares, 1985: 2843 y ss.). Esta función conecta con la idea anglosajona del *implied term in law*, también llamada *gap filling terms* (Barnett, 1992: 822), establecidos por la ley en lugar de basados en la voluntad de las partes. Repárese en dos puntos derivados de este planteamiento, que a su vez suelen estar conectados: (i) aunque tal punto de vista parece presumir que las partes conocen el Derecho dispositivo, pues solo así podrán juzgar su verdadera eficiencia, no siempre será así, pues los costes de información también han de ser tomados en consideración; incluso se dice que en ocasiones el legislador crea las normas llamadas *penalty default* con el propósito de incentivar a las partes para que se informen mejor (Ayres y Gertner, 1989: 91; y Hirsch, 2004: 1058) (ii) hasta cierto punto, para cumplir la función ordenadora el contenido de la norma dispositiva concreta es irrelevante, pues aunque no sea el más adecuado, por un lado será el aplicable cuando su desplazamiento imponga altos costes de transacción, incluidos los de información sobre la norma aplicable, y, por otro, cualquier norma supletoria tiene cierta *vis* atractiva, pues su aplicación deriva simplemente de la inercia o la inacción; el *sticky effect* de las *default rules* es ampliamente destacado en la doctrina americana (cf. Hirsch, 2004: 1060).

En segundo lugar, la norma dispositiva cumple una **función regulatoria**; con ello quiero expresar que la ley establece reglas que considera oportunas para el caso concreto, en la medida en que son, precisamente, las habitualmente seguidas en la práctica, lo cual no impide que puedan ser derogadas o modificadas por una manifestación determinada de la voluntad privada (Castro, 1982: 1060; Morales Moreno, 1995: 2279; y Russo, 2001: 596). En cierta me-

didá, esta función coherencia con la idea de la voluntad presunta a la que aludiré más adelante, pero no coincide plenamente con ella. En tal sentido, es muy interesante la explicación de von Thur ([1946] 1998, y 32 y ss.) en la que apunta que el legislador establece las fórmulas de acuerdo con lo que sería, por término medio, la voluntad de las partes si ellas mismas hubiesen previsto y resuelto las cuestiones de referencia; el autor añade que, por ello, el Derecho supletorio corresponde en principio a la voluntad presumible de las partes, si bien aclara que no se funda en esta y que cabe aplicarlo aun cuando conste que una de ellas no conocía la ley o que la había entendido mal: así, si se contrae matrimonio sin convenciones matrimoniales, el lugar de estas lo ocupa el régimen legal no porque las partes lo hayan querido tácitamente, sino porque la ley lo dispone así para la eventualidad de que falten dichas convenciones, cualquiera que hubiese sido el motivo por el cual no se celebraron.

Entiendo que la función regulatoria corresponde a lo que cabe llamar la dimensión sociológica de la norma dispositiva: se supone que lo establecido por el legislador encarna la normalidad objetiva de la comunidad (Costa [1883], 1981: 194 y ss. atribuía, de hecho, a las normas supletorias un carácter consuetudinario, tesis que en breve desarrollaré). En este sentido, la función antedicha se relacionaría, entre otras, con la discusión existente en ciertos lugares sobre la necesidad de que el legislador opere el cambio de régimen económico matrimonial supletorio comunitario (gananciales, en el caso del Código civil y de la Ley de Derecho Civil de Galicia) por uno de índole separatista, según algunos mucho más adecuado para la realidad social actual, y ello aunque quepa recordar que también dentro del propio régimen legal supletorio caben pactos que desplazan normas concretas, pero no el entero régimen (entre otros, y por citar uno de los más frecuentes actualmente, el pacto capitular sobre la autonomía en la gestión, administración o disposición de los gananciales).

La tercera y última función de la norma dispositiva es la que se ha denominado **fun-**

ción conformadora del «ser» y del «deber ser» de la «normatividad» —de la «función expresiva» de la norma habla, en sentido aproximado, aunque no idéntico, la doctrina anglosajona, (Hirsch, 2004: 1053)—. Este tipo de normas cumplirían una función simbólica, a modo de control o guía de la norma deseable; incluso algunos autores piensan que pueden tener eficacia transformadora de las preferencias sociales (*transformative defaults*, según Hirsch, 2004: 1035 y 1056), algo así como si reconociéramos un poder pedagógico a la norma. Con esta función se está haciendo referencia a la dimensión moral de la norma supletoria, que sería expresión de las ideas de justicia, equidad, equilibrio de las prestaciones, etc. Si esta función se cumple efectivamente, es porque la norma dispositiva encarna el deber ser de la comunidad y tiene una misión directriz de los comportamientos, tesis germana desarrollada en relación con algunos problemas surgidos por la utilización de condiciones generales de la contratación y que en nuestra doctrina fue recogida por de Castro (1961: 334; 1982:1061), a quien siguen en este punto autores como Díez-Picazo (1956: 1695), Cabanillas (1992: 727) y Morales Moreno (1995: 2281). Si el presupuesto que la norma dispositiva es que encarna el ideal de justicia social, parece evidente que su apartamiento por voluntad de los particulares habrá de tener alguna justificación para ser eficaz. Creo que de algún modo se trata de una función de la que se ha hecho eco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en algunas sentencias en materia de protección de los consumidores como la del caso Barclays Bank S.A. (STJUE: C:2013:280, de 30 de abril de 2014), un asunto en el que se estima que si las partes no han pactado otra cosa se dice expresamente que «es legítimo presumir que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional» (citando también el caso RWE Vertrieb, EU: C: 2013: 180, apartado 28).

Otro ejemplo paradigmático de la tercera función de la norma dispositiva se halla en una de las explicaciones que dadas al régimen

jurídico de la sucesión intestada. Para algunos teóricos del Derecho de sucesiones, las normas codificadas sobre sucesión intestada reflejan —o deberían reflejar— el orden sucesorio social y moralmente aceptable o deseable, que representa además la voluntad presunta del causante medio y que, a mayores, supone la ejemplificación de lo que se considera la vía apropiada de transmisión de la riqueza (Pérez Escolar, 2003: 62 y ss.). Un claro ejemplo de este tesis se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de mayo de 2007 (citada por Delgado Echeverría, 2012: 537), que resolvió un caso en el que la testadora, revocando un testamento anterior, nombra herederos a su dos hermanos. La sentencia dice literalmente: «[...] Veamos ahora si frente a las pruebas de carácter médico, constan en autos otras que pudieran desvirtuarlas y que expliquen el cambio de voluntad experimentado por la testadora, quien revocando el testamento anterior y alterando el orden natural de los afectos, cual es el mayor cariño a los descendientes respecto de los colaterales, reserva a su única hija la legítima que por ley le corresponde, pero instituye herederos a sus hermanos». A continuación, y al hilo de la narración de las circunstancias fácticas que explicaban las relaciones entre la testadora y su hija, la resolución añade: «[...] ni se constata la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan comprender el cambio de voluntad testamentaria [...]». En resumen, el tribunal entiende que fue una «buena hija» y que, por tanto, la voluntad testamentaria no debió ser íntegra, o sea, que la testadora no estaba en su cabal juicio y que, por esa razón, el testamento no era válido.

1.2.3. Algunas cuestiones que plantean las normas dispositivas

El problema de su necesidad o conveniencia

Como hemos visto, las normas civiles (en realidad, las normas de Derecho privado) son

generalmente dispositivas porque operan en relación con otro poder normativo, la autonomía privada, que también tiene la facultad de crear normas. Se puede decir que las normas cogentes son islas en el mar de Derecho dispositivo, que conforma, como se ha dicho ya, la mayoría de normas civiles (Díez-Picazo, 1956: 1699; Russo, 2001: 596; y Mönslein, 2011: 16 no lo comparten en el ámbito del Código Civil español, Amorós, 1977: 304; Cabanillas, 1992: 730). Por añadidura, en este sector del ordenamiento la norma dispositiva no solo es la regla modelo del Derecho privado, sino también la expresión de la cultura jurídica basada en la idea de libertad (Mönslein, 2011: 18), de modo que la introducción de reglas imperativas en el ámbito del Derecho privado exigiría un motivo legítimo (garantía de la libre voluntad de las partes, protección de los menores, etc.).

Resulta, por cierto, sumamente interesante volver en este punto al pensamiento de Costa, a quien, como en tantas ocasiones, no siempre hemos comprendido correctamente. En su famosa obra sobre la *Libertad civil*, el autor aragonés entendía que los códigos contienen dos clases de leyes: unas, las imperativas, superiores a la voluntad de los particulares, independientes de toda carta, que rigen por sí mismas, quieran o no las personas privadas; otras leyes y otros artículos del Código tendrían, por el contrario, carácter libre, voluntario, facultativo, a modo de reglas virtuales, potenciales, que no pasarían a ser actuales y efectivas sino por voluntad de las personas privadas. Son una especie de fórmulas que solo rigen con carácter privado cuando los particulares las vivifican mediante su aceptación expresa o tácita (el autor parecía aceptar, pues, la tesis de la voluntad presunta, que más adelante intentaré refutar); al preguntarse por qué estas últimas se introducen en los códigos a pesar de ser de voluntaria aceptación, Costa estimaba que las razones eran dos. La primera, que los particulares no siempre tienen experiencia sobre lo actos que han de ejecutar, y el legislador les ofrece ya desarrollada de un modo preciso

la forma más usual, más conforme con el sentimiento jurídico de la generalidad. La segunda, que suponen la presunción de que cuando un particular no se ha dado ley propia en todo o en parte con respecto a determinada relación que ha contraído, es porque ha entendido aceptar lo acostumbrado por la generalidad, de suerte que toda esa masa de artículos y leyes voluntarias, de carácter supletorio, que llenan la mayor parte de las páginas de cada código son, en realidad, una traducción de la costumbre. Por eso, concluye que el legislador debe estar muy atento a las modificaciones que se van produciendo en la práctica del pueblo a fin de abrogar o derogar y sustituir paralelamente la ley supletoria correspondiente (Costa, [1883] 1981: 196 y ss.). No entraré ahora en la cuestión de las consecuencias que, para el autor aragonés, derivan de que se produzca la mutación de la querencia del pueblo sin el correlativo cambio por parte del legislador, que, como es conocido, no son las que refleja el artículo 2.2 CC.

El problema de su obsolescencia

En relación con lo que se acaba de decir, a veces se ha criticado que la plasmación de normas dispositivas en los códigos conduce directamente a su petrificación y frecuente obsolescencia. Si esta se produce efectivamente, la norma dispositiva dejaría de cumplir las funciones que le son propias o, cuando menos, las que hemos denominado aquí regulatoria y conformadora.

Por poner un par de ejemplos, no faltan quienes entienden que esto sucede hoy en día con algunas reglas del régimen jurídico del *ab intestato*, muy especialmente en lo que atañe a la posición del cónyuge viudo, menos favorable de lo que la mayor parte de las personas considera deseable (en similar sentido, Delgado Echeverría, 2011: 264). En sede contractual, sería lo que ocurre con algunos de los preceptos del Código Civil en materia de compraventa, de suerte que las reglas dispositivas codificadas, totalmente obsoletas, son desplazadas

en la práctica no solo por la voluntad de los particulares, sino incluso por alguna que otra forzada interpretación jurisprudencial (como muestra, por ejemplo, la exagerada utilización de la tesis del *aliud por alio* para eludir el breve plazo de caducidad de las acciones edilicias).

Sin embargo, y pesar de que no faltaran en el pasado opiniones contrarias, conviene recordar que esa presunta obsolescencia no implica que la falta de utilización de la norma en cuestión suponga su derogación, como claramente se deriva del artículo 2.2 CC cuando comienza señalando que las leyes solo se derogan por otras posteriores; tampoco implica que se admita en el régimen del Código Civil la costumbre *contra legem* (artículo 1.3 CC). Con todo, es preciso aclarar que, aunque no haya técnicamente derogación, el desuso de normas dispositivas puede convertir leyes enteras o partes enteras de códigos en letra muerta —gráficamente, Carbonnier (1995: 138) equiparaba el fenómeno al expositor de unos grandes almacenes con productos que nadie compra—, hasta el punto de aludir al «fracaso del legislador» (Delgado Echeverría, 2011: 270, citando como muestra el torturado artículo 1137 CC, que presume la no solidaridad entre deudores; otro tanto cabe decir, en mi opinión, de la regla de la revocación del testamento por el posterior perfecto contenida en el artículo 739.1 CC).

Aunque se diga, no suponen la voluntad presunta de los sujetos interesados

La tesis según la cual la norma dispositiva representa la voluntad presunta de los sujetos implicados fue la mantenida por la doctrina pandectística (Cziupka, 2010: 70 y ss.); reflejo de esta concepción son las palabras recogidas por Azcárate en la contestación a Costa ([1901] 2000:139). Esta teoría tiene su razón de ser en el pensamiento individualista, de absoluto imperio de la autonomía de la voluntad, propio del siglo XIX, que atribuye a la norma dispositiva o supletoria un simple valor interpretativo de una voluntad no declarada pero

existente (Pérès-Dourdeu, 2004: 312 y ss.); de ser así, la efectividad de la regla dispositiva derivaría de una aplicación por elección presunta y no por ausencia de elección.

Entiendo que no se puede compartir este planteamiento. No lo hace Díez-Picazo (1956: 1695) ni, en la doctrina francesa, Pérès-Dourdeu (2004: 331); sin embargo, sí se desliza en Castro (1982: 1060). La regla supletoria no supone una genuina presunción de voluntad, como lo demuestra el hecho de que el silencio, que no es expresión de voluntad alguna implica, como regla general, ausencia de voluntad y no voluntad presunta o voluntad hipotética.

Tampoco se puede defender, como en su día algunos mantuvieron —en la tradición francesa, es célebre el dictamen del juriconsulto Charles du Moulin a propósito de los esposos Ganey en 1525, citado y parcialmente reproducido por Pérès-Dourdou (2004: 312 y ss.)— que el régimen matrimonial supletorio supone una convención tácita; baste pensar que ese régimen supletorio se aplica también a menores e incapacitados judicialmente, aunque no puedan por sí solos otorgar capitulaciones (arts. 1329 y 1330 CC). Idéntico argumento se puede hacer en relación con las reglas de la sucesión intestada, que también se aplican en caso de que el causante de la sucesión hubiese carecido de capacidad para testar y, por tanto, su voluntad de que se aplicaran efectivamente esas reglas fuera irrelevante.

La norma dispositiva no presume nada y, por tanto, nada se puede probar en contrario, por lo que no cabe su exclusión *ex post*. Esto nos plantea el problema de la relación de este tipo de normas con la regla de la ignorancia, relación sobre la que nos detendremos posteriormente. Baste decir, por el momento, que si en verdad detrás de la aplicación de la norma dispositiva estuviera la voluntad presunta del interesado, probada la ignorancia de la norma y con ella la ausencia de voluntad de someterse a la misma, la regla supletoria no sería de aplicación, pues por hipótesis la voluntad hacia algo o sobre algo implica su efectivo conoci-

miento. De hecho, el propio tenor literal del artículo 6.1 CC muestra que no cabe hablar de voluntad presunta, pues su campo de aplicación no se restringe, como se verá a continuación, a la norma imperativa.

En resumen, la norma dispositiva o supletoria se aplica por defecto, simplemente en ausencia de voluntad contraria (se trata de *default rules*), no por la voluntad (presunta) de los interesados (no estamos, pues, ante *choice rules*).

2. LA IGNORANCIA DE LA NORMA DISPOSITIVA POR PARTE DE SU DESTINATARIO, DEL APLICADOR O DE QUIEN PUEDA VERSE AFECTADO POR ELLA

2.1. LA REGLA DEL ARTÍCULO 6.1 CC ES APLICABLE A LAS NORMAS DISPOSITIVAS

El origen de la regla del artículo 6.1 CC conforme a la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (Oliva, 2010: 152 y ss. sobre el significado de «ley» en el precepto), muestra que se trata de un texto que fue concebido para normas de naturaleza imperativa (penales, prohibitivas, etc.); de hecho, resulta fácil reconocer que los ejemplos que nos vienen primero a la cabeza cuando queremos aplicarla son de esa índole. No en vano, García Goyena (1852: 15) señala que los antecedentes patrios de la regla antedicha, que se recogían en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, se referían solo a delitos o leyes prohibitivas, y que fueron las Partidas las que lo extendieron al ámbito civil, donde además incluyeron excepciones relativas a ciertas clases de personas a las que no se aplicaba la regla presuntiva (entre otras, por cierto, las mujeres). La explicación del insigne autor sobre la regla citada en sus *Concordancias* al Proyecto de CC de 1851 es la siguiente: «[...] nadie puede *escusarse* (sic) con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber,

porque a nadie *escusa* (sic) su propia falta»; su explicación es, pues, de naturaleza puramente subjetiva. Es curioso cómo Castro (1949: 529, nota 6) da cuenta de que el Código de Parma, en su artículo 1084, distinguía entre leyes de orden público y de interés privado y admitía la excusa respecto de estas y no de aquellas, lo que a su juicio no podría admitirse. No obstante, en nuestra doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil existen también opiniones que limitan la aplicación de la regla originalmente contenida en el artículo 2 CC a las normas imperativas y prohibitivas, al considerar que solo estas, y no las permisivas, son susceptibles de cumplimiento o incumplimiento (*Enciclopedia Jurídica Española*, [1913] 1966: 439).

De hecho, si analizamos el entorno comparado, observamos que en el ordenamiento jurídico italiano el código civil no contiene una regla similar a la de nuestro artículo 6.1 CC; sin embargo sí lo hace el artículo 5 del Código Penal; resulta esclarecedor que la Sentencia *Corte Costituzionale* de 24-25 de marzo de 1988 declaró inconstitucional el citado precepto del Código Penal si se interpretaba como exclusión de la conciencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, admitiendo así en el ámbito penal la relevancia de la ignorancia inexcusable. Al respecto, me permito recordar que, en el caso español, la teoría penalista más moderna enfoca este tema desde construcciones teóricas como «el error de prohibición» que se alejan de las referencias directas a la regla del artículo 6.1 CC (Díez-Picazo, 2000: 12; Hierro, 2003: 216 y ss.), construcciones que, es más que probable, propicien decisiones distintas a las de las sentencias de finales del XIX referentes a los albañiles condenados por hurto por apropiarse del tesoro encontrado, resoluciones que en su día mencionara Costa ([1901 (2000): 46] y de las que también se hace eco Hierro (2003: 211) (*cf.* ahora artículo 14 Código Penal español).

Volviendo al discurso general, cabe decir que incluso los privatistas más señeros muestran trazas de la creencia de limitar la regla de

la ignorancia a las normas cogentes; así lo hace, por ejemplo, Díez-Picazo (2000: 11) cuando trata de explicar el sentido moderno del principio recogido en el original artículo 2 CC (actual artículo 6.1) en estos términos: «[...] la máxima moderna expresa la indeclinable necesidad de cumplimiento de las leyes, con independencia de las circunstancias personales de los súbditos, y es una consecuencia inmediata del carácter imperativo que las normas legales pueden tener». A decir verdad, no estoy del todo segura que el autor esté aquí utilizando el término imperativo en el sentido técnico más arriba indicado.

Sea como fuere, como se ha anticipado, tal y como se expresa la redacción vigente en el Código Civil español, la contenida en el artículo 6.1 es una regla que afecta a todo tipo de normas y, por tanto, también a las normas dispositivas o supletorias, que al igual que las imperativas, obligan a su cumplimiento de no haber sido desplazadas por la voluntad contraria (Morales Moreno, 1995: 2280). La creencia contraria es una muestra más de lo que Pérez-Dourdou (2004: 107) denomina «la depreciación normativa de las reglas supletorias». El mismo autor denuncia que para algunos teóricos «la regla supletoria es, cuando menos, una regla de segundo grado, situada en el límite inferior del escalón normativo, mientras que la regla imperativa encarna el modelo ideal de la regla de derecho» (*Ibidem*).

Lo que hasta cierto punto puede tener menos sentido es la aplicación de la regla según la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento a las normas aplicables por elección (las denominadas *opt-in*), dado que si se opta voluntariamente por ellas es porque, al menos en teoría, se conocen y por ello se prefieren. No obstante, una cosa es optar por la regulación de una institución jurídica que más o menos se conoce (por ejemplo, el régimen de separación de bienes) y otra que en realidad se esté al tanto de todas y cada una de sus reglas (como que puede existir una compensación *ex post* por el trabajo prestado para la casa), además de que este tipo de normas no responden

al modelo que hemos considerado prototípico de la norma dispositiva (aunque sí sea el que considera tal nuestro Tribunal Constitucional).

2.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO CIVIL DE NORMAS DISPOSITIVAS Y TRASCENDENCIA DE SU DESCONOCIMIENTO

A continuación expondré algunas cuestiones derivadas de la regla sobre la ignorancia prevista en el artículo 6.1 CC y su proyección sobre tres supuestos destacados de normas dispositivas, respectivamente referidos a la materia contractual, el régimen económico matrimonial y las normas sobre la sucesión intestada.

2.2.1. Las normas contractuales dispositivas (arts. 1255 y 1258 CC)

El contractual es el sector paradigmático de la norma dispositiva (Möslein, 2011: 24; Delgado Echeverría, 2011: 267). Ello es lógico en la medida en que, en un sistema de economía de mercado, el Derecho de contratos se basa en la autonomía privada, expresión del principio general de libertad contractual (Díez-Picazo, 2012: 12 y ss.). Aunque algo deshilvanadas, haré algunas consideraciones relativas al axioma de la ignorancia de la ley y a la norma contractual dispositiva.

Empezaré por recordar que es precisamente en el ámbito contractual donde algunos autores señeros han resaltado las que hemos llamado funciones ordenadora y conformadora de comportamientos objetivamente «correctos» que poseen las normas dispositivas. En nuestra literatura jurídica ha sido muy repetida la frase de Federico de Castro, quien, recogiendo la tesis de algunos autores alemanes, afirma que las normas (dispositivas) que regulan los contratos y cada tipo de contrato no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados,

supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una «función ordenadora», por lo que no puede ser desplazados sin razón suficiente (Castro, 1961: 333-334). Este punto de vista ha tenido gran trascendencia en la teoría de las condiciones generales de la contratación y sigue estando presente en decisiones judiciales tan recientes y significativas como la ya citada STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Barclays Bank).

Descendamos ahora a algunos casos concretos de normas contractuales dispositivas que han suscitado cierto debate relacionado con el tema que nos ocupa. Me parece interesante comenzar con el análisis del ejemplo propuesto por un autor francés de comienzos del siglo XIX (Dereux, 1907: 515): dos personas concluyen una venta y, creyendo que los gastos del acto incumben al vendedor, suman al precio de la cosa el montante de estos gastos; a pesar de lo establecido en el artículo 1593 *Code*, que pone esos gastos a cargo del comprador (cf. artículo 1455 CC, no enteramente coincidente con el francés), el juez debe dejarlos a cargo del vendedor. Según el mencionado autor, ello es así es porque la máxima según la cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento no se aplica a las normas supletorias. Lo cierto es que no es esta la explicación plausible: la razón estriba en que los particulares han manifestado una determinada voluntad que desplaza la aplicación de la norma legal dispositiva y, por tanto, no cabe recurrir a ella.

Otra hipótesis curiosa sería la siguiente: supongamos que la ignorancia de una norma supletoria en materia contractual lleva a las partes a no pactar otra cosa que, de haber conocido el contenido de la norma supletoria, sí hubieran acordado —así, sobre los gastos del contrato, o en materia de arras, o sobre los criterios de conformidad en la entrega de la cosa, o sobre la extensión de los daños por incumplimiento, por poner solo algunos ejemplos sen-

cillos—. Me parece claro que, en este tipo de situaciones, el juez (continental) no podrá suplir la falta de disposición de las partes buscando su verdadera intención y, por consiguiente, la norma dispositiva se aplicará a pesar de la ignorancia *ex ante* de las partes.

Con anterioridad he citado la decisión de nuestro Tribunal Constitucional sobre la ley navarra de parejas de hecho como un supuesto de mala comprensión de lo que es la norma dispositiva; en este punto traigo a colación otra decisión judicial, en este caso francesa, que también supone una desacertada asunción por parte del tribunal de lo que es la norma dispositiva o supletoria. Se trata de la sentencia de la *Cour Cass*, de 26 junio de 2001, en un supuesto de compraventa internacional de mercaderías en el que se discutía si era o no de aplicación la Convención de Viena. El alto tribunal afirma que las normas de la Convención constituyen derecho sustantivo francés y que el juez francés debe aplicarlas, lo que es de todo punto razonable. Pero añade que tales normas pueden ser excluidas, según el artículo 6 de la propia Convención, precepto que se ha de interpretar en el sentido de que permite que las partes puedan eludirlo tácitamente «[...] si ambas se abstienen de invocarlo delante del juez francés». Como se desprende de la abundante doctrina internacionalista que ha tratado el tema del acuerdo de exclusión de la Convención, admitiendo incluso la exclusión tácita pero en todo caso consciente (Calvo Caravaca, 1998: 96 y doctrina allí citada); y, en Francia, Heuzé, (2000:93), la afirmación del tribunal francés es absolutamente incorrecta, ya que el derecho supletorio no precisa la invocación de parte para ser aplicado (Morales Moreno, 1995: 2280); en este caso, y sin razón alguna, el juez francés está transformando una regla aplicable por defecto de voluntad expresa o tácita, pero existente, en una regla aplicable por elección. Aunque las partes no invoquen la regla en cuestión porque la ignoren, el juez ha de aplicarla y no puede a su vez ignorarla (Delgado Echeverría, 2011: 269, que sostiene que para el juez la norma dispositiva es norma

cogente), pues él sí tiene un deber de conocimiento y cumplimiento de las normas, con el límite, en el caso español, de la costumbre y el Derecho extranjero, *ex* artículo 281.1 LEC para la aplicación judicial, si bien otras autoridades pueden estar sometidas a reglas diferentes.

2.2.2. El régimen matrimonial supletorio

No me parece arriesgado afirmar que, en ámbito del régimen económico matrimonial, la ignorancia de la ley va a ser relativamente frecuente. Baste pensar que, incluso entre expertos juristas, puede existir una absoluta ignorancia sobre el régimen económico matrimonial que tienen determinados cónyuges en el caso de matrimonios internacionales e interregionales, muchas veces derivada de la dificultad de conocer *ex ante*, en defecto de elección expresa, el ordenamiento que rige los efectos del matrimonio a tenor de los artículo 9.2 y 3 CC.

Tampoco es rara la ignorancia sobre el concreto régimen económico que puede afectar a determinadas personas —de nuevo, incluso entre verdaderos expertos— provocada por la desidia del legislador contemporáneo en la elaboración de las normas. Un ejemplo paradigmático lo proporciona la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia (2006 primera versión, 2007 segunda y vigente) que hizo nacer en profesores, notarios, registradores y jueces la duda y la controversia sobre la aplicación o no del régimen de gananciales a las parejas de hecho sometidas al Derecho Civil gallego, duda que el Tribunal Constitucional todavía no ha resuelto (SSTC 18/2014, de 30 de enero y 75/2014, de 8 de mayo, 125/2014, de 21 de julio de 2014 y 127/2014, de 21 de julio de 2014; en todas, el TC rechaza entrar en el fondo del asunto al considerar que no estaba correctamente identificada la norma sometida al control de constitucionalidad).

En fin, es muy frecuente, en este caso entre los interesados, la ignorancia de las normas concretas que rigen su economía en caso de no celebración de capitulaciones matrimoniales, con la consiguiente aplicación del régimen supletorio; en el caso del régimen de gananciales del Código Civil, estas reglas tienen un contenido a veces complejo, de controvertida interpretación y, en muchas ocasiones, contrario a la creencia de los sujetos implicados —lo que, de nuevo, refuta la tesis de la voluntad presunta o hipotética como fundamento de la norma dispositiva—.

En la mayoría de los casos, la ignorancia destacada solo trasciende cuando surge el conflicto (v.gr. por divorcio de los cónyuges), supuesto en el que conviene hacer algunas puntualizaciones. La primera, que por tratarse de una materia de libre disposición de las partes, si ellas acuerdan una solución, el descubrimiento de la ignorancia previa no va a tener relevancia alguna. La segunda, que si se produce la controversia entre los interesados, y estos no llegan a un acuerdo, la solución que ha de proveer el juez (o la autoridad que corresponda) plantea dos posibles escenarios: (i) que sea el juez o la autoridad correspondiente los que ignoren la norma aplicable y se equivocan, supuesto en el que, como en cualquier otro caso, el desconocimiento podrá provocar la revocación de la resolución por la autoridad o tribunal superior y, en su caso, de ser pedida y reconocida, la indemnización de daños (Delgado Echeverría, 2006: 196); y (ii) que fueran los particulares interesados los que, por ignorar *ex ante* la norma aplicable, tomaron decisiones que a la larga les perjudican, de modo que no tendrán otro remedio que someterse a las consecuencias de la correcta apreciación *ex post* de la norma por parte del órgano decisor.

2.2.3. Las normas de la sucesión intestada

Para un cierto punto de vista clásico, las normas legales relativas a la sucesión intestada serían algo así como un testamento presunto,

tácito o latente del causante. La idea se remonta cuando menos a Grotius, quien en su *De iuri belli ac pacis* explica que si el *de cuius* no ha testado es porque la sucesión legal es conforme a sus deseos, idea también recogida en los trabajos preparatorios del *Code*, pues según Bigot-Prémeneu, si no existe la voluntad declarada del causante, ejerce su imperio la voluntad presunta y es la ley la que suple su voluntad (Fenet). Para el caso del Derecho español, esta tesis y su repercusión en nuestro proceso codificador está expuesta con bastante detalle por Pérez Escolar (2003: 62 y ss.).

Ya he dicho con porfiada insistencia que las normas dispositivas no suponen ninguna voluntad presunta o hipotética de los interesados; por tanto, en el caso de la sucesión *mortis causa*, no cabe que los herederos u otros sujetos afectados prueben que la voluntad del causante no coincidía con lo que la norma legal establece (v.gr. porque el fallecido desconocía completamente las reglas de la sucesión intestada, por ponerlo en relación con el artículo 6.1 CC), o incluso que demuestren que tal voluntad era cabalmente otra, lo que hubieran podido hacer si, en efecto, la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia fuera una genuina presunción. La única prueba posible para excluir la sucesión *ab intestato* es presentar un testamento válido (o en su caso un contrato sucesorio) cuyas reglas, de ser eficaces, desplazarán a la normas supletorias donde se establece el régimen legal.

También en este punto vuelvo a recordar que el adecuado cumplimiento de las que hemos convenido en llamar las funciones ordenadora y conformadora de la norma dispositiva aconseja seguramente la revisión de algunas reglas del Código Civil español en materia de sucesión intestada, muy singularmente las destinadas a disciplinar la posición del cónyuge viudo «en defecto» de voluntad testamentaria, puesto que el refuerzo de dicha posición, so-

bre todo en lo que atañe a su prioridad en el orden sucesorio respecto de los ascendientes del causante, puede considerarse una demanda socialmente muy extendida (así sucede ya en el artículo 442-3 CC Cat., pero no por ejemplo en el artículo 517 CDF de Aragón)

Desde otro punto de vista, pero manteniéndome en el ámbito sucesorio, destaco que algunos autores pertenecientes al Law & Ec. piensan que las normas de la sucesión intestada discriminan entre ricos y pobres, porque los primeros pueden soportar mejor que los segundos los costes de transacción conectados tanto con la carga de informarse sobre el contenido de las normas supletorias —lo que de nuevo establece una conexión entre norma dispositiva y la regla de la ignorancia— como con los costes asociados a hacer testamento, que en el caso de España, como ha puesto de relieve el estudio empírico realizado en 2006 por Delgado, son relativamente bajos (Delgado Echeverría, 2011: 262). De seguir esta línea de pensamiento, los pobres estarían sometidos a la norma dispositiva en más ocasiones que los ricos, lo que no deja de ser bastante probable.

Por último, haré mención a las tesis que estiman que en la preferencia por las normas del *ab intestato* juegan, sobre todo, factores psicológicos, de suerte que hay personas que tienen aversión a hacer testamento, frente a otras que tienen lo que ha llegado a llamarse «logorrea testamentaria» (Hirsch, 2004: 1047 y ss.). En relación con lo dicho en el párrafo anterior, no falta incluso quien se pregunta si los ricos son menos supersticiosos que los pobres, lo que, para concluir, nos conecta de nuevo con Joaquín Costa y su acerba crítica a la regla conforme a la cual la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento, pues es bien conocido que él también era de la opinión de que la regla en cuestión perjudicaba a los pobres ([1901] 2000: 38); y también, más liviano en su denuncia, de Buen (1932: 363).

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1977): «Comentario al artículo 6.2 y 6.3», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- AYRES, Ian (2012): «Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules», *Yale Law Journal*, 121 (8), 2032-2116.
- AYRES Ian y Robert GERTNER (1989-1990): «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale Law Journal*, 99 (4), 87-130.
- (1992): «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», 101, *Yale Law Journal*, 101, 729-773.
- BARNETT, Randy E. (1992): «The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent», *Virginia Law Journal*, 78, 821-911.
- BUEN, Demófilo De ([1913] 1966): «Norma jurídica», voz, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXIII, Barcelona: F. Seix ed.
- (1932): *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1992): «Comentario al artículo 6», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa.
- CARBONNIER, Jean (1995): *Flexible droit*, París: LGTD.
- (1996): *Droit et passion du droit sous la V République*, París: Flammarion.
- CASTRO BRAVO, Federico De (1949): *Derecho Civil de España*, vol. 1, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- (1961): «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 295-341.
- (1982): «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 987-1051.
- COSTA, Joaquín ([1883] 1981): *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, (Introd. de Jesús Delgado), Zaragoza: Guara Editorial.
- ([1901] 2000): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre* (Introd. de Luis Díez-Picazo), Madrid: Civitas.
- CZIUPKA, Johannes (2010): *Dispositives Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2006): «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 13-171.
- (2006): *Elementos de Derecho Civil (Parte General, vol. I)*, Madrid: Dykinson.
- (2011): «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», en J. Delgado Echeverría (ed.), *Retos de la dogmática civil española*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 221-284.
- (2012): «Autonomía privada y Derecho de Sucesiones», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Madrid: Consejo General del Notariado, 513-542.
- «El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja», [En línea]. <https://www.academia.edu/8561453/EL_PROBLEMA_DE_LA_IGNORANCIA_DEL_DERECHO_EN_JOAQU%C3%8DN_COSTA_UNA_VISI%C3%93N_REFLEJA>.
- DELVINCOURT, Claude Étienne (1813), *Cours de Code Napoléon*, I, París: Chez P. Gueffier.
- DEREUX, Georges (1907): «Étude Critique de l'adage 'Nul n'est censé ignorer la loi'», *RTDCiv.*, 1907, 512-554.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1956): «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1149-1182.
- (2000): «Nota introductoria al libro de J. Costa *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*», Madrid: Civitas.
- (2012): «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, *Derecho patrimonial*, 1, Madrid: Consejo General del Notariado, 1-19.
- EIDENMÜLLER, Horst (2012): «Hacia una revisión del *acquis de consumo*», en S. Cámara Lapuente y S. Arroyo Amayuelas (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 107-162.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2010): «Comentario al artículo 6», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.

- HART, Herbert L. A. (1962): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro T. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HEUZÉ, Vincent (2000): *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, París: La Librairie Juridique de Référence en Ligne.
- HIERRO, Liborio (2013): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- HIRSCH, Adam (2004): «Default Rules in Inheritance Law: a Problem in Search of its Context», *Fordham Law Review*, vol. 73, 1031-1101.
- «Ignorancia de la ley» Voz, *Enciclopedia Jurídica Española*, L. Mouton y Ocampo, L. M^a Aller y Cassi, E. Oliver Rodríguez, J. Torres Ballesté, t. XVIII, Barcelona, ed., [1913?]-1966.
- LAPORTA, Francisco Javier (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- MARTÍN MORÓN, María Teresa (2010): *El deber general de conocimiento de la norma y su proyección en el ámbito contractual*, Cizur Menor, Pamplona, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1995): «Derecho dispositivo», voz, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid: Civitas.
- MÖSLEIN, Florian (2011): *Dispositives Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010):, *El error iuris en el Derecho Civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- PALAO MORENO, Guillermo (2015): «Some Private International Law Issues», en *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Heidelberg: Springer, 17-35.
- PAZ-ARES, Cándido (1995): «Principio de eficiencia y Derecho privado», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, III, Valencia: Tirant lo Blanch, 2843-2900.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta (2003): *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Madrid: Dykinson.
- PÉRÈS-DOURDOU, Cécile (2004): *La règle supplétive*, París: La Librairie Juridique de Référence en Ligne.
- RODOTÀ, Stefano (2010): *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. A. Greppi, Madrid: Trotta.
- RUSSO, Ennio (2001): «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», *Rivista di Diritto. Civile*, 47, 573-599.
- VON THUR, Andreas ([1947] ²1998): *Derecho civil, vol. I. (Los derechos subjetivos y el patrimonio)*, Madrid: Marcial Pons.
- WINDSCHEID, Bernhard (1902): *Diritto delle Pandette vol. I*, trad. Italiana C. Fadda y P. E. Bensa, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese.