Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
FACULTAD DE

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL CONTRATO EN PERJUICIO DE TERCEROS

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Prof. Derecho Civil
Universidad de Concepción

1.- *INTRODUCCION*

La situación jurídica del acreedor, particularmente, si se trata del quirografario[1], es cuestión que, desde hace ya tiempo, preocupa a la doctrina. El artículo 2.465 del Código Civil, al conferir al acreedor el derecho de perseguir los bienes del deudor, cualesquiera sean ellos (salvo inembargabilidad), establece lo que en doctrina se denomina "derecho de prenda general". Pero ese derecho tiene poco de tal y mucho más de mera expectativa, porque como se ha dicho también frecuentemente, el derecho personal se distingue del real por su fragilidad, debido a que su eficacia práctica está, según la gráfica fórmula de Savatier, "suspendida de la solvencia del deudor"[2]. Recordemos lo que no siempre se tiene en cuenta en la vida de los negocios: los acreedores no pueden quejarse de las variaciones sufridas por el patrimonio del deudor, salvo hipótesis de fraude y que, en principio, los negocios jurídicos celebrados por el deudor son oponibles a los acreedores aunque no tienen para ellos efectos obligatorios. "El derecho de crédito o derecho personal, escribía Baudry–Lacantinerie[3], no implica ni el derecho de preferencia, ni el derecho de persecución. Si el deudor no cumple sus obligaciones, el acreedor tiene el derecho de embargar y hacer vender los bienes que pertenecen al deudor para pagarse sobre el precio. El acreedor tiene un derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor, pero sobre el patrimonio mismo, es decir, sobre la masa cualquiera de bienes que están comprendidas en él al momento en que el acreedor recurre a las vías de ejecución forzada. De aquí, resulta que el acreedor debe soportar las consecuencias de todos los actos por los cuales el deudor disminuye el valor total de su patrimonio. Si éste enajena uno de sus bienes, esta enajenación es oponible a sus acree-

1Sobre el punto véanse, L. Bonnecase, "La condition juridique du créancier chirographaire", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1920, págs. 103 y sgtes.; Laborde-Lacoste, "Essai sur la notion d'ayant cause a titre particulier", Bordeaux, 1916; Marty y Raynaud, Droit Civil, t. 1, vol. 1, Nº 172, Sirey, Paris, 1967.
2R. Savatier, "Théorie des Obligations", Nº 8, pág. 14, Sirey, Paris, 1967 .
3Baudry-Lacantinerie et Chénaux, Précis de Droit Civil, t. 1, pág. 693, 11ª edición, Paris, 1913.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dores, que no pueden inquietar al tercero adquirente... Y, del mismo modo, el acreedor ve disminuir el valor de su prenda cuando el pasivo del deudor aumenta por efecto de deudas nuevas, de las que éste viene a quedar obligado frente a otras personas".

Si la fragilidad del crédito es, pues, cuestión evidente, con frecuencia se olvida, particularmente cuando las consideraciones de prudencia a que nos llama la ley son dejadas de lado, al renacer lo que hace ya casi medio siglo el gran abogado A. Toulemon llamaba "la locura generalizada de los créditos abusivos"[4]. Hay épocas –como la que acabamos de vivir– en que todos entramos en aquella locura de comprometer el porvenir por un goce presente, a lo que se denomina "crédito", locura a la que se nos insta e incita, hasta el punto de mostrar como torpeza aquello que antes fue virtud; virtud que, por lo demás, nadie practica y que, por lo mismo, es difícil de mantener. El banquero, imbuido en la creencia que, con la moda venida desde magos del norte, se ha descubierto el movimiento sin fin, presta y vuelve a prestar, en moneda nacional o extranjera, con o sin reajuste, para emplear la terminología en uso, para negocios que, en tiempos de razón, es decir, de humildad, no recibirían otra denominación que la de "especulaciones aventuradas" (artículo 155, inciso 2º, Código Civil). Y ello, con la garantía de bienes sobrevalorados (pues se olvida al hacer las avaluaciones que el bien será vendido en pública subasta y no comercialmente), o, al menos, con la garantía de bienes que apenas cubrirían el pago, de ser vendidos inteligentemente. Unase a ello la común creencia de que el aval o el codeudor–garantía no es deudor, sino que un amigo que "presta su firma", y se tendrá una visión general de aquella locura.

Cuando sobreviene el intervalo lúcido, los acreedores pretenden devolver su confianza a la regla jurídica –a la que no cuidaron de consultar con suficiente prudencia, por confiar en la moda economicista– y piden a su abogado, hasta entonces valla molesta en los negocios, que haga efectivo aquel "derecho de prenda general", que ponga en acción la eficacia de las garantías y que insista en el respeto a los contratos, suprema ley sin la cual éstos de nada sirven.

Pero es también justamente entonces que los deudores "directos o indirectos" como los clasifica la jerga bancaria, están más prestos que nunca a olvidar que la Ley de Dios dice: "Mantén la palabra salida de tus labios" (Deuteronomio 23.24) y que ordena: "Pagad a todos los que debéis" (Romanos 13.7). Y helos aquí que también recurren al auxilio del derecho para recordar que el acreedor no puede impedir que el deudor disminuya su haber. Y si antes éste ha tomado garantías, el deudor descubre, con ayuda de su letrado, las vías para hacer ilusorio el derecho del acreedor.

Surge así el tema clásico, pero siempre novedoso, del contrato en fraude de los acreedores. Pero queremos insistir, sin embargo, que en tiempos como los que hemos vivido, en la perspectiva que nos daba A. Toulemon, "las causas de la locura nacional están compardidas y se encuentran, en no poca medida, en los propios acreedores".[5]

4A. Toulemon, "Le mépris des contrats et la crise", pág. 27, Sirey, Paris, 1937.
5A. Toulemon, ob. cit.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ha nacido, con tal motivo, toda una variedad de medios técnicos ideados para sustraer los bienes a la persecución de los acreedores. Nunca como ahora los cónyuges han visto que la sociedad de bienes es un régimen inadecuado y corren a separarse de bienes; resucita el censo, materia ni siquiera enseñada regularmente en las facultades, como no sea su mención entre los derechos reales; surgen con nuevo brío los usufructos, los derechos de uso, las rentas vitalicias, hasta ahora desdeñadas. Aquel que había prometido vender, se apura en enajenar a terceros. Las sociedades de personas, de preferencia con responsabilidad limitada y con capital a aportarse "a medida que las necesidades sociales lo requieran", se multiplican de tal modo que un observador poco advertido pensaría estar en un país inmerso en la fiebre creativa de nuevas empresas y en una ebullición productiva. Y para qué seguir, si quienes unimos la labor académica a la labor profesional sabemos que el trabajo de los abogados en los tiempos actuales se reduce a una de estas dos actividades: a correr tras el deudor o a eludir al acreedor. Tiempo de oro de receptores, de depositarios, de tercerías, de juicios ejecutivos, de letras, de pagarés en dinero o en UF, de boletín comercial, de notificaciones por aviso, de "licitaciones" (en lugar de antiguos remates).

2.- *FORMALISMO JURIDICO Y MORAL*

La primera cuestión que podría hacerse un lego es la siguiente: ¿Cómo es que instituciones jurídicas y herramientas legales, creadas sin duda para fines lícitos, pueden tranformarse en medios de fraude? Porque no se dirá que el pacto de separación de bienes del artículo 1723 fue imaginado por los ilustres componentes del extinguido Instituto de Estudios Legislativos para eludir a los acreedores, transfiriendo, bajo la apariencia de una liquidación de sociedad conyugal, los bienes a la mujer.

Desde luego, la respuesta podría ser evidente: en derecho, como en otras materias, la técnica es neutra en cuanto a moral, en el sentido que una herramienta que permite obtener un cierto efecto, puede ser usada para bien o para mal.

Pero, por otra parte, como lo observaremos en una situación frecuente, ocurre que la forma de pensar jurídica a que estamos acostumbrados en Chile facilita el uso irregular de los medios técnicos legales. Si se han cumplido las formas prescritas por la ley, entendemos que el acto es regular de modo que el juez no puede ir más allá, porque desconfiamos, a veces no sin poca razón[6], de una justicia que salga de lo formal, que amplíe por vía del razonamiento las instituciones jurídicas, que manifieste, en suma, una independencia relativa frente al juicio exegético. Como advertía Ripert hace ya años: "Los tribunales tienen claramente una tendencia a no querer buscar el conocimiento personal del adquirente, si no se demuestra la participación a un fraude. Consideran que la mala

[6]Decimos "no sin poca razón", porque en muchos casos la experiencia revela que el uso de aquellos procedimientos en que se dota a los jueces de particulares facultades, no mueve a entusiasmo y ello, cualquiera sea la jerarquía del tribunal. Bastaría reflexionar, para probar el fundamento de la aseveración, en lo que ha ocurrido con el recurso de queja transformado en una tercera instancia, sin que el Tribunal Supremo ponga atajo a ese abuso. Por medio de ese recurso, el máximo tribunal chileno entre a revisar, con facultades omnímodas, la inmensa mayoría de los fallos dictados por las Cortes de Apelaciones con carácter definitivo y sin sujetarse a los cánones estrictos de la casación que está en vías de desaparecer.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fe es indiferente cuando el adquirente defiende sus intereses usando del mecanismo legal"[7]. Por otra parte, no pocas veces influye el extremado cuidado de la forma y del formalismo como si consideraciones morales no fuesen importantes, hasta el punto que se ha llegado a decir que "la forma jurídica tiende hoy en día a corregir los peligrosos inconvenientes del espiritualismo moderno".[8]

Para que se entienda mejor lo que pretendemos señalar, adelantamos una observación que debería ir más abajo: como ejemplo ilustrativo de la preeminencia de lo formal sobre lo moral, vemos la tendencia jurisprudencial de preferir la realidad aparente de una supuesta posesión de la mujer sobre los bienes sacados como gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal, al derecho del acreedor anterior a la separación, acogiendo cada vez con mayor frecuencia las tercerías de posesión introducidas en tales circunstancias. Basta así, que se pruebe con la respectiva escritura pública de separación y liquidación que un cierto bien se adjudicó a la mujer, para que ésta pueda oponerse con éxito al acreedor que embarga ese mismo bien en juicio seguido en contra del marido por un crédito anterior a dicha escritura.

Por otra parte, hay que considerar que no pocas veces el derecho se encuentra imposibilitado de satisfacer a la vez fines que pueden encontrarse en oposición o no ser enteramente compatibles, de modo que hay que sacrificar uno en aras del otro en ciertos casos límites. Y, así, en defensa de la seguridad, por ejemplo, "se crea un régimen de legalidad que restringe los poderes del juez porque sustituye a un principio jurídico general reglas técnicas precisas. El legislador y el juez cierran deliberadamente los ojos en cuanto a la intención del autor de un acto: sacrifican tal vez la regla moral, pero lo hacen conscientemente, en aras del crédito público".[9]

En otras oportunidades, en razón de adhesiones sin límites a ciertos principios, los propios encargados del respeto de la regla moral cierran los ojos y bajo cualquier pretexto, no aplican la regla legal, por mucho que ésta les entregue suficientes herramientas de control. Así, hemos escuchado ahora y leído en un diario influyente del país, que la concentración del crédito que llevó al desastre a los bancos nacionales, se debió a que las autoridades del organismo encargado del control, no tenían medios para conocer y controlar los subterfugios imaginados por los dueños de los bancos, consistentes en crear "sociedades de papel" para eludir el límite a los préstamos en manos de un solo deudor. La explicación es por lo menos infantil, porque resulta imposible dar esa justificación cuando aquel subterfugio y esa realidad era tran transparente y pública que era "vox populi" y cuando la teoría del fraude a la ley y su sanción es más antigua que el primer banco de Chile. La razón no estaba allí, ciertamente, sino en la creencia de que en esa concentración no había nada objetable, porque si fracasaba la institución, ello sería causa de su desaparición, dentro de un sistema de amplia libertad individual. La adhesión ilimitada e irracional a una concepción económica llevaba a aceptar como normales, prácticas

7G. Ripert, "La regle morale dans les obligations civiles", Nº 171, pág. 323, 4ª edic., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.
8F. Gény, "Science et Technique en droit prihé positif", t. 3, Nº 206, pág. 117.
9G. Ripert, ob. cit., Nº 172, pág. 324.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que, de otro modo, eran ilícitas. No se trató pues de falta de medios legales de control, sino, de conocimientos de que la autonomía privada, por sí misma, era la suprema ley moral.

De este modo, por una u otra vía, por una u otra razón, el fraude penetra el ámbito contractual.

3. *EXAMEN DE DOS HIPOTESIS FRECUENTES*

Es evidente que no es posible hacer aquí un examen exhaustivo de todas las figuras ideadas para eludir a los acreedores, ni menos intentar un ensayo de teoría general del fraude civil. Pero, como punto de partida para un análisis más profundo, podemos tomar dos hipótesis más frecuentes de fraude a teceros en materia contractual: el caso de la separación convencional de bienes y el de gravámenes posteriores a una hipoteca ya constituida. Son dos cuestiones que, según hemos dicho, han surgido en el último tiempo.

Es claro que el pacto de separación total de bienes no es un contrato, en el sentido restringido que esa calificación tiene entre nosotros aunque algunos le den carácter, y, en alguna oportunidad, se le haya incluso aplicado el artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo. Pero es una convención que va a afectar a los derechos de acreedores, es decir, en muchos casos, o contratos anteriores, y ello justifica el examen que sigue.

4. *LA SEPARACION CONVENCIONAL DE BIENES*

La historia del artículo 1723 es bien conocida. Hasta la dictación de la Ley 7612 de 1943 el régimen matrimonial en Chile era inmutable, rigidez no siempre bienvenida en la doctrina, que estimaba necesario permitir alguna alteración al régimen matrimonial, durante su vida, pues siempre es posible que se produzcan trastornos o vicisitudes económicas a las que el régimen legal no siempre puede responder adecuadamente. De allí que el Instituto de Estudios Legislativos propusiera, entre otras modificaciones al Código Civil, el texto del actual artículo 1723, que luego sería modificado aun, aunque no en su espíritu, por la Ley 10.271.

Pero, curiosamente, no fue sólo la necesidad de flexibilizar la inmutabilidad del régimen matrimonial lo que condujo a la reforma. Como lo recuerda el profesor don Manuel Somarriva[10], los orígenes de la modificación se encontraron en la constatación de que, desde antes de la dictación de la Ley 7612, los cónyuges, con el fin de evitar las persecuciones de terceros acreedores, simulaban juicios de separación de bienes, tal cual se comenzaron a simular los juicios de nulidad matrimonial ("resuelva Us. como en derecho corresponda" es la respuesta del demandado) y tal fue el número de casos, que los integrantes del entonces Instituto de Estudios legislativos estimaron que era preferible consagrar la separación convencional de bienes en la ley. Los orígenes de la reforma revelan pues que, a veces, el fraude a la ley gana la partida. Y, tanto así, que en él como

[10] M. Somarriva, "Evolución del Código Civil Chileno". 1ª edic., Nº 187, pág. 294, Santiago, 1955.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la ingenuidad, se cita a menudo un aviso que el referido instituto hizo publicar, luego de la dictación de la ley, en algunos diarios nacionales advirtiendo a las mujeres sobre la peligrosidad que para ellas podía acarrear la separación de bienes. Ingenuidad de los ilustres maestros, porque ya se sabe que la única experiencia válida es la propia y que jamás las advertencias ajenas sobre posibles peligros pueden disuadir a alguien de arriesgarse.

Es lo cierto pues que el pacto del artículo 1723 del Código Civil nació bajo el signo del fraude. Y tanto es así, que el texto de esa disposición cuidó de disponer que "el pacto de separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer ...". Frase misteriosa, pues hasta hoy su sentido y alcance permanecen en la penumbra. Algunos la entienden como una eficaz barrera en contra del fraude a los acreedores con créditos anteriores al pacto. Otros ven en ella una frase inútil, simple barrera de papel, llamando a las conciencias; pero sin ningún efecto práctico. Y, tanto es así, que incluso entre quienes participaron en la redacción del texto y en el estudio de la reforma, no hay igualdad de pareceres sobre el alcance de aquella parte de la disposición. Así, para el Decano Alessandri, la frase bien pudo no haberse puesto en la ley porque con ella lo único que se quiere significar es que la situación de los acreedores, una vez pactada la separación total de bienes, es la misma que tendrían en el evento de haberse disuelto la sociedad conyugal por otros modos[11]. Para el profesor Somarriva, la frase consagra una forma de inoponibilidad[12], de modo que, por mucho que se haya pactado separación total de bienes, los acreedores anteriores al pacto no se ven afectados, pudiendo entonces perseguir sus acreencias como si subsistiese la sociedad conyugal. Y es en esta última forma que lo había entendido la jurisprudencia hasta hace algún tiempo. Se había dicho:

"5º.- Que, ante todo, es necesario consignar que si bien durante el matrimonio pueden los cónyuges substituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total, el pacto que celebren con ese objeto no perjudicará en caso alguno los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer;

6º.- Que, por lo tanto, y aun cuando por medio de la escritura antes citada, los comparecientes radicaron en doña Mercedes Barrios el dominio de los bienes que fueron posteriormente embargados, tal circunstancia no modifica la condición legal de esos bienes, ni obsta, por lo mismo, a que ellos continúen respondiendo de las obligaciones contraídas por el marido con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal;

9º.- Que, como conclusión de lo anteriormente expuesto, se impone la de que la articulista doña Mercedes Barrios carece de derecho para solicitar que se excluyan del embargo los bienes muebles que fueron objeto de esa medida en la presente ejecución".[13]

11A. Alessandri en intervención ante la Comisión de Constitución Legislativa y Justicia de la Cámara de Diputados. Acta de la Sesión de 13 de agosto de 1943.
12M. Somarriva, Evolución del Código Civil Chileno Nº 233; Derecho de Familia, Nº 177 y 297; Indivisión y Partición Nº 651, Santiago, 1950.
13Corte de Santiago, 18 de junio de 1948, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 46, sec. 2ª., pág. 23.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nosotros mismos defendimos esa tesis con éxito ante la Corte de Concepción, en una situación en que las cónyuges de los autores de un homicidio pretendían excluir del embargo unos bienes adjudicados a ellas en una liquidación de sociedad conyugal posterior al homicidio y para evitar el pago de la indemnización a que habían sido condenados sus maridos.

La Corte de Concepción desestimó las tercerías sosteniendo que el hecho generador del crédito de las víctimas era el delito, el que era anterior a la separación de bienes, de forma que tales víctimas podían cobrar la indemnización embargando los bienes que eran sociales, por mucho que se hubiesen adjudicado a las cónyuges terceristas.[14]

Así aparecía enseñada la cuestión, por lo demás, por nuestra doctrina.[15]

Pero, con posterioridad, aunque la tesis se ha reiterado en algunos fallos[16], sorpresivamente se ha resuelto:

"Apareciendo, de esos antecedentes que era legítima dueña de esos bienes raíces, antes de practicarse la diligencia de embargo y aun antes de iniciarse el juicio ejecutivo, no procedía, a juicio de los recurridos, inscribir el embargo tratado sobre los mencionados inmuebles para cautelar una deuda personal del marido ejecutado". Y a partir de ese fallo, otros han seguido la misma senda[17]. Es verdad que se trata de decidir si, una vez separados los cónyuges de bienes y liquidada la sociedad conyugal, es posible en el juicio ejecutivo seguido contra el marido embargar bienes que antes eran sociales y luego de la mujer. Pero es claro que de aceptarse la tesis de la inoponibilidad, la cuestión no podrá ser resuelta sino como se expuso más arriba.

No podemos aquí profundizar más en la cuestión[18]; pero pensamos que la tesis de la inoponibilidad por fraude es la senda adecuada, como lo veremos luego.

5. *LAS ENAJENACIONES POSTERIORES A LA CONSTITUCION DE UNA HIPOTECA*

Otra cuestión que ha empezado a preocupar a los acreedores, particularmente a los bancos, es la tentativa de los deudores de disminuir o, al menos, dificultar el ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario, mediante la constitución, posterior a la hipoteca, de gravámenes, es decir,

14Véase D. Peñailillo, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 173, págs. 145 y sgts.
15Así, Somarriva, obras citadas, véase cita 13.
16Así, por ejemplo en fallo de 17 de enero de 1977 la Corte Suprema desestima recurso de queja en contra de Ministros de la Corte de Santiago que no acogieron tercería de dominio de una mujer separada de bienes después del embargo. Fallos del Mes, Nº 218, pág. 340. No obstante el fallo es poco concluyente, habida consideración de la época en que se pactó la separación.
17El transcrito es el informe de los Srs. Ministros de la Corte de Temuco ante el recurso de queja que luego fuera desestimado por la Corte Suprema en fallo de 24 de mayo de 1979. Fallos del Mes, Nº 246, pág. 104. En el mismo sentido hay varios fallos posteriores y, al menos en la jurisdicción de la Corte de Concepción, ya es usual la interposición de tercerías de posesión por la mujer, aunque la separación de bienes sea posterior al origen del crédito que se cobra en el juicio.
18Para mayores detalles, véase D. Peñailillo, artículo citado. Sin embargo, de estimar que la inoponibilidad nos parece la solución adecuada al problema planteado, no concordamos con la idea de que tal inoponibilidad, por definición misma, supone un simple desconocimiento del acto inoponible, de forma que el tercero puede actuar como si tal acto no existiese. Sobre esta cuestión, véase Cariota Ferrara, "El Negocio Jurídico", Nº 93, pág. 324. Edit. Aguilar. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. s. f.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de derechos reales limitados sobre la finca hipotecada. Es así como el censo, institución desconocida por la práctica jurídica contemporánea y reminiscencia de épocas pretéritas, ha vuelto a renacer, según se dice, con gran provecho para ciertos abogados que en ciudades sureñas se han instalado durante algún tiempo para redactar constituciones de censos sobre fincas hipotecadas. También tiene el mismo sentido la constitución de usufructos, de derechos de uso, o rentas vitalicias unidas a usufructos u otras figuras semejantes. Con todas ellas se pretende que, llegado el momento de la subasta del inmueble hipotecado, nadie se interese por la adquisición o, al menos, se dificulte la subasta, porque nadie pretenderá adquirir un inmueble gravado, de tal modo que o bien no podrá usarse durante tiempo ilimitado o habrá que asumir el pago de cargas con él. Y al no haber postores, tampoco el acreedor habrá ido muy lejos al pretender adjudicarse el inmueble, ya que al existir un derecho consentido a un tercero, unidos por parentesco o amistad al deudor, la adjjudicación será una pura ilusión.

La cuestión ha llevado a algunos bancos a solicitar informes jurídicos, que se pronuncian en uno y otro sentido, en cuanto a la validez de esos gravámenes, aumentándose así la incertidumbre para los propios solicitantes, desde que ya se observa que, ante posibles juicios tendientes a invalidar aquellas maniobras, las opiniones no son coincidentes, de forma que pretender subastar un inmueble afecto a esos gravámenes augura un juicio largo y de inciertos resultados.

Así, por ejemplo, se ha discutido si el procedimiento de la purga de hipotecas a que se refiere el artículo 2428 del Código Civil puede o no extenderse al derecho de censo, no obstante no hacerse referencia allí a ese derecho.[19]

Es curioso que, de improviso, haya podido surgir esta moda –pues las hay en derecho, como en las artes o en la vestimenta–, porque a la luz de los principios doctrinarios, jamás ha existido dudas sobre la ineficacia de los gravámenes constituidos sobre finca hipotecada con posterioridad a la hipoteca, cuestión que, por lo demás, nos parece absolutamente lógica, a menos que se pretenda privar de todo sentido a la garantía hipotecaria. Y la ineficacia de los gravámenes es tan clara, que en algunas legislaciones existen reglas positivas precisas que así lo establecen.

Así el artículo 3157 del Código Civil argentino dice expresamente que "el deudor propietario del inmueble hipotecario conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición[20] material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado". Y, refiriéndose

19Sobre esta cuestión conocemos al menos informes de los señores Sergio Gaete Rojas sobre "La venta de un inmueble en pública subasta ordenada por el juez a instancias de un acreedor hipotecario, libera o no al inmueble del censo vitalicio que lo grava", de noviembre de 1982; y Lorenzo de la Maza Rivadeneira, sobre "Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada", publicado éste en Revista Chilena de Derecho, vol. 10. Nº 2, 1983. En relación a las cuestiones que se tratan en el texto, véase, además, informe del señor Sergio Rossel C. sobre "Efectos de Derechos Reales constituidos sobre el bien hipotecado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca", de 18 de noviembre de 1982, el que no conocíamos cuando se redactó el texto, pero cuyo tenor compartimos, según se desprende de los principios explicados arriba.

20Las ediciones oficiales de 1870 y 1883 decían "desposesión"; pero parece evidente que debían decir "disposición", como en el texto.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a las servidumbres, el artículo 2999 hace aplicación de aquel principio, al señalar que "no pueden oponerse a los acreedores hipotecarios anteriores a su establecimiento, y ellos, en caso necesario, pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre". Principio semejante se contiene en el artículo 1812 del Código Civil italiano, por el cual se hacen inoponibles las servidumbres, los derechos de uso, habitación y usufructo al acreedor hipotecario cuyo derecho es anterior, el cual puede hacer subastar la cosa como si estuviese libre de aquellos gravámenes.

Y tales doctrinas vienen enseñadas desde tiempo. El insigne autor del código argentino, en nota a las disposiciones que hemos transcrito antes, sostenía que el derecho para oponerse a los gravámenes "les pertenece (a los acreedores hipotecarios), igualmente cuando el propietario ejerce actos de disposición jurídica que, sin disminuir el valor del inmueble, tienen, sin embargo, por resultado hacer más difícil o más dispendiosa la realización de la garantía". En ello Velez Sarsfield sigue la doctrina de Aubry y Rau y la de Zacharias.

En efecto, los insignes maestros de Estrasburgo, así como los demás autores de la Exégesis, sostenían que "el propietario del inmueble hipotecado no puede, en detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, hacer ningún acto de disposición, material o jurídica que, directamente y por su naturaleza misma, tuviese por consecuencia disminuir el valor de este inmueble. Actos de esta especie, posteriores a la constitución de la hipoteca, no podrían oponerse al acreedor"[21]. Y ésa ha sido la doctrina constante en Francia[22] y, desde luego, en Argentina[23], donde, como hemos visto, hay texto legal preciso que así lo decide, concluyendo los autores que allí se establece un sistema de prioridad jurídica para decidir sobre la oponibilidad del acto de disposición jurídica o de la hipoteca. La doctrina italiana tiene idéntico parecer. En Colombia, donde las disposiciones legales son similares a las chilenas, desde que, como se sabe, el Código Civil colombiano es, en buena medida, una adaptación del Código de Bello, se mantienen los mismos principios ya referidos.[24]

La cuestión en Chile. ¿Y qué ocurre en nuestro derecho? La doctrina nacional no ha desconocido los principios recogidos en otras legislaciones. Ninguno de los tratadistas que se han dedicado al estudio de la hipoteca reconoce eficacia a los actos de constitución de gravámenes posteriores a la hipoteca y perturbadores del derecho del acreedor hipotecario, reproduciendo algunos de ellos, incluso, la doctrina de los autores de la Exégesis, a la que ya hemos aludido.[25]

¿Cómo entonces se ha podido pretender, en tiempos actuales, que la constitución de algún usufructo, de algún censo, o de otro gravamen posterior a la constitución de la hipoteca, pueda afectar a dicho derecho?

21Aubry y Rau, Droit Civil, t. III, par. 286, Nº 317, 7ª edición.
22Así, Baudry-Lacantinerie et p de Loynes, Traité Théorique et pratique de Droit Civil, "Du Nantissement. des privileges et hipotheques", t. III, Nº 998, pág. 263, Paris, 1896; Josserand, Derecho Civil, t. 2, Nº 1863, Bosch Cía. Edit. Buenos Aires, 1951; Ripert-Boulanger, Derecho Civil, t. 7, Nº 545, edit. La Ley, Buenos Aires; Marty y Raynaud, Droit Civil, t. III. vol. I, Nº 290 y sgtes. Edit. Sirey, Paris, 1971.
23Así, Cammarotta, "Trattado de Derecho Hipotecario", Nº 209 y sgtes, págs. 217 y sgtes., Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942.
24E. Angulo, "La Garantía Real Hipotecaria en el Derecho Colombiano", pág. 74, Edit. Anuario Jurídico, Bogotá, 1959. Para el derecho italiano, véanse B. Mariani, Della Ipoteca Inmobiliare, Nº 335, pág. 546, Giuffre Edit. Milano, 1958, Messineo Manual de Derecho Civil y Comercial, t. 4, pág. 129, entre otros.
25Así, F. Alessandri. "La Hipoteca en la Legislación Chilena", Nº 153, pág. 160, Santiago, 1919; M. Somarriva, Tratado de las Cauciones, Nº 425, Santiago, 1943; R. Mery, Derecho Hipotecario, Nº 163, Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 1958.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pensamos que, en primer término, si la solución doctrinaria puede ser simple, en la práctica, su aplicación requerirá, indudablemente, de un juicio y los deudores y sus consejeros cuentan con ello, porque saben, de ese modo, exista o no posibilidad de mantener los gravámenes así constituidos, los acreedores, especialmente los bancos, preferirán soluciones extrajudiciales ("renegociaciones") a exponerse a una jurisprudencia desfavorable o a un largo debate judicial, aunque les fuere favorable. Y, además, los terceros adquirentes de predios en públicas subastas no se interesarán en predios sujetos a posibles juicios, por mucho que Aubry y Rau y toda la Exégesis esté con ellos.

Por otra parte, no existe entre nosotros regla alguna semejante al artículo 3157 del Código Civil argentino y sí existe el artículo 2415, por el cual "el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario". Y como para otros debates e interpretaciones se concluye que por "enajenación" debe entenderse no solamente la transferencia del dominio, sino, también, la constitución de otros derechos reales, la creencia es que también, en el caso del artículo 2415, debe imperar parecida solución, de forma que los gravámenes posteriores a la hipoteca parecerían autorizados por la ley.

Entendemos que el artículo 2415 no permite tal conclusión. Es efectivo que allí se consagra la facultad irrenunciable del dueño de la finca hipotecada de transferir, de hacer ajena, en parte o en el todo, la cosa hipotecada. Pero con ello no se quiere significar que el dueño de la finca hipotecada pueda sin más lesionar el derecho del acreedor hipotecario disminuyendo la garantía. Las reglas han de concebirse en forma armónica y respetando todas las finalidades de la institución en que se encuentran insertas. Por ello, más allá de toda argumentación exegética, a la que tan acostumbrados estamos, habrá de entenderse que sería ilógico que el Código Civil –tan elogiado tradicionalmente por su calidad técnica– hubiese establecido la garantía hipotecaria, le hubiese dado el carácter indivisible[26], el derecho de preferencia sobre otros acreedores, la protección registral, para terminar haciendo todo ello ilusorio por la facultad dada al dueño de la finca hipotecada de enajenar y gravar a voluntad y con plena eficacia el dicho inmueble. Por ello, entendemos que, más allá de toda otra fundamentación y de todo examen de la letra, sobre si el censo puede o no purgarse, sobre si juntando un artículo a otro, oponiendo éste a aquél, debe prevalecer el entendimiento lógico y racional de la norma positiva. No es que ella sea siempre perfecta; pero, al menos, habrá de suponérsele una cierta lógica interna que no permita "borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano".

Por otra parte, es verdad que nuestro Código Civil es, en muchos acápites, original; pero no vemos el porqué habrá de suponerse que tal

[26] Debe tenerse en cuenta que el carácter indivisible de la hipoteca se opone a la disminución de la garantía por enajenación posterior. La indivisibilidad supone mantener el gravamen sobre la integridad del inmueble, tal cual era al constituirse la hipoteca, mientras no se haya satisfecho el crédito íntegramente. La posibilidad de disponer de los inmuebles por adherencia y por destinación no es argumentación suficiente para autorizar el gravamen posterior de la finca hipotecada con carácter oponible al acreedor cuyo derecho era anterior a dicho gravamen. En efecto, el artículo 2420 del Código Civil permite la enajenación separada de aquellos bienes por aplicación del principio de lo accesorio, de forma que, separados del inmueble, recuperan su naturaleza mueble, perdiendo el vínculo de unión con el inmueble que justificaba la extensión a ellos de la hipoteca. Por lo tanto, se trata allí de la aplicación de lo accesorio hasta sus últimas consecuencias lógicas y no de la justificación de cualquier enajenación del inmueble posterior al derecho del acreedor hipotecario.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

originalidad llegue hasta prescindir de todos los elementos doctrinarios y de fuentes legales que existían en su tiempo y que tuvo en vista el autor para redactar el título sobre la hipoteca. Y en ninguno de ellos se encontrará la tesis de que la garantía hipotecaria pueda afectarse válidamente y con plena eficacia con gravámenes posteriores. Ni siquiera las particularidades que pueda revestir el censo en la ley chilena –que desde luego reconocemos– puede justificar la oponibilidad del mismo acreedor hipotecario anterior.

El artículo 2415 responde al deseo del autor del código de consagrar expresamente la ilegalidad de las cláusulas de no enajenar, tan discutidas clásicamente y de tan variadas soluciones y que era cuestión candente a la época de redacción de nuestra codificación[27]. Pero esa regla no significa, ni más ni menos, que el dueño del predio hipotecado puede transferir el dominio de su predio, sin que haya allí mengua del derecho del acreedor hipotecario, desde que, por otra parte, se establece el derecho de persecución (artículo 2428). Podrá incluso constituir gravámenes, incluso censos; pero planteado el conflicto entre el titular del gravamen y el acreedor hipotecario será éste preferido y podrá ejercitar sus facultades como si no existiese el gravamen, los que le son inoponibles. Y si se quiere argumento de texto para ello, allí están los artículos 1366 y 1368, 2438 y 1962, que han sido esgrimidos por la doctrina tradicional chilena en el mismo sentido.[28]

Así, entonces, el intento de perjudicar los derechos del acreedor hipotecario no deberían considerarse sino como una de esas maniobras más a que están acostumbrados en Chile, y que algunos elogian como claro producto del "ingenio criollo"; pero que responden al claro calificativo de falacias. Ni los precedentes históricos, ni los textos, ni el derecho comparado apoyan el intento.

Con lo anterior nos parece inútil entrar al análisis de la discutida cuestión sobre el alcance de la purga de hipotecas frente al censo. Creemos que el intento de eliminar el obstáculo puesto al derecho del acreedor hipotecario por ese derecho real, mediante la ampliación del alcance de la purga de hipotecas es tarea imposible. Ningún argumento exegético podrá hacer que el censo sea igual a una hipoteca y que, por ende, lo previsto para ésta alcance a aquél[29]. Pero si la purga de hipoteca no afecta al censo y éste se ha constituido después de la hipoteca, ello no significa que éste pueda oponerse al acreedor hipotecario. El censo es un gravamen, en el sentido de que es una limitación impuesta al derecho pleno que tenía el constituyente de la hipoteca. Y siendo ésta "tota in toto et tota qualibet

[27] Se recordará que en el Proyecto de 1847, el artículo 637 establecía que el dueño del predio hipotecado podía enajenarlo y gravarlo; pero que podía también estipularse lo contrario, cláusula que no valdría frente a terceros sino previa anotación en la oficina de hipotecas. Luego, en el Proyecto de 1853, artículo 2577 Bello cambió de parecer para concluir en que "el deudor podrá enajenar o hipotecar la finca especialmente hipotecada, a pesar de toda estipulación en contrario". Los autores de la Exégesis a la época de la redacción del Código Chileno y, posteriormente, discutían arduamente sobre la validez de las cláusulas de no enajenar, cuestión que, a juzgar por la historia del artículo 2415 de nuestro Código, no estaba tan clara en Bello, que sólo vino a decidirse en el Proyecto de 1853, como se ha dicho. Sobre la cuestión de esas cláusulas, véase A. Chéron, "La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1906, págs. 539 y sgtes. Además, era debatida la cuestión de determinar si la enajenación de la finca hipotecada significaba o no disminución de garantía, cuestión que la mayoría decidía negativamente, porque esa enajenación no impedía hacer efectiva sobre los terceros adquirentes. Véase A. Laurent, Principes de Droit Civil Francaise, t. 17, Nº 206 y sgtes., 4ª edic., 1887.

[28] Véanse los autores citados en la nota 25.

[29] Es por ello que no podemos compartir las conclusiones del informe del profesor Sergio Gaete Rojas, citado en la nota 19 y compartimos, en ese aspecto, las observaciones del profesor Lorenzo de la Maza en su informe citado también en dicha nota, en cuanto señala la imposibilidad de acoger el censo al sistema de la purga de hipotecas. Pero no por ello entendemos que el censo constituido después de la hipoteca pueda oponerse al acreedor hipotecario, según se indica en el texto.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parte", es ineludible que el censo quede sujeto a los mismos principios que ya enunciamos antes: no padrá afectar al ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario.

EL FRAUDE CONTRACTUAL

Pero más allá de las cuestiones "puntuales", como se dice ahora, tratadas más arriba, interesa volver a la cuestión de fondo: el contrato en fraude de los acreedores; porque además de las argumentaciones dadas, en la mayoría de las cuestiones que presentan los intentos de burlar el pago de deudas y aun por sobre ellas, la respuesta satisfactoria habrá de construirse –como ha ocurrido en otros países– con el auxilio del viejo brocardo "fraus omnia corrumpit".

Del hecho que algunas disposiciones, como el artículo 2317, hablen de "fraude o dolo", se ha llegado a concluir que se trata de términos sinónimos. De allí que la idea de fraude tienda a identificarse con la de dolo del artículo 44 del Código Civil. Pero esa definición no rinde cuenta exacta de la noción de fraude a terceros en materia contractual.

Que el fraude sea un acto intencional, no cabe dudas y en ello se asimila al dolo. Pero el fraude en los contratos se presenta más bien como una especialidad de dolo, que adquiere caracteres particulares mediante los cuales se hacen efectivos los elementos generales del dolo civil. Así, en la noción de dolo existe el elemento perjuicio, por mucho que se haya podido resolver –equivocadamente a nuestro juicio– que no sea necesario demostrar para la prueba del dolo, la efectiva causación del daño[30]. Pero en el fraude contractual, cuando éste se traduce en la celebración de contratos llamados "en perjuicio de terceros", el daño no se da en forma directa con la maniobra o maquinación empleada, sino que se produce a través de la privación a terceros del derecho de prenda general o de la dificultad causada al acreedor para la persecución de su acreencia. Se trata, entonces, de una daño, si se quiere, menos directo y muy específico.

Como lo ha definido un autorizado maestro, en tales casos el fraude "consiste en eludir una regla obligatoria, mediante el empleo a propósito de un medio eficaz que hace inatacable ese resultado en el terreno del derecho positivo"[31], o, más brevemente aún, "es la intención de sustraerse, por un medio apropiado, a la aplicación de la regla obligatoria".[32]

Hay entonces en el fraude la concurrencia de tres elementos: por una parte, la existencia de una regla de derecho (no necesariamente una norma positiva precisa, pues bien puede tratarse de un principio general) que impone un deber al autor del fraude, en este caso, el deudor y a la que éste quiere eludir; luego habrá una intención fraudulenta, una mala, una conciencia y voluntad deliberada de buscar un resultado ilícito y, por último, y tal vez en ello radica la particularidad del fraude contractual, el uso de un medio técnico desviándolo de su fin natural para lograr sustraerse a la regla obligatoria.

30Véase, R. Domínguez A. "Teoría general del negocio jurídico", Nº 53, Edit. Jurídica, Santiago, Chile, 1977.
31J. Vidal, "Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais", pág. 208, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1957.
32F. Chevalier-Dumas, "La fraude dans les régimes matrimoniaux", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1979, págs. 40 y sgtes., Nº 5.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si nos referimos ahora concretamente al contrato celebrado para eludir al acreedor o dificultarle el cobro de su crédito, podremos observar claramente la concurrencia de aquellos elementos: a) Existencia de una regla de derecho: se trata aquí no solamente de las normas precisas que regulan el efecto contractual, sino más generalmente del deber de cumplimiento que acarrea todo contrato y que se traduce, positivamente, en el llamado derecho de prenda general, o en el derecho de venta en el caso del acreedor hipotecario o en cuanta otra regla tienda a hacer eficaz ese deber de prestación; b) Intención fraudulenta: en ello, la idea de fraude se aproxima a la de dolo, para requerir la existencia de una voluntad precisa encaminada a buscar la infracción del deber de prestación. El Código Civil, tratando del fraude pauliano, señala que esta intención ha de tenerse existente cuando se conoce el mal estado de los negocios del deudor. Pero allí no vemos sino una manifestación del fraude contractual a que nos referimos y al cual no puede quedar reducida la noción. El conocimiento del mal estado de los negocios del deudor implica una verdadera presunción fraudulenta; pero no es el fraude mismo, de tal modo que la intención fraudulenta puede buscarse de cualquier modo; c) Medio empleado: es el elemento esencial, pues por él es posible distinguir el fraude de la mera violación de la ley. En efecto, en ésta el sujeto se enfrenta directamente a la regla obligatoria, para dejar de cumplirla, la infringe, dejando de acatarla. Pero cuando celebra un contrato en fraude de sus acreedores, no se enfrenta a la ley, sino que busca eludir sus resultados, usando para ello un medio permitido por la regla, un instrumento técnico reconocido por ella (el contrato o, más ampliamente, el negocio jurídico), respetando íntegramente sus elementos formales; pero al cual se desvía de su finalidad económica y social, para alcanzar con mayor éxito el propósito de no dar cumplimiento a su deber de prestación. El resultado será que "aunque, aparentemente todo es regular, que ninguna regla jurídica ha sido violada y que ninguna sanción aparece posible, el fraude pone todo en cuestión, pues todo lo corrompe: tiene por efecto, su propia ineficacia"[33] y el resultado fraudulento no se producirá.

En estas observaciones de carácter general y que exigirían para otros propósitos un análisis más profundo y detenido, no podemos entrar a distinguir y relacionar la idea de fraude antes enunciada, con la simulación. Bastará señalar que el contrato en fraude de los acreedores no necesariamente es un contrato simulado, porque las más de las veces hay efectiva traslación patrimonial y, si hay simulación, ella permanece en el fuero interno de las partes, sin que pueda revelarse por medios externos. Es claro que, en otras, la simulación traduce una intención fraudulenta. Pero para nuestros propósitos, lo importante está en el fraude más que en la posible simulación.

Así pues, si se dan los supuestos evocados, el obrar no será permitido por la ley y el acto fraudulento deberá tenerse como no celebrado para los terceros afectados.

33J. Vidal, ob. cit., pág. 440, tesis, Toulouse, 1957.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

SANCION DEL FRAUDE

De observarse lo que ha venido ocurriendo en la práctica nacional reciente, bien podría entenderse que los terceros, particularmente los acreedores, están indefensos frente al fraude contractual. No hemos visto hasta ahora, sino una actitud contemplativa de los acreedores, que parecen estar a la espera de elementos o hechos externos que vendrán a dar solución a la caótica realidad económica de nuestros días. Y, los que inician acciones, se contentan con armas habituales del juicio ejecutivo o la presión por la quiebra (que bajo la nueva ley se hace difícil o, al menos costosa).

Pero un esfuerzo común de abogados y jueces y aun de los acreedores podría hacer irrisorio el empeño por vulnerar el deber de prestación. Porque es lo cierto que el derecho positivo ofrece medios para sancionar el fraude contractual.

Desde luego, parecería de más recordar que ahí está la acción pauliana, a la que no entraremos aquí; pero a la que jamás se recurre, suponiendo que se trata de una acción de difícil concreción, lo que no pensamos sea tan evidente. Pero hay más.

En efecto, la acción pauliana es una sanción prevista para una hipótesis de fraude contractual y que obedece a reglas determinadas. Pero si se da autonomía a la noción de fraude contractual, tal cual lo hemos entendido antes, el brocardo "fraus omnia corrumpit" adquiere el carácter de principio general del cual la acción pauliana es una manifestación, como lo es también el artículo 1723 del Código Civil, o lo son las hipótesis de fraude a la ley, tal cual la situación prevista en el artículo 966 del Código Civil (disfraz de disposición a un indigno o a un incapaz en acto oneroso o por persona interpuesta), o aquellas que sancionan al que pretende lesionar a sus copartícipes mediante la omisión de inventariar (artículos 1231 y 1768 del Código Civil). Hay pues, normas que no han de ser vistas únicamente como sanciones particulares, sino también como casos en que se recoge aquel principio general que, por lo mismo, al estar en la legislación, puede adquirir, mediante un adecuado proceso interpretativo, un efecto, una eficacia y alcance más allá de ellas. Cosa parecida se ha hecho entre nosotros con el principio "nemo auditur" que, aunque recogido positivamente sólo por limitadas disposiciones (así artículos 1468 y 1683), ha ido adquiriendo dimensión fuera de ellas, hasta invocarse para excluir todo intento de prevalecerse del propio hecho. ¿Por qué no hacer algo semejante con el fraude contractual? Con ello no se haría sino recoger aquí lo que ya es cuestión antigua en otras partes[34]. Pues la idea no es nueva y no pretendemos decir nada particular al respecto. El desconocimiento del acto fraudulento será entonces la sanción propia de todo fraude contractual, de forma que allí donde no haya sido posible o pueda aplicarse una regla determinada sancionatoria, quedará siempre la inoponibilidad como la sanción propia del fraude, en forma independiente y autónoma, si se dan los supuestos ya reseñados.

34Así, por ejemplo en Francia. Sobre esa cuestión, véase la importante contribución del profesor J. Vidal en su tesis ya citada; Ripert, "La regle morale dans les obligations civiles", ya citada. Véase también, Josserand, "Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Nº 171 y sgtes. Dalloz, Paris 1928, Marty y Raynaud, ob. cit. t. I, vol. I, Nº 170, pag. 303, 2ª edic., Sirey, Paris, 1971.

Artículo: El contrato en perjuicio de terceros
Revista: Nº175, año LII (En-Jun, 1984)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así entendidas las cosas, pensamos que hay ancha vía para salir al paso del fraude a los acreedores, sancionando no solamente al autor del fraude, sino a sus cómplices, pues el acto fraudulento no afectará al acreedor, quien podrá accionar en pro de sus derechos, como si el acto fraudulento no existiese. Así resulta solucionada la hipótesis del artículo 1723 (sin necesidad de exigir fraude pauliano y sin pronunciarse sobre la cuestión de si cabe allí la acción pauliana). Si resulta evidente que la separación de bienes y la liquidación consiguiente tiene como finalidad eludir el deber de prestación, ella será inoponible al acreedor, quien podrá actuar como si aún existiese la sociedad conyugal. Evidentemente que la demostración del fraude será necesaria; pero, frecuentemente, el principio "res ipsa loquitur" bastará, pues si había deudas cuantiosas del marido, si la separación es inmediatamente posterior al hecho de asumir obligaciones importantes, etc..., la cosa quedará demostrada por sí misma. Así podría también solucionarse el problema de los usufructos y censos posteriores a la hipoteca, sin pretender forzar el artículo 2428, tentativa que nos parece inútil. Así podría, incluso, llegarse a solucionar la difícil cuestión práctica del promitente comprador que encuentra vendida la cosa objeto del contrato, cuando él decide obtener la ejecución forzada de la promesa, venta hecha justamente para evitar el dicho cumplimiento.[35]

En suma, una vez más, la solución al problema planteado, como a muchos otros, podría obtenerse por medio de la adopción de métodos interpretativos que alejen el mero razonamiento exegético, en el cual nuestros doctrinadores y jueces han demostrado maestría secular; pero que obliga, ante cualquier dificultad que las realidades económicas y sociales impongan a los textos, a buscar la solución mediante la dictación de nuevas leyes. En un país tan apto a seguir modelos extranjeros, resulta curioso observar que, en esta materia en que mucho deberíamos aprender de otras experiencias, sigamos apegados a la Exégesis.

[35]Ripert. Ob. cit., Nº 166 y 167; Morel, "La violation d'une promesse de vente," en Etudes, Capitant, pág. 541, Dalloz 1939, Paris, 1939; Ripert-Boulanger, ob. cit., t. 8 Nº 1373.