

El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones^(*)

Luis Díez-Picazo y Ponce de León

Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

1. INTRODUCCION.

El apartado 1º de la base 3ª de la Ley de Bases para la modificación y reforma del Título Preliminar del Código Civil, decía lo siguiente: *"al regular la eficacia general de las normas jurídicas se determinarán, con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, las consecuencias de la ignorancia de la ley, del error de derecho y de los actos contrarios a normas imperativas"*, añadiendo inmediatamente después que *"con iguales criterios se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de la ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho"*.

El Decreto 1836/1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, ha desarrollado las directrices de la Ley de Bases, dedicando una regla a los actos realizados en fraude de la ley (artículo 6º apartado 4º) y otra al abuso del derecho (artículo 7º apartado 2º), ambas situadas dentro del Capítulo III, que lleva como rótulo *"De la eficacia general de las normas jurídicas"*.

La Exposición de motivos, que precede al texto del citado Decreto, dice, al referirse a las figuras en cuestión que, *"el capítulo dedicado a la eficacia gene-*

ral de las normas jurídicas, luego de reiterar con algunos perfeccionamientos disposiciones ya contenidas en el Código, introduce como innovaciones de sumo interés y muy justificada necesidad la sanción del fraude de la ley y la del abuso del derecho". De esta suerte las dos figuras, enlazadas en la Ley de Bases y ligeramente separadas en el texto articulado, vuelven otra vez a unirse. La Exposición de motivos añade que, *"para obtener la descripción sintética de las situaciones representativas de uno y otro se han tenido especialmente en cuenta las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de Derecho comparado"*.

No parece, por ello, tarea impertinente tratar de perfilar la forma en que nuestro texto vigente del Código Civil ha recogido y descrito ambos fenómenos, así como las consecuencias que de ellos se pueden extraer y, más allá de la exégesis o del comentario, pueden también tratarse de establecer, si de verdad existe, la relación, el parentesco o el enlace entre ambas figuras.

2. EL ABUSO DEL DERECHO.

Suele afirmarse casi siempre que la figura del abuso del derecho es relativamente moderna y que se produjo como una reacción frente al Derecho ro-

^(*) Agradecemos al Dr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León la autorización para la publicación del presente artículo en nuestras páginas.

mano, donde rigió, por el contrario, la regla conforme a la cual el que usa de su derecho no lesiona a nadie, no causa ningún daño o no lo produce con dolo (*qui suo iure utitur neminem laedit, nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*).

Sin embargo, se ha observado también que los textos de donde tales máximas se extrajeron, proceden todos ellos del *Digesto Justiniano* y dentro de él del Título XVII del libro 50, que lleva como rúbrica "*De diversis regulis iuris antiqui*", donde se encuentran señaladamente un texto de Gayo (fr. 55) y otro de Paulo (fr. 151 y 155). Es muy probable que, como en tantas otras materias, en su origen estos textos no hubieran sido otra cosa que piezas de argumentación utilizadas para resolver cuestiones muy concretas. Parece demostrarlo así el hecho de que el fragmento de Gayo proceda de un libro II "*De Testamentis ad Edictum Urbicum*" y los de Paulo procedan de los libros de "*Comentarios sobre el Edicto del Pretor*". Algunos romanistas han señalado incluso que *Digesto*, 50, 17, 55, se refiere probablemente al mismo caso tratado por Ulpiano en *Digesto*, 29, 4, 6, 3. El edicto trataba de impedir que el heredero testamentario pudiera repudiar la herencia deferida por testamento y aceptarla ab-intestato, para quedar de esta manera libre de obligaciones en relación con legados y fideicomisos. El juego de la revocación testamentaria y de la aceptación ab-intestato sería una maniobra dolosa, que no se produce, sin embargo, cuando el propio testador lo ha autorizado.

Las palabras *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* no tienen, pues, otro sentido que el de expresar la consecuencia lógica según la cual quien permanece dentro del ámbito de su propio derecho no puede ser acusado de dolo o de la comisión de un acto ilícito.

Lo mismo se puede decir respecto del llamado derecho intermedio, en el cual, sin embargo, el trabajo paciente de la glosa permitió la construcción del concepto de "*acto de emulación*". La prohibición de los actos de emulación, verosíblemente debida al influjo paulatino de los principios éticos cristianos, se produce a través de un procedimiento de extensión de soluciones romanas a casos concretos, como es, señaladamente, la glosa *in suo facit* a *Digesto*, 8, 5, 8, donde la prohibición de los actos de emulación se liga con la materia de las aguas y de los humos (*fumus ex taberna casiaria*). A estos casos originarios, se van, poco a poco, añadiendo otros que se deben fundamentalmente al aumento de la población dentro de las áreas urbanas (edificios, luces, etc.). Por ello, una gran parte del trabajo de la glosa se concentra en el comentario de *Digesto*, 50, 10, 3, que se refiere a las construcciones y que originariamente contenía sólo una disposición de Derecho administrati-

vo consistente en una limitación de orden público, puesta a la fabricación de edificios construidos *ad aemulationem alterius civitatis*. El texto (Macer, libro 2º de *oficio praesidis*) dice lo siguiente: "*Opus novum privato etiam sine principis autoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materia seditionis praebeat vel circum theatrum vel auf sit*".

La palabra *aemulatio*, que tiene originariamente el sentido de rivalidad, en Cino de Pistoya y en Baldo, pasa a significar una *inhonesta consideratio*, y el acto de emulación es un acto, referido al derecho de propiedad, inficionado por una determinada carga psicológica (*animus nocentis*).

La moderna figura del abuso del derecho, superando la estrecha concepción inicial de los actos de emulación, comienza a dibujarse en la jurisprudencia francesa del siglo XIX para vetar algunos comportamientos o actividades que, sin embargo, se encontraban dentro de los límites fijados por las normas de la codificación napoleónica, es decir, dentro de la legalidad, sobre la que tanto insistió aquella codificación.

Se puede considerar como caso directivo el decidido por el Tribunal de Colmar en el año 1855, donde se afirma que el derecho de propiedad, así como el ejercicio de cualquier otro derecho, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Esta inicial jurisprudencia, que se desenvuelve sobre todo en el marco del derecho de propiedad, alcanza después un significado mucho más general. Por ejemplo, en materia de derecho hipotecario, de derecho de acción, de derecho de obligaciones, de patria potestad o de potestad marital.

En el Derecho alemán, en la doble redacción del proyecto del Código Civil, aparece en primer lugar la vieja prohibición de los actos de emulación, que en el proyecto primero se refería únicamente al derecho de propiedad, pero que en el texto definitivo se refirió al ejercicio de cualquier derecho subjetivo. El parágrafo 226 dice en este sentido que "*el ejercicio de un derecho es inadmisiblesi sólo pudo haberse ejercitado con la finalidad de causar daños a otros*". La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, han ampliado el alcance de la regla, trasladándola de la intención emulativa al carácter objetivamente inadmisibles, sirviéndose para ello del parágrafo 242.

En nuestro país, la doctrina de la admisibilidad del abuso del derecho ha encontrado aplicación en algunas leyes especiales. El artículo 9º de la L.A.U. establece que los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso de un derecho normal o ejercicio del mismo.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo quien la ha consagrado con carácter general. Es particularmente importante

la decisión contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1944 (Compañía Catalana de Gas y Electricidad contra Consorcio de la zona de Barcelona), de la que no parece necesario recordar más que este párrafo:

"... los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, e incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y, c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) ó bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)".

Con estos antecedentes se puede comprender ahora mejor el apartado 2º del artículo 7º de la nueva redacción del Código Civil, donde se lleva a cabo lo que la Exposición de Motivos llama una *"descripción sintética de la situación representativa"* del fenómeno y se trata de extraer de él unas determinadas consecuencias jurídicas.

El texto legal, recién entrado en vigor, dice lo siguiente: *"La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*.

La descripción del fenómeno parece seguir una línea intermedia o ecléctica, que sale de una posición nítidamente subjetiva que se sitúa ante los puros actos de emulación (actos realizados con intención de dañar) o ante la falta de carácter serio y legítimo de la finalidad perseguida, para objetivar el supuesto a través de las características de extralimitación o de traspaso manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho. El centro de grave-

dad se coloca así sobre la pura idea de la *normalidad* del ejercicio, considerándose como antisocial todo ejercicio anormal. Del criterio de la normalidad cabe decir sólo que constituye un tipo abierto, que da lugar a un ejercicio, que en buena medida tendrá que ser arbitrario y cuyo contenido sólo podrá ir llenando paulatinamente una jurisprudencia progresiva.

Sin embargo, como perfiles generales de la figura descrita en el vigente artículo 7º del Código Civil, se pueden destacar los siguientes:

- 1º La identidad o sinonimia que en el texto legal parecen tener las nociones de *"abuso de derecho"* y de *"ejercicio antisocial de los derechos"*.
- 2º Los actos de ejercicio de los derechos pueden ser abusivos o antisociales no sólo por la intención de su autor, sino también con carácter objetivo, por sobrepasar manifiestamente los límites normales de ese derecho.
- 3º El abuso o el ejercicio antisocial de los derechos puede cometerse lo mismo por acción que por omisión.
- 4º Finalmente, se hace entrar en la noción la idea que el acto abusivo o antisocial, para serlo, debe producir *"daño para tercero"*. Lo cual plantea el arduo problema de la caracterización general del daño, que en un sentido muy amplio puede ser considerado, y ésta parece haber sido la intención del legislador, como cualquier necesidad de realizar un sacrificio o cualquier producción de una desventaja, pero que en un sentido más técnico parece exigir la lesión de bienes jurídicos especialmente protegidos. Si esta última fuera la posición que se adoptase, el abuso del derecho sólo aparecería como posible frente a un bien jurídico o a un interés jurídicamente protegido y no frente a situaciones de mera expectativa o situaciones no especialmente tuteladas, aun cuando también en ellas el acto pueda ser abusivo.

Nosotros nos inclinamos por pensar que el daño no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio. Sin daño efectivo, el acto puede ser abusivo y determinar la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas. ¿Cuáles son éstas?

Los efectos del abuso de un derecho subjetivo aparecen regulados con bastante claridad en el nuevo texto legal:

- 1º Los actos realizados con abuso son actos que traspasan los límites del derecho y que deben ser, por ello, considerados como extralimitaciones. En consecuencia, son actos ilícitos y la ley los priva de su amparo: *"la ley no ampara"*.

2º Cuando el acto abusivo es dañoso, no entra en juego la exclusión de la antijuridicidad y, por consiguiente, de la responsabilidad, que normalmente derivaría del hecho de haber actuado el causante del daño en el ejercicio de un derecho. El carácter abusivo o antisocial es así una circunstancia impeditiva de la exoneración de la responsabilidad por el carácter justo de la acción, de manera que el daño se transforma en indemnizable y resarcible. El perjudicado dispone de una acción dirigida a obtener el resarcimiento del daño.

3º Por último, el sujeto pasivo del abuso dispone de una acción o de una pretensión de casación, dirigida a obtener la terminación de la situación abusiva o vejatoria. Parece laudable el texto vigente cuando no ha limitado las consecuencias jurídicas del acto abusivo al resarcimiento del daño y las ha extendido a lo que se llaman "*medidas impeditivas de la persistencia en el abuso*".

El texto no concreta cuáles pueden ser estas medidas, por lo que su atipicidad legal habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes. La Exposición de Motivos parece que admite, en este sentido, cualquier condena de hacer o de no hacer, que sea además susceptible de "*ejecución en forma específica*".

Finalmente, hay que subrayar que, según el texto legal, las medidas impeditivas de la persistencia del abuso, pueden ser tanto medidas judiciales como medidas administrativas.

Por lo que se refiere a las primeras (medidas judiciales), creemos que tendrán que consistir en una resolución judicial, en forma de sentencia, en la que se contenga, como antes decíamos, una condena de hacer o no hacer. Esta sentencia tendrá que ser dictada tras un proceso contradictorio, en el cual cabrá adoptar –si la Ley de Enjuiciamiento lo permite y nuestra Ley de Enjuiciamiento es para ello muy restrictiva– medidas cautelares de aseguramiento.

Mayores dificultades presenta el averiguar cuáles son las medidas "*administrativas*" que el texto menciona también. No parece que el artículo 7º del Código Civil suponga una plena legitimación de la Administración Pública, ni una atribución de competencia a la misma, en toda su posible escala de órganos, para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos. Entiendo que la norma del Código Civil es de mera remisión y que la autoridad administrativa tendrá legitimación y competencia cuando se la atribuyen las leyes especiales por las que se rija.

3. EL FRAUDE DE LA LEY.

Existen en la doctrina civilista varios intentos de construir una teoría general del fraude, como fenómeno unitario dentro del Derecho Civil. De entre ellos, podemos hacer referencia a dos: el primero es el ensayado por Luigi Carraro ("*Valore attuale de la massima 'fraus omnia corrumpit'*", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949) y el segundo el de José Vidal (*Essai d'une théorie générale de la fraude en Droit français*, París, 1957).

A juicio de Carraro, en los supuestos en que el fraude, por su frecuencia y relevancia, ha asumido aspectos típicos, el legislador lo ha castigado con normas particulares. En otros casos, el elemento de fraude, con formas diversas, queda en el centro de un complejo de hechos que no aparecen especialmente sancionados. Esto debería dar lugar, a juicio del autor, a una "*reconstrucción del concepto de fraude utilizable en las hipótesis no previstas legislativamente*". A tal fin se puede partir de un examen del grupo de normas en las cuales el comportamiento fraudulento aparece como relevante. El significado que en estas normas y en estas ocasiones adquiere la palabra fraude no es siempre inequívoco, porque unas veces indica la astucia y el artificio, otras el engaño y otras más ampliamente una conducta desleal. Parece, sin embargo, posible que todos aquellos significados sean reconducidos a un único concepto, comprensivo de todos, que el autor a que nos referimos, encuentra en la mala fe en sentido objetivo, como actuación desleal o en daño de otro.

El segundo camino que se puede seguir, dice Carraro, es el de examinar las dos tradicionales especies del fraude, es decir, el fraude de la ley y el fraude de acreedores, intentando mediante su aproximación la posibilidad de dar un concepto unitario de fraude. En el fraude de la ley, sobre la base del Código Civil italiano vigente, se puede encontrar, a su juicio, un elemento objetivo y un elemento subjetivo, de manera que se contempla una actuación maliciosa del agente y un resultado objetivamente dañoso. Algo parecido ocurre en el fraude pauliano o fraude de acreedores, en el cual han entrado tradicionalmente como elementos el *eventus damni* y el *consilium fraudis*, si bien "*el intérprete no puede dejar de constatar la evolución experimentada por el instituto, el cual, por lo menos en sus aplicaciones más conocidas, ha trasladado el centro de gravedad del fraude a otros estados subjetivos del agente*". Se ha registrado, en suma –piensa Carraro–, una progresiva evolución de la revocatoria, que de ser un instituto encaminado a la represión del fraude, pasa a ser una institución entendida para tutelar de un modo objetivo el interés del acreedor.

Como consecuencia de todo lo analizado, Carraro llega a la conclusión que la idea de fraude entra de lleno en la idea general de la mala fe en sentido objetivo, entendida como comportamiento contrario a la corrección. El problema subsiguiente es ya un problema de disciplina jurídica. ¿Qué remedios pueden aplicarse para satisfacer la exigencia que la tradición, si bien no con un absoluto rigor jurídico, pero sí al menos con la convicción que la Moral y el Derecho no operan en planos contrapuestos, quería que se cumpliera mediante la aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit*? Para él constituye un problema de política legislativa establecer si la reacción contra la ilicitud comercial debe llegar hasta el punto de privar de eficacia el negocio o debe detenerse en la obligación de resarcimiento del daño.

“... entre el abuso del derecho y el fraude de la ley existe por lo menos un elemento común que es la desviación (...) de las líneas marcadas por el ordenamiento jurídico”.

Un sentido sustancialmente muy próximo al anterior tiene la tentativa de construir una noción unitaria de fraude, llevada a cabo por Vidal en la obra más arriba citada. Vidal constata cómo los Tribunales franceses persiguen el fraude bajo todas sus formas. *La fraude fait exception a toutes les regles de droit*, repiten una y otra vez y afirman en sus decisiones que *fraus omnia corrumpit*. Sin embargo, un examen, aunque sea superficial de las decisiones y sentencias, revela que la máxima no tiene siempre el mismo sentido. En una primera acepción, extraordinariamente amplia, la máxima carece de una significación precisa y los Tribunales al citarla se limitan a comentar la sanción que el fraude recibe ya en un mecanismo jurídico específico. Tratan simplemente de indicar “que todo fraude debe ser sancionado” y de subrayar la conformidad de las reglas jurídicas con las reglas morales que prohíben la mala fe. La máxima en tales casos es doblemente imprecisa, pues no se refiere a ninguna acepción concreta del fraude, sino que constata simplemente la existencia de una sanción que no funda. Sin embargo, hay otros casos en los cuales, a falta de todo medio técnico idóneo para justificar la sanción de un fraude, los Tribunales invocan en última instancia la máxima y fundan sobre ella una sanción. Aquí la máxima adquiere sin duda alguna un sentido preciso y además es ella sola la que funda la sanción de un fraude contra el

cual todas las armas del arsenal jurídico han sido ensayadas sin éxito. Para descubrir, dice Vidal, las razones profundas de la sanción del fraude, parece indispensable aislar el fenómeno a estudiar. Para ello, no se debe centrar la atención en aquellos casos o hipótesis en que el fraude no sea la única razón para invalidar un acto jurídico que encuentra ya de otro modo su sanción en el ordenamiento. En tales casos se admite sin duda que el fraude pueda producir ciertos efectos, como, por ejemplo, en el terreno de la prueba, facilitándola, o en el terreno de la represión agravándola, pero no es menos cierto que en tales casos el fraude no funda o, por lo menos, no funda por sí sólo una sanción que resulta ya de la violación del orden jurídico. Las hipótesis que deben ser tenidas en cuenta son aquéllas en que los Tribunales fundan únicamente sobre el fraude la sanción de determinados comportamientos o conductas que sin ella no hubieran podido ser reprimidas. Un rasgo común caracteriza a todos estos comportamientos. Todos ellos conducen a un resultado prohibido, pero, sin embargo, a pesar de ello no está desprovisto de efectos. Que puedan existir en Derecho cauces tales que permitan hacer aquello que una regla obligatoria prohíbe, o que permitan no hacer lo que ordena, sin incurrir en las sanciones eficaces con que la violación de la regla debe estar siempre necesariamente provista, es algo que puede parecer a primera vista sorprendente, pero ello puede ocurrir en todos aquellos casos en que la sanción, o no existe (*lex imperfecta*), o no permite privar de efectos al resultado contrario a la regla (*lex minus quam perfecta*). La teoría del fraude interviene para conseguir la ineficacia de aquellos comportamientos contra los cuales la regla jurídica es impotente. El fraude supone la realización de un resultado contrario al derecho: la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y de atender.

A mi juicio, estos intentos de Carraro y de Vidal marcan un camino exacto. Por encima del particularismo de los textos legales y por encima de las aplicaciones legislativas concretas, puede y debe reconstruirse una teoría general de la represión del fraude civil y establecer un concepto unitario del fraude, superando una expresión lingüística que no es absolutamente inequívoca, ni aparece utilizada en los textos legales en el mismo sentido. Es posible, empero, encontrar en la *mens legis* una serie de raíces profundas que determinan unas notas unitarias. Según la opinión generalmente admitida, en su sentido primitivo, la palabra fraude fue sinónima de daño o de perjuicio. Existen numerosos textos romanos en los cuales la idea de *fraus* se aproxima a la de *damnum o noxa*, de tal manera que la traducción de *fraus* por daño parece imponerse. Algunos autores

han precisado aquella significación originaria, en el sentido de que *fraus* es el daño especial sufrido por el derecho merced al hecho de su violación. *Fraus* es la ruptura de la regla de conducta, la ofensa al derecho, o la violación del imperativo. A la inversa, la expresión *sine fraude* significa sin violación de un imperativo.

Todos los autores, sin embargo, están de acuerdo en admitir que este sentido primitivo de la palabra *fraus* sufrió una evolución no muy bien conocida en el lenguaje romano y que probablemente ya en la época final de la República se empleó en el sentido de astucia, ardid, engaño, etc. Este nuevo sentido de la palabra *fraus*, empleada como engaño o deslealtad, aparece en los textos de Plauto, de Cicerón y de Tito Livio. Se aproximan las palabras *fraus*, *fallacia*, y *dolus* y se oponen a *fides* y a *veritas*.

Al mismo tiempo, no debe perderse de vista que, según parece probable, la palabra literal *fraus* posee su raíz más arcaica en el término *frus*, del que proceden las palabras frustrar y frustración, de modo que, en el sentido etimológico de la palabra *fraus*, se encuentra también la idea de hacer vano, eludir, sustraer y la de encontrar un pretexto o un subterfugio y determinar una esperanza fallida, una desilusión o un desencanto.

Quizá sea mediante recopilación de todos estos elementos como puede entenderse la idea general de fraude. En el fraude hay siempre, por una parte, un medio o mecanismo utilizado y, por otra, un fin o un resultado perseguido y conseguido. El medio o mecanismo se presenta, *prima facie*, como un aparato engañoso, como un subterfugio, como un ardid. El resultado final es una frustración, en el sentido antes apuntado, de haber hecho vano algo, de haberlo eludido, o de haber destruido una *spes* que de tal modo resulta fallida.

Aplicada esta idea dentro del mundo de los fenómenos jurídicos, aparece, a nuestro juicio, efectivamente claro que el *fraus* es una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Frente a las reglas de derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina. Se produce entonces una evidente contravención de la norma y un acto *contra legem*. El acto fraudulento es una manera de eludir las reglas de derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio.

Si del campo de la observancia de las reglas de derecho trasladamos el ángulo o la perspectiva al de los deberes jurídicos, la idea vuelve a ser la misma: se trata de no cumplir un deber jurídico articulando un medio o mecanismo que permite artifi-

cialmente eludirlo. Como quiera que todo deber jurídico protege intereses y derechos de terceros, en muy buena medida el *fraude* podrá ser también un medio ilícito de vulnerar y lesionar derechos de terceros, sin caer en una contravención frontal o directa.

Aun cuando los romanos no llegaron jamás a construir una teoría general del fraude, como reflexión casuística sobre las formas más importantes que el fraude reviste, llegaron a establecer dos grandes categorías, que han recibido en la doctrina posterior el nombre de *fraus patroni vel creditorum* y de *fraus legis*.

El *fraus patroni* aparece en el edicto del Pretor, en una serie de textos cuya existencia se encuentra atestiguada por Cicerón. Las disposiciones del Pretor se dirigen a hacer revocar aquellos actos fraudulentos por medio de los cuales los libertos vulneraban el derecho sucesorio de su patrono haciéndose insolventes. *Omne autem quaequumque in fraudem patroni gestum est revocatur*. Se le conceden al patrono las acciones pretorias, denominadas *fabiana* en el caso de la sucesión testamentaria y *calvisiana* en el caso de la sucesión ab-intestato, para revocar los actos del liberto. Dos condiciones se exigen para la viabilidad de estas acciones: el perjuicio sufrido por el patrono y un elemento intencional que consiste en la voluntad del liberto de sustraer los bienes al derecho sucesorio del patrono.

El *fraus creditorum* ha sido sancionado por el Pretor sobre el ejemplo del *fraus patroni* y mediante una serie de medidas excepcionales que culminan en la *restitutio in integrum ob fraudem*. Dos condiciones son también requeridas para la puesta en práctica de estas acciones: el *eventus damni* o elemento objetivo consistente en el perjuicio sufrido por los acreedores y el llamado *consilium fraudis* o *fraudandi causa*, que es un elemento subjetivo, más difícil de definir, ya que en ocasiones parece radicar en la intención maliciosa o voluntad del deudor de perjudicar a sus acreedores y en otras simplemente en el conocimiento de la existencia de los créditos y de que el acto convierte a su autor en insolvente.

Al lado de los textos que hablan de un *fraus creditorum*, aparecen también en las fuentes romanas una serie de textos que hablan del *fraus legis*. Como señala Vidal, en la obra citada, es cierto que los romanos no construyeron una teoría general del *fraus legis*, pero es cierto también que existieron numerosas intervenciones legislativas y jurisprudenciales para luchar contra ciertos fraudes, como, por ejemplo, contra los fraudes cometidos mediante la interposición de persona en materia de usura o contra el ejercicio fraudulento del *ius migrandi* por los *latini veteres*. Tampoco la sanción aparece uni-

forme y la mayor parte de las veces es empírica: una multa, el exilio, etc. A partir de la época clásica, sin embargo, la sanción más frecuente parece haber constituido en la aplicación del texto que se había querido eludir.

Una cierta generalización del problema aparece en la época de Paulo y de Ulpiano, de la cual proceden los famosos textos en los cuales se contraponen el *contra legem agere* y el *in fraudem legis agere*. El texto de Paulo, que es el más conocido, dice así: "*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*". Esto es: viola la ley aquél que hace aquello que la ley prohíbe y defrauda la ley aquél que, respetando su letra, elude el espíritu o voluntad de la ley. La diferencia nace de la apreciación entre las *verbas* o *litterae* de la ley, por una parte, y la *mens* o *sententia legis*, por otra. Según este punto de vista, el fraude sería respetar la letra violando el espíritu de la ley.

El punto de vista romano se recogió y se desarrolló en la doctrina romanista. Bartolo y Baldo intentan en el siglo XIV una clasificación del fraude: fraude de la ley (*in fraudem legis*), fraude del tesoro (*in fraudem fisci*) y fraude de otro (*in fraudem alterius*). El *fraus fisci* no parece, sin embargo, una categoría autónoma y entra con el *fraus creditorum* en la categoría más amplia del *fraus alterius*. Aparecen de esta manera dos tipos generales de fraude, el fraude de la ley o *fraus legis* y el fraude a los derechos de otro, que los postglosadores llaman *fraus hominis*.

En el derecho posterior ambas categorías se van a mantener si bien recibirán respectivamente alguna ampliación. En el *fraus alterius* o *fraus hominis* se insertaron los fraudes a los derechos de los acreedores, el fraude a derechos señoriales y el fraude cometido por el marido a los derechos de la mujer en el régimen de comunidad de bienes. Por su parte, se conservará la figura del fraude de la ley, si bien el principio de pluralidad de ordenamientos jurídicos (fueros, costumbres, estatutos, etc.) y el principio de territorialidad de la ley darán nacimiento a una nueva forma de fraude que consistirá en encontrar cobertura para el acto fraudulento en un ordenamiento jurídico diverso de aquél que se quiere eludir, figura esta que encuentra su pleno desarrollo en el Derecho Internacional Privado.

Resumiendo esta evolución, encontramos, como hemos dicho, dos grandes formas de fraude. Por un lado, el llamado *fraus alterius* o *fraus hominis* que existe en todos aquellos casos en que una persona vulnera o lesiona los derechos de otra (acreedor, cónyuge, etc.), mediante un acto que trata de ampararse en una norma de cobertura que, al me-

nos, *prima facie*, parece protegerlo. En la figura del *fraus legis* no aparece, en cambio, la finalidad de la violación de los derechos de un tercero, sino simplemente la de eludir una regla obligatoria y consiguientemente un deber jurídico. Sin embargo, si recordamos ahora que la contrapartida de todo derecho es también un deber jurídico, podremos comprobar cómo una y otra de las formas de fraude aparecen legadas por una característica común. En uno y otro caso se trata de eludir el cumplimiento de un deber jurídico, que en ocasiones lleva como contrapartida un derecho de otra persona. Según esta tesis que, a nuestro juicio, es la más acertada, no habrá más que una única forma de fraude, que con carácter general es el *fraus legis*, o violación de un deber jurídico obligatorio, que en ocasiones produce como consecuencia la vulneración de un derecho de un tercero. Dicho de otro modo, el *fraus alterius* o *fraus hominis* no es más que un caso particular del *fraus legis*.

En las líneas anteriores hemos visto ya cómo todos los ordenamientos jurídicos han considerado absolutamente necesario luchar contra los actos fraudulentos y reprimirlos. Ello se ha hecho posible en buena parte mediante el establecimiento de una disciplina normativa más acabada y concreta que completa la tradicional represión legislativa, que atañía únicamente a los actos realizados en fraude de acreedores. Muchos códigos y ordenamientos modernos han incluido en sus textos normas dirigidas a reprimir el fraude de la ley en sus posibles aplicaciones en el campo del Derecho Internacional Privado, como ocurre en el reciente Código portugués (artículo 21^o). En otros, la represión se ha dirigido hacia los llamados negocios jurídicos celebrados en fraude de la ley, como acontece en el artículo 1344^o del Código Civil italiano, según el cual se reputa lícita la causa de un contrato, cuando el contrato constituye un medio de eludir el cumplimiento de una norma imperativa. En otros casos la consagración se ha producido por vía doctrinal y jurisprudencial. Ocurre así en el Derecho alemán, donde la doctrina y la jurisprudencia han incluido en el párrafo 134 del B.G.B. la condena de los negocios en fraude de ley.

La doctrina de la represión del fraude de la ley goza de clarísimos y constantes precedentes doctrinales en toda la tradición jurídica europea y su consagración se ha producido en todos los ordenamientos jurídicos europeos hace muchísimos años. Algunos autores han señalado que existe una versión antigua y una versión moderna del fraude. Se ha llamado "*versión antigua*" del fraude a aquellas formas de fraude posibles en los estadios históricos en que domina el legalismo, técnica interpretativa

del *ius strictum* o interpretación literal de la ley. En tales estadios históricos, sin duda primitivos, sólo son actos contrarios a la ley aquéllos que vulneran la letra expresa de un precepto. En cambio, cuando el acto, o la serie de actos, se mantiene fiel a la letra, pero violenta el espíritu (*mens legis*), el acto es un acto de fraude de la ley. Más que hablar de una "versión antigua" habría que hablar de una versión antiquísima o primitiva del fraude. Es la idea que luce en el texto de Paulo que más arriba hubimos de citar. Sin embargo, cuando la interpretación deja de ser una interpretación legalista y literal, para tratar de buscar la *voluntas legis* o la *voluntas legislatoris*, es claro que aquellos actos que, aunque aparezcan ajustados a la letra, violentan el espíritu de la ley, son también actos contrarios a la ley. Se produce entonces un ensanchamiento del área de los actos *contra legem*, que a su vez restringe el área de los actos *in fraudem legis*. Es en este momento histórico que, probablemente hay que situar en el período postclásico del Derecho romano y en el humanismo europeo de los siglos XII a XIV, cuando aparece la llamada "versión moderna" del fraude, aunque de lo dicho se desprende que su "modernidad" es sólo relativa, por cuanto que goza de una antigüedad de varios siglos. Esta forma moderna del fraude consiste en lo que se ha llamado una *circunventio legis*, o lo que es lo mismo, lo que los alemanes llaman una *Gesetzumgehung*. Los autores del fraude realizan una *circunventio legis* o, si se prefiere, una "circunvolución" de la ley, esto es, utilizan un medio indirecto para eludir la aplicación de la norma, tratando de ampararse en otra ley que sólo de manera aparente protege el acto realizado. El mecanismo de la *circunventio legis* presupone la existencia de dos normas: la llamada ley de cobertura y la ley defraudada, de tal manera que para eludir la segunda se busca por un medio indirecto la protección de la primera. Este es el verdadero mecanismo del fraude de la ley, en su versión actual, que goza, como hemos visto, de amplísimos y seculares precedentes y cuya represión en la actualidad se encuentra consagrada doctrinal y jurisprudencialmente e incluso en algunos casos legislativamente, en todos los ordenamientos europeos.

Creo que es bajo esta óptica en la que hay que analizar el apartado 4º del nuevo artículo 6º de nuestro Código Civil.

Según este apartado, "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 la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir". El texto en cuestión describe, en líneas generales, la figura que nos ocupa, pero en

esta descripción no se ha conseguido una precisión perfecta.

a) En primer lugar, se habla de "actos realizados al amparo del texto de una norma". Con ello se plantean, a nuestro juicio, dos órdenes de problemas. En primer lugar, parece que el amparo lo proporciona un "texto", es decir, la inteligencia o el sentido literal del precepto, que sería de esta manera contrario a su espíritu o a su sentido finalista. Como hemos puesto de relieve anteriormente, en los casos en que el amparo normativo sea solamente textual, no creemos que haya verdadera ley de cobertura, si tal cobertura fuera contraria al espíritu de la propia norma. Quizá por ello hubiera sido preferible suprimir la referencia al "texto" y hablar sin más de actos realizados al amparo de una ley. Por otra parte, es menester, para que se produzca el verdadero fraude de la ley que el amparo del texto de una norma o al amparo del texto de una norma no signifique una suficiente protección. Y este matiz diferencial e importante no ha quedado suficientemente dibujado en el nuevo artículo 6º. Si el acto se realiza con amparo en una norma que le otorga protección suficiente, el supuesto, como dicen De Castro y Castán, será un supuesto de concurrencia o choque de leyes que habrá de debatir con la respectiva jerarquía que entre sí tengan tales leyes según los principios generales.

b) En segundo lugar, parece conveniente destacar que, en el nuevo artículo 6º, el fraude se coloca, por lo menos a primera vista, en una línea subjetiva, pues se dice que los actos han de *perseguir* un resultado prohibido. Toda la evolución moderna del fraude consiste, sin embargo, a nuestro juicio, en un intento de despegarse de la original línea subjetiva, sin tener que entrar a discernir cuáles fueron las intenciones o las motivaciones que impulsaron a los sujetos.

c) En tercer lugar, el fraude, como contravención y como violación, en el nuevo artículo 6º, se considera como un enfrentamiento con la totalidad del ordenamiento jurídico, puesto que se habla de un "resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él". Creemos que esa configuración es extraña a la genuina teoría del fraude de la ley. En el fraude de la ley, como el propio nombre del fenómeno indica, lo que se defrauda no es el ordenamiento en bloque, sino una ley concreta. Ley que, además, ha de ser considerada en la finalidad práctica por ella buscada.

El texto del artículo 6º es equívoco, porque, en definitiva, se mantiene en este terreno cuando en el inciso final se habla de "norma que se hubiera tratado de eludir". Aunque el inciso final pueda integrarse con el inicial, no deja de existir entre ambos una

cierta contradicción que desdibuja bastante la descripción de la figura. Pues una cosa es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico en bloque o contrario a él en bloque –lo que podrá ocurrir sin ley prohibitiva concreta, por pura contradicción sistemática de un conjunto normativo– y otra cosa distinta es un acto que trata de eludir una norma concreta y determinada.

En síntesis, el nuevo texto del artículo 6º merece plácemes en la medida en que ha recogido el fenómeno y en que ha realizado un notorio esfuerzo para aislarlo, pero merece alguna crítica por las imprecisiones en que puede haber incidido al describirlo.

4. LA RELACION EXISTENTE ENTRE LAS FIGURAS DEL FRAUDE DE LA LEY Y DEL ABUSO DEL DERECHO.

Aludimos al principio a esta cuestión, sugerida por la estrecha vecindad, por la inmediata proximidad de uno y otro fenómeno en el texto de la Ley de Bases de 1973 y en la Exposición de motivos del texto de 1974. Dentro del propio Código, aunque se haya producido algún distanciamiento (artículos 6º y 7º), la vecindad continúa, sobre todo como consecuencia del albergue de ambas figuras en un capítulo común que trata de los "*efectos de las normas*".

¿Cuál puede ser esta relación entre abuso del derecho y fraude de la ley? La existencia de una relación de parentesco de una y otra figura ha sido muchas veces señalada. La apuntaba, por ejemplo, Josseland. De acuerdo con el punto de vista del grupo de autores al que pertenece el citado, la relación que buscamos sería una relación de género a especie, dentro de la cual el abuso del derecho será un concepto genérico o más comprensivo, mientras que el fraude de la ley no será otra cosa que una forma concreta de cometer un abuso de derecho. Al lado de esta opinión aparecen otras, próxima a las anteriores que sitúan abuso del derecho y fraude de la ley dentro de lo que se podría llamar genéricamente infracciones indirectas de los imperativos legales, aunque no se aclare, cómo se establece la distinción o la escisión dentro de esa supuesta categoría genérica.

Entre nosotros el profesor De Castro, estableciendo una nítida distinción teórica entre las dos figuras, de algún modo las aproxima al considerar necesaria la diferenciación. En algún momento llega De Castro a llamar al fraude de la ley "*abuso del Derecho*", con mayúscula, esto es, del derecho objetivo. En un caso, dice, se parte del derecho subjetivo y de su naturaleza, mientras que en el otro hay un mal abuso del derecho objetivo.

A mi juicio, no cabe la menor duda de que entre el abuso del derecho y el fraude de la ley existe por lo menos un elemento común que es la desviación que se trata de conseguir respecto de las líneas marcadas por el ordenamiento jurídico. Haciendo completa abstracción de los elementos intencionales, de los que, tanto una como otra institución pudieran aparecer cargadas en un primer momento, la característica común de ellas en el momento actual parece estribar en el repudio o el rechazo de la obtención o del intento de obtención de un resultado contrario al ordenamiento jurídico positivo, que busca, sin embargo, su apoyo o su cobertura en el propio ordenamiento. Por esto, probablemente, es acertado situarlos en este capítulo del Código que habla de los "*efectos de las normas*" y, situarlos dentro de tales efectos entre los efectos de la *inobservancia de las normas*. Se trata de ir cerrando el sistema para repudiar, como decía, no sólo las contravenciones, sino las formas más sutiles de infracción que puedan pretender tener amparo en el ordenamiento.

Ello es claro, por definición, en el fraude de la ley. Pero es claro también en el abuso del derecho, en el que lo que se trata de obtener es un resultado antijurídico, con el apoyo normativo o cobertura que significan las leyes de otorgamiento y de atribución de aquellas prerrogativas en que el derecho subjetivo consiste y de las reglas que señalan un contenido a ese derecho.

Lo que está probablemente en juego es la doble caracterización del derecho, en sus dos grandes formas de contemplación, como derecho subjetivo y como derecho objetivo y, sobre todo, la configuración de la primera de ellas. La desviación del derecho subjetivo es el abuso del derecho, que se aproxima mucho al fraude de la ley si el derecho subjetivo, en lugar de contemplarse como situación de poder se contempla como norma subjetiva. Efectivamente, las diferencias entre abuso del derecho y fraude de la ley son más claras si el derecho subjetivo se considera como un poder puesto al servicio de la voluntad individual o como un interés jurídicamente protegido. Para poder hablar de abuso del derecho, es necesario que el sujeto sea titular de aquella situación a la que llamamos derecho y, además, que como consecuencia de su ejercicio, se produzca un daño para tercero. Por el contrario, el fraude de ley no exige, necesariamente, al menos, ni el derecho ni el daño. La única idea consustancial con la figura del fraude es la idea de deber jurídico: el deber de observancia de la norma que pueda contemplar. Una de las líneas de posible separación podría ser la de poner el centro de gravedad del abuso en el derecho y el centro de gravedad del fraude en el deber. Pero

ello se borra de nuevo si se piensa que derecho y deber son casi siempre situaciones indisolublemente ligadas entre sí.

La aproximación se lleva mejor a cabo cuando el concepto de derecho subjetivo se normativiza y el derecho subjetivo se entiende como norma puesta a disposición de un sujeto. El sujeto que actúa esta norma para obtener un resultado que otra norma rechaza, abusa de la primera. De algún modo podríamos decir que las normas de configuración y de atribución de los derechos son las normas de cobertura que se buscan para obtener el resultado fraudulento.

Sin embargo, continúa siendo verdad que existe alguna diferencia entre una y otra institución. Giorgiani ha señalado con acierto, que históricamente el problema del *fraus legis* se ha presentado como un problema de límites entre el derecho que tiene todo particular a servirse de formas negociales que no están expresamente prohibidas o a realizar actos jurídicos que no están expresamente vetados y la privación de tal derecho cuando su ejercicio constituye un medio para eludir disposiciones contenidas en normas imperativas. De aquí se puede extraer, a mi juicio, la conclusión provisional que el *fraus legis* opera ante todo cuando el individuo actúa negocialmente (negocio en fraude de la ley) y, por extensión, cuando actúa en un campo en que el ordenamiento jurídico le reconoce libertad para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Los tipos negociales no expresamente prohibidos o genéricamente permitidos se utilizan para eludir el cumplimiento de una obligación o para lesionar el derecho de un tercero.

En cambio, en el abuso del derecho la persona encuentra una situación acotada por el ordenamiento jurídico como "*derecho*" y la utiliza, como nuestra jurisprudencia dice, en daño de un tercero, que no posee especial derecho y cuyo interés no se encuentra amparado por una especial prerrogativa

jurídica. En uno y otro caso, de lo que se trata es de encontrar límites subterráneos o no explicitados a las normas jurídicas: las normas delimitativas de la libertad negocial o las normas delimitativas del ejercicio de los derechos. Si la libertad negocial y el ejercicio de los derechos, se pueden englobar dentro del amplio concepto de la autonomía privada, existe una gran rúbrica común de las dos figuras que estamos estudiando: un límite implícito de la autonomía privada, consistente en la inadmisibilidad del ejercicio de ésta, siempre que el resultado que con ella se obtenga sea un resultado no amparado por el ordenamiento jurídico.

Es cierto, sin embargo, que una y otra figura dan lugar a lo que modernamente se han llamado "*cláusulas generales*", en las cuales es necesario insuflar grandes dosis de arbitrio, más allá de las estrechas definiciones de los textos legales. Desde este punto de vista, tanto el abuso del derecho como el fraude de la ley, determinan una cierta inseguridad jurídica, pero tanto en uno como en otro caso se trata sobre todo de evitar unos resultados injustos, sólo aparentemente apoyados en la cobertura de normas de derecho, cuya finalidad sustancial no era dicha cobertura. Una vez más, todo el problema se traslada, en última instancia, a la interpretación del derecho. Puesto que lo que se está tratando de valorar son finalidades, tanto una como otra figura están íntima y directamente enlazadas con una concepción teleológica de la interpretación. Hay así dos grandes grupos de finalidades, cuyo ajuste se busca: la finalidad que las normas persiguen, la cual, en casos concretos, se traduce en la finalidad asignada al derecho subjetivo o, lo que es lo mismo, en la finalidad de las normas de concesión y de configuración de la situación normativa denominada "*derecho*" y la finalidad del acto individual, considerado desde un punto de vista objetivo de acuerdo con sus resultados. ■