Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Nº 189
AÑO LIX
ENERO-JUNIO
1991

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

FRAUS OMNIA CORRUMPIT
Notas sobre el fraude en el Derecho Civil

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Prof. Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. *INTRODUCCION*

Pocas conductas son tan constantes en toda época y bajo cualquier legislación, como las que llevan al fraude. Promitentes vendedores que, después de haber recibido todo o parte del precio de la futura compraventa, enajenan el bien prometido vender, vulnerando la legítima expectativa y derechos del futuro comprador; marido y mujer que descubren la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal como el medio más apto para eludir la persecución de los acreedores; sociedades -preferentemente de responsabilidad limitada (aunque en los últimos tiempos con seria competencia de las anónimas "cerradas")- constituidas de urgencia para propósitos similarmente elusivos; oportunos juicios ejecutivos que, con nuevos embargos, embarazan la prosecución de uno anterior; préstamos nacionales o extranjeros que permiten justificar ingresos no tributables como rentas; generosos contratos de trabajo previos a una quiebra o a una acción de los acreedores; y podríamos multiplicar los ejemplos indefinidamente. Algunos de los que podríamos citar tienen ya carácter clásico. Otros son de reciente aparición, porque así como a cada época su afán, a cada tiempo su figura fraudulenta de improviso emergen, incluso, como nuevas modas, olvidadas instituciones, tal cual aconteció hace algunos años, con los censos y las rentas vitalicias, viejas instituciones que ni siquiera se estudian en asignaturas históricas[1]. Luego vuelven al olvido, para ser reemplazadas por otras

[1] Recuérdese que hace tan sólo unos ocho o diez años, cuando luego de pasar por aquellos tiempos en que se nos dijo que nuestra moneda era una de las más sólidas del mundo, sobrevino el primero de esos "ajustes económicos", la práctica jurídica redescubrió los censos y rentas vitalicias para eludir las enojosas consecuencias para el deudor de aquellas "operaciones de crédito de dinero en moneda extranjera" que hasta entonces nos conducían con viento de popa hacia el mundo desarrollado. Surgieron entonces doctos informes sobre la validez y efectos de tales maniobras, como el del profesor Sergio Gaete Rojas sobre "Si la venta de un inmueble en pública subasta ordenada por juez a instancias de un acreedor hipotecario libera o no al inmueble del censo vitalicio que lo grava" o el de Lorenzo de la Maza R. "Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

nuevas. Existe casi una verdadera ley dotada de la certeza e inevitabilidad de la causación física con cada nueva legislación, con cada realidad económica, surge una nueva forma de fraude, apta para eludir la primera o para adecuarse a la segunda.

Con la experiencia chilena, quien tuviera interés y capacidad podría escribir una obra de análisis histórico, económico y sociológico recorriendo los anales y repertorios jurisprudenciales para observar la frecuencia y cambio en aquellas maniobras fraudulentas y el modo cómo los tribunales han reaccionado frente a ellas. Sin necesidad de profundos estudios, podría tenerse, de ese modo, la mejor constancia de nuestra cambiante realidad económica. Como lamentablemente no tenemos las dotes necesarias para tal obra, no podemos pretender sino hacer un examen jurídico del fraude y reducido a su sola dimensión civil.

A modo de introducción a nuestro tema, podemos afirmar, sin duda, que frente a cada nueva maniobra fraudulenta, los tribunales tienen la misma reacción: en una primera etapa, la figura que irrumpe en la negociación privada sorprende y, por lo mismo, tiende a ser aceptada porque no presenta una evidente anomalía. Se logran pues los propósitos fraudulentos. Luego, la frecuencia en su uso deja en claro los propósitos perseguidos y sus perniciosas consecuencias. Es entonces que los tribunales buscan el medio técnico para impedir el uso de la maniobra fraudulenta y dicho medio resulta casi siempre en el desprestigio y aun en la destrucción de la institución misma que se venía usando, de tal modo que en el futuro ella no puede seguirse usando con éxito, para defraudar, pero tampoco para los fines lícitos que le son propios, entrando en el ámbito de lo sospechoso, cualquiera sea el propósito que persiga el que la usa.

Un buen ejemplo de lo que se viene diciendo es lo ocurrido en los últimos tiempos con el pacto de separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal, previstos en el art.1.723 del Código Civil. Nacido bajo dudas y sospechas[2], ese pacto tuvo, hasta algunos años, una vida pacífica y útil. Era el modo de adaptar el régimen de bienes del matrimonio a nuevas realidades económicas de la familia: el marido emprende un negocio, tal vez de éxito aleatorio y no quiere jugarlo todo en una sola apuesta, de modo que, separándose de bienes y liquidando la sociedad conyugal, deja al margen del riesgo negocial los bienes más necesarios a su grupo familiar, preferentemente su casa habitación. Otras veces era el prolegómeno de una futura disolución del vínculo matrimonial, sirviendo de medio para proporcionar una cierta garantía económica al cónyuge inocente o menos válido. Así, como etapa previa a nuestro particular sistema de nulidad

en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada" o, el de Sergio Rossel Cowper, "Efectos de los derechos reales constituidos sobre el bien hipotecado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca", todos en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9 Nº 3 (1982), págs. 547 y sgts.; vol. 10 Nº2 (1983), págs. 475 y sgts. y vol. 12, Nº 2 (1985), págs. 345 y sgts., respectivamente. A. Cúneo M., "El usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca; su eficacia frente al acreedor hipotecario", en *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 85, primera parte, pág. 113 y sgts.

[2] Es historia sabida que la reforma del art. 1.723 por la Ley 7.612 fue la consecuencia de juicios simulados de separación de bienes y que, luego de dictada la ley, el entonces Instituto de Estudios Legislativos hizo publicar un aviso advirtiendo de los peligros del pacto. Vid. nuestro artículo "El contrato en Perjuicio de Terceros", *Rev. de Der.* U. de Concepción, Nº 175 (1984), págs. 101 y sgts., esps. 105 y 106.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

matrimonial, ese pacto venía a dar solución previa a la cuestión patrimonial. Para algunos, la separación de bienes y la liquidación del patrimonio común era el modo de asegurar a la futura viuda, o incluso viudo, de las exigencias de hijos, hijas, nueras y yernos[3]. En suma, era un modo de dar solución a efectivas necesidades jurídicas y económicas.

De improviso, sin embargo, llegan a Chile los aires librecambistas y liberales, rejuvenecidos con la calificación de "economía social de mercado" y proliferan, con la nueva moda, negocios de toda especie, con cuantiosas deudas en moneda extranjera o en UF y junto a ellos, los fracasos económicos. A ellos sigue una súbita proliferación de separación de bienes y liquidaciones de sociedades conyugales, medio usado ahora para impedir la debacle total, cuando los afectados, hasta entonces orgullosos "empresarios", descubren que la clásica fábula de la lechera vendedora de quesos antes de comprar la vaca, es una descripción histórica; pero de una realidad humana y no un simple cuento para niños o tema para dibujos animados japoneses. A esas separaciones urgentes siguen luego las tercerías opuestas al embargo de los bienes que eran sociales, por la mujer, nueva dueña de ellos.

Primero fueron las de posesión, luego las de dominio e incluso, por qué no, los recursos de protección, esos juicios ordinarios sin tramitación ordenada en que la práctica nacional ha transformado el urgente amparo constitucional.

Inicialmente, las tercerías fueron acogidas, casi sin mayor duda, desde que en un análisis formal de la cuestión, la situación de hecho planteada coincidía con los supuestos que la jurisprudencia tenía establecidos para dicha tercería: había un embargo trabado sobre bienes en poder de la mujer que, al efecto, aparecía como tercera en la ejecución seguida contra su marido y disponiendo ella de un título que legitimaba su posesión, cual era el pacto de separación y liquidación de la sociedad conyugal en el que se le adjudicaban los bienes que ahora se pretendía embargar. Cuando se trataba de bienes raíces, estos aparecían incluso inscritos a su nombre[4].

Poco duró el medio de liberarse de los acreedores. En efecto, los tribunales, descubierta la finalidad con que se habían venido usando aquellos pactos, les cerró la vía, mediante la interpretación del art.1.723 inc. 2º en cuanto dispone que la separación de bienes "no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer", admitiendo que allí se consagra su inoponibilidad absoluta frente al tercero cuyo crédito es anterior a la separación. Este puede entonces proseguir sus

[3] La práctica enseña que de esas exigencias provienen la mayor parte de los litigios sucesorales; pero a veces la voluntad divina destruye toda precaución humana. Recordamos un caso que tuvimos en que un distinguido médico de avanzada edad quiso dejar a su mujer fuera del alcance de problemas sucesorales y particionales frente al hijo único de difícil carácter y conducta para sus progenitores.

Para ello se separó de bienes y en la liquidación de la sociedad conyugal entregó la mayor parte de los bienes más valiosos a su mujer, mucho más joven que él. Una desgraciada coincidencia llevó de improviso a la muerte a su mujer y, de ese modo, el hijo díscolo quedó dueño de la gran herencia, como único heredero de su madre. El padre tuvo que vivir aún unos años lamentando su exceso de previsión.

[4] Sobre casos de admisión de la tercería, vid. C. Suprema, 24 de mayo de 1979, Fallos del Mes Nº 246, pág. 104, que es uno de los casos iniciales, aunque se trata de un recurso de queja, medio absurdo; pero ahora normal de hacer en Chile "jurisprudencia"; C. Santiago, 20 junio 1983, *Gaceta Jurídica* Nº 37 (1983), pág. 60; C. Suprema, 13 abril 1983, *Gaceta Jurídica* Nº 36 (1983), pág. 25 (tercería de dominio).

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

acciones en contra del marido y los bienes, antes sociales, como si el pacto no hubiese existido y no obstante que se hayan adjudicado a la mujer, luego de la liquidación de la sociedad conyugal[5].

Esta solución, a nuestro modo de ver, es excesiva, porque se aplica a todo pacto de separación de bienes y no solamente ataja el fraude, sino que se extiende de modo total incluso a pactos celebrados de buena fe, sin contrariar el fin de la institución, de forma que implica destruir la utilidad del pacto y aun poner en riesgo la existencia del derecho que el legislador pretendió consagrar allí al reformar el Código Civil. En adelante, toda separación de bienes será objeto de sospecha, de modo que la sanción propuesta cuestiona la institución misma y no solamente el uso fraudulento. A ello habrá de agregarse que, contrariando la historia del establecimiento de la ley y la lógica de su texto, ni siquiera tienen valor frente a terceros los inventarios y tasaciones hechos por las partes en la escritura de liquidación, por hacerles extensiva la jurisprudencia la regla del art. 1.766[6].

Esta forma de proceder no parece, en modo alguno, ni técnicamente aceptable, ni prácticamente útil. Más bien guarda semejanza con aquellos tratamientos médicos que quitan las ansias de vivir. No es necesario, según lo indica la lógica, destruir una cosa para evitar su ocasional uso dañino. Bastará sancionar el acto ilícito.

¿No existirá entonces otro modo de sancionar el fraude civil? Si el Código Civil contiene normas que sancionan el fraude en ciertas situaciones, como es el caso de la acción pauliana (art. 2.468), no puede pensarse que, en otros casos no previstos por norma específica, el fraude quede tolerado. Ha de existir una reacción establecida en el propio ordenamiento en contra de aquello que es tan vulneratorio de sus reglas, como lo es el acto fraudulento. Tal reacción no puede sino provenir de algún principio general concebido como emanación del propio Derecho Positivo y su búsqueda ha de terminar en la construcción de un sistema sancionatorio, del cual las reglas especiales no sean sino manifestaciones requeridas por las particularidades que ciertas situaciones presentan; pero manteniéndose siempre, para los casos no previstos, la regla emanada del principio.

Ese principio ha de surgir del propio ordenamiento -como acabamos de señalarlo- sin necesidad de recurrir a los que se encuentran fuera de él, en el Derecho Natural, teniendo en cuenta que en una tradición tan positivista como la nuestra, fundar una teoría o una solución práctica en razones ajenas al orden normativo legal no tendría jamás aceptación, ni de los prácticos, ni de los tribunales.

[5] Entre los más recientes, C. Concepción, 15 noviembre 1984, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 81, sec. 2a., pág.134 (los efectos del pacto "son inoponibles de pleno derecho respecto de los acreedores anteriores al pacto"); C. Valparaíso, 19 julio 1990, *Gaceta Jurídica* Nº 121 (1990), pág. 52. En otro estudio hemos mostrado que la dicha frase del art. 1.723 tiene otro sentido, según la historia del establecimiento de la ley: Ramón Domínguez Aguila, "El contrato en perjuicio de terceros", esta *Revista* Nº 175 (1984), págs. 101 y sgts., esp. págs. 105 y sgts.

[6] Así, C. Santiago, 30 de octubre 1987, *Rev. de Der. y Jurisp*, t. 84, sec. 2a., pág. 121; C. San Miguel, 18 de octubre 1984, *Gaceta Jurídica* Nº 52 (1984), pág. 68. Algo distinta es la sentencia de C. Santiago, 18 de junio 1984, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 81, sec. 2a., pág. 54 y la de 28 de mayo 1984 de la misma Corte, id. pág. 50, de acuerdo a las cuales la omisión de inventario y tasación solemnes autorizan a terceros a probar que hay otros bienes además de los incluidos en el inventario privado o que el valor de los bienes es diverso al fijado en la tasación convencional. Por nuestra parte pensamos que el art. 1.766 no ha de aplicarse al caso del pacto

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Es muy claro que la solución más simple y que mejor acogida encontraría en Chile al combate del fraude civil, sería la de una modificación del Código, para agregarle una pormenorizada reglamentación sancionatoria. Ese es el medio usual y el único que acepta nuestro espíritu positivista. Pero no es siempre el mejor. No hay ley sancionatoria de la que no escapen múltiples situaciones y contra la cual no pueda prevalecer la imaginación de la práctica. Le sigue el rápido desprestigio de la solución meramente legal, porque en definitiva el fraude adoptará otra cara y sucederá, en los hechos, lo que acontece tan seguido con las reformas legales: la realidad sigue incólume y el medio usado pierde autoridad.

De allí que la búsqueda de un principio general y el uso por la jurisprudencia nos parezca, en tal caso, una vía más efectiva, porque guarda la flexibilidad necesaria para adaptarse a las nuevas figuras con que se quiera escapar a la sanción del fraude civil, ya que siempre quedará la regla general: el fraude no puede prevalecer.

2. *EL PRINCIPIO FRAUS OMNIA CORRUMPIT*

Resulta entonces que la primera cuestión que ha de esclarecerse es la existencia, entre nosotros, de un *principio general* que pudiera fundar una sanción al fraude civil aun en ausencia de regla positiva expresa.

Se sabe que la legislación civil, y muy particularmente el Código Civil, contiene sanciones particulares para ciertos casos de fraude. La *acción pauliana o revocatoria* del art. 2.468 según se ha recordado es una de ellas, como lo es también la nulidad en el caso del pago hecho al deudor insolvente en fraude a sus acreedores en cuyo favor se ha abierto concurso (art. 1.578 Nº 3). La ley penal, por su parte, sanciona una variedad de delitos en los que el fraude es uno de sus elementos (arts. 466, 467 y sgts.)

Pero fuera de esos y otros casos, parece indudable, como se dijo, que el fraude ha de recibir siempre sanción y no puede ser admitido; pero para ello es menester encontrar el fundamento requerido y dentro del propio ordenamiento, ya que es un principio establecido que toda sanción -por reprobable que frente a la moral sea un acto- ha de venir del legislador mismo. Pero no será imprescindible que tal sanción sea formulada en una norma específica si ella puede extraerse del ordenamiento, sin dejar así de ser positivo.

No es este el lugar ni la oportunidad para entrar en el clásico debate en torno a si los principios generales han de encontrarse fuera del Derecho Positivo, como criterios

y liquidación de sociedad contenido en el art. 1.723. Desde luego, el art. 1.766 es producto de la redacción original del Código anterior, por tanto en un siglo a la que se contiene en el art. 1.723 luego de la redacción que le diera la Ley 10.271 y antes la Ley 7.612. Estas para facilitar la mutabilidad del régimen de sociedad a separación total de bienes permitieron que "en la escritura pública de separación" los cónyuges pudieran a la vez liquidar la sociedad conyugal. ¿Cómo poder hacerlo al mismo tiempo, si se exige que el inventario y tasación sean con previa solemnidad judicial? No habrá de olvidarse que, desde un punto de vista lógico, que es el que rige esta cuestión, primero ha de existir la comunidad, cuyo activo y pasivo se fija en el inventario, y para que haya comunidad en lugar de sociedad, ésta debe terminar.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

racionales que emanan del Derecho Natural[7]; o si están y han de estar en el Derecho Positivo mismo, del que han de obtenerse por un procedimiento de generalización y concebirse cual "ideas fundamentales o informadoras de la organización jurídica de la nación" [8]; tampoco supuesto de seguirse la concepción jus naturalista, si tales principios tienen un fundamento teológico, como lo pretendía Domat[9], o si ellos forman parte de un verdadero Derecho Natural laico, como los concebían Planiol y otros[10].

En este caso, el debate no tiene trascendencia, porque es de toda evidencia que, tanto la moral -cristiana o laica- cuanto el Derecho Positivo, repugnan el fraude, de modo que existe coincidencia entre ellos y sea porque aquí la norma positiva recoge la norma moral y la hace suya, sea porque el Derecho Positivo exige de sí, se requiere lógicamente de una sanción del acto fraudulento.

Examínese entonces los criterios propios de la moral o del Derecho Natural que la contiene, o limítese la visión al solo Derecho Positivo, siempre se encontrará la sanción del fraude.

2.1. *La moral*

Desde el ángulo de pura moral, "el valor de un acto es inseparable de su fin, desde el instante en que éste sea establecido, si es ilícito. Un fin lícito no legitima un acto ilícito: el fin no justifica los medios; pero un fin ilícito vicia el acto intrínsecamente lícito"[11]. Esta

[7] Sobre las diversas maneras de concebir los principios generales, entre otros, vid. Jaime Luis Navas, "Analogía y diferencias entre los principios generales de Derecho y el espíritu de la ley", en *Rev. Ge. de Leg. y Jurisp.*, Madrid (1982), pág. 519 y sgts., esp. 521. El art. 7 del C. Civil Austríaco de 1811 se inclinaba por ese concepto de los principios generales: "Si resultase dudoso el caso, se decidirá según los principios del Derecho Natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas".

[8] F. de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España* t. 1, pág. 419, Madrid 1949. Es la tesis seguida en Italia por interpretación del art. 12 de las Disposiciones Preliminares del C. Civil y aún antes, bajo la vigencia del C. Civil de 1865. Vid. por ej. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, págs. 95 y sgts., México 1938; Barbero, *Sistema de Derecho Civ.*, t. 1 Nº 38, pág. 127; L. Barassi, Inst. de Derecho Civil, t. 1, pág 32, Barcelona 1955 ("se infieren de la ley"). Pero esa doctrina no era uniforme, pues algunos los relacionaban con el Derecho Natural: así, Del Vecchio, "sui principi gen del diritto", en *Arch. Giur.* Nº 85, 1921, págs. 17 y sgts.; Pacchioni, "I principi generale di diritto", en *Arch. Giur.* Nº 91, 1924, pág. 133 y sgts.; sin embargo, B. Bruggi, "I principi generale del diritto naturale", *Arch. Giur* Nº 90, 1923, págs. 160 y sgts. y en *Inst. del Der. Civil*, pág. 30, México 1946. Una amplia discusión de la cuestión en E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Nº 57 y sgts., págs. 281 y sgts., Madrid 1975.

[9] Toda la primera parte del "Traité des lois" demuestra cómo las leyes humanas derivan de las leyes divinas. Sobre esta cuestión, *J. Boulanger*, "Principes Géneraux du Droit et Droit Positif" en *Le Droit Privé Français du millieu du XX e siecle*, etudes Ripert, t. 1, págs. 51 y sgts., Paris 1950.

[10] *Planiol, Traité Elementaire de Droit Civil*, t. 1 Nº 5 y 6, pág. 2, 5a edic., Paris 1908. El Cód. Civil Español, en el art.1 inc. 1º se remite a los principios generales como fuentes del Derecho. Estos son, según la doctrina más común, principios que están en el Derecho Positivo y se extraen de él por abstracción. Así, M. Albaladejo, *Derecho Civil*, t. 1, Nº 2, pág. 113; vid. G. García Valdecasas, "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", en *An. de Der. Civ.* 1975, págs. 333 y sgts., con lo cual los autores se unen a la doctrina italiana referida antes, nota 8.

[11] H. Batiffol, *Droit International Privé*, Nº 372, pág. 422, 4a. edic. Paris 1967.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

afirmación es el resultado de un tema clásico de la teología cristiana. Antes de Santo Tomás, teniendo incluso raíces en San Agustín e incluso en Aristóteles, los teólogos debatían ya la influencia del fin en la consideración moral de los actos, como cuestión fundamental. La tesis subjetivista de Abelardo, determinaba la moralidad de los actos en razón de su intencionalidad, de tal modo que su manifestación exterior parecía indiferente al juicio moral[12].

Contra este subjetivismo la enseñanza de Pedro Lombardi entiende que la bondad o maldad pueden ser calidades propias de los actos, de tal modo que hay actos buenos en sí y otros que pueden calificarse de malos por su propia naturaleza. Pero hay una tercera categoría: actos que "*ex genere, per se, in se boni*" pueden hacerse malos por su fin. "Todo acto, por bueno que sea en sí, puede viciarse por una intención mala"[13]. Esta es la tesis que defiende Santo Tomás. Comentando la aseveración de Dionisio *"quilibet singularis defectus causat malum, bonus auter causatur ex integra causa"*, el Doctor Angélico insiste en que los actos del hombre son también buenos o malos en función del fin con que se actúa -finis operantis-, fin subjetivo y externo al acto. Todo fin comunica siempre a los actos moralidad específica, nuevas especies de bondad o malicia. El *"bonus honestum"* -fin honesto- debe ser el fin propio y obligatorio que cada hombre ha de proponerse en sus actos. El artículo cuarto de la Cuestión Dieciocho del Tratado de los Actos Humanos, está dedicado a examinar "*Ultrum actio humana sit bona vel mala ex fine*": Si la acción es buena o mala por su fin, para concluir en que "las acciones humanas y todas las realidades dependientes de otro reciben su bondad del fin del cual dependen, excepto la bondad absoluta que les es intrínseca"[14].

Queda por tanto rechazada, en la teología cristiana, la tesis que la bondad de un acto está sólo en función de su fin y de sus consecuencias previsibles, como aquella de que la licitud depende únicamente de la conformidad a una autorización legal[15]. Ello porque por una parte, hay actos malos en sí, por bueno que sea el fin con que se les ejecuta, cuanto por otra, la mera conformidad de un acto a una autorización para ejecutarlo o aún a su bondad propia, no puede impedir que el fin ilícito con que se actúa lo haga reprobable.

Jamás podrá entonces justificarse moralmente un acto por su mera apariencia y desligarle por entero de su fin torcido, y no podría nadie aprovecharse de la bondad propia del acto para usarlo con un fin diverso al que le es propio y al que sirve.

2.2. *El Derecho Positivo*

Si miramos ahora el Derecho Positivo, encontraremos la misma tesis recogida del examen de las prescripciones morales.

Y sea que el camino de análisis se haga desde el ángulo histórico o desde el del Derecho Comparado o aún desde el puro examen del Derecho Positivo chileno actual, siempre se

[12] Abelardo, *Ethica*, ML 178, 644; Dialogus, ML 178, 1652.
[13] P. Lombardi, Lib. IV Sententiarum 1. 2 d. 36.40
[14] Tomás de Aquino, *Suma Teológica, Tratado de los Actos Humanos*, quest 18, art. 4.
[15] Vid. J. Ratzinger, *Informe sobre la Fe*, pág. 99.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

encontrará el mismo criterio que el de la moral. Es cierto que no en forma de una regla precisa, pues se trata de un principio general, pero sí a través de la generalización de innumerables casos concretos.

2.2.1. *La historia*

Históricamente han sido comunes los brocardos y aforismos que recogen el principio que el fraude vicia un acto. La versión medieval de las Decretales prescribía que "el Derecho socorre a los engannados e non a los que engannan" y antes, el viejo Derecho Romano decidía que *"venditio nullius est valoris, quae tacta est in frauden legis"*[16].

Durante la Edad Media, los glosadores estudian el *"fraus legis"* y los bartoldistas inician la distinción entre el acto simulado, por lo mismo ficticio, y el acto fraudulento, al que se da un carácter doloso, distinguiéndose y clasificándose los diversos fraudes.

El antiguo Derecho francés conoce también la preocupación por el fraude. Es en Cujas que nace el adagio "la fraude étant toujours réservée" (*fraus semper excepta videtur*), con el cual se quiere significar que hay una verdadera nulidad ipso jure en el acto fraudulento y que éste escapa a toda regla, de modo que cualquier norma general debe entenderse con la excepción del caso fraudulento. Para Beaumanoir, el fraude debe ser siempre sancionado, al igual que lo propugna Cujas, que sostiene la idea de un fraude ex re ipsa y, tomando pie en el Libro IV Título 22 del Codex, desarrolla los adagios "*Malittis non est indulgendum*" y sobre todo "*fraus omnia corrumpit*"[17]. Beaumanoir escribe que "mout de fraudes sont fetes en convenances de mariages, mes par tout la ou eles sont conneues ou prouveer l´en ne les doit pas sofrir..."[18].

No se debe pues tolerar el fraude en los contratos, así como tampoco se puede oír a los autores de dolo[19].

A pesar de esos precedentes, el adagio "*fraus omnia corrumpit*" se dice ser de reciente data, hasta el punto de anotarse que se le encuentra en esa forma, por primera vez, en una nota de jurisprudencia francesa de 1855[20]. Pero poco importa que no sea antiguo, desde que el principio envuelto en ese brocardo tiene, como se ha podido recordar, viejas raíces costumbristas.

[16] Decio, in tit. ff. de reg. iuris, r. 16. s.

[17] Vid. P. Ourliac y P. Malafosse, *Histoire du Droit Privé*, t. 1, pág. 132, París 1969, 2a. edic.

[18] Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, c. XXXIV, Nº 1051, edit. Am. Salmon, t. 2, reimpresión, Paris 1970.

[19] "L´on ne doit pas oir toutes personnes en plet de tricherie", dice Beaumanoir, *op. cit.*, c. XXXIII, Nº 991.

[20] Así, H. Roland y L. Boyer, *Locutions Latines et Adages du Droit Français Contemporain*, t. 2, pág. 340, Lyon 1978. Aunque el autor recuerda que los jueces franceses se inspiraron de un pasaje de Plinio el Antiguo (Historia Natural, XI, 36) y que en los textos romanos se encuentra el principio evocado por el brocardo, como en Ulpiano: Aeque in omnibus farus punitur" (D. 49, 14, 4).

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

2.2.2. *El Derecho Civil*

Si observamos ahora el Derecho Positivo actual, encontraremos en él en forma constante la alusión al fraude, sea como excepción a una regla general, la que deja entonces de ser obligatoria en su presencia, sea para establecer un particular régimen sancionatorio.

El art. 11 manda aplicar el texto de la ley, cuyo fin es precaver el fraude, aunque se alegue que, en el caso preciso, no ha existido dicho fraude. El art. 296 establece que a ninguno de los que han intervenido en el fraude de falso parto o suplantación aprovechará el descubrimiento de la maniobra fraudulenta. El art. 803 inc. 2 permite a los acreedores del usufructuario oponerse a toda cesión o renuncia del mismo hecha en fraude de sus derechos. El art. 1.578 Nº 3 sanciona con nulidad al pago hecho al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso -regla complementaria de la acción pauliana-. El art. 1.662 inc. 2º ordena que no puede oponerse compensación a la demanda indemnizatoria por un acto de fraude de modo que no pueda eludirse la indemnización del fraude que adquiere así el carácter de hecho que hace surgir una deuda imposible de equilibrar con otra, aunque ésta sea lícita. El fraude además constituye para su autor una verdadera marca, como las infamias del Derecho Romano, que le hace inhábil para el ejercicio de una guarda, tal cual resulta del art. 497 Nº 12 y del art. 539 Nº 2, que le transforma en causal de remoción de la guarda, no solamente de la del pupilo afectado, sino de toda otra que ejerza al mismo tiempo (art. 541). Por el art. 706 el fraude se opone a la buena fe, ya que el uso de un medio fraudulento para hacerse del dominio es lo contrario a la conciencia de haber adquirido la cosa por medios legítimos. El fraude es causal de separación de bienes judicial, por el art. 155 y antes de la reforma de la Ley 18.802, si había administración fraudulenta del marido, la mujer tenía derecho para que sus bienes propios se pusieran a cargo de un curador adjunto, sin que el marido pudiera prestar fianzas para oponerse a esa petición (art. 171 inc. 2º). El fraude del guardador tiene otra particular sanción patrimonial en el art. 533. La cesión de bienes no es obligatoria para los acreedores si el deudor fue condenado por quiebra fraudulenta. Y para qué recordar aquí la acción pauliana del art. 2.468, institución independiente y con raíces en el Derecho Romano.

Así entonces, a lo largo de todo el C. Civil volvemos a encontrar esa repugnancia al fraude: para impedir el provecho que su descubrimiento pudiere implicar, o para castigar con inhabilidad o con cesación en cargos si el titular ha actuado con fraude; para sancionar patrimonialmente al fraudulento, para obligarle a indemnizar los daños causados, aunque a él se le deba algo equivalente por parte del defraudado, para anular el acto fraudulento en perjuicio de terceros.

Si pues el fraude no se admite en todas ésas y en otras hipótesis, ¿cómo admitir que fuera de ellas el fraude no haya de recibir sanción? ¿Cómo entender que tales reglas sean sólo la consagración de sanciones específicas y sujetas, por lo mismo, a un verdadero principio de especialidad, y no las demostraciones de un principio general, que las informa todas, principio que, por lo mismo, es posible extrapolar a todo caso de fraude? Porque ¿qué justificaría que pudiera sancionarse legislativamente al guardador fraudulento, por traicionar la confianza que en él se ha depositado, mas no al mandatario que con tanto o mayor confianza ha recibido el encargo de su mandante, o al promitente vendedor que burla su obligación?

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

No es pues necesario ir más lejos para descubrir también en el Derecho Positivo la consagración del principio "fraus omnia corrumpit".

2.2.3. *Fuera del Derecho Civil*

Si recurrimos ahora a lo que sucede fuera del Derecho Civil, para observar con mayor perspectiva aún cómo reacciona la regla positiva en contra del fraude, encontraremos también la clara presencia del principio "fraus omnia corrumpit".

El Derecho Procesal conoce la cosa juzgada fraudulenta y, más generalmente, el fraude procesal[21]. La sentencia obtenida en fraude de los derechos de terceros admite ser atacada de diversos modos, según las legislaciones, sea por medio de una acción revocatoria, sea por la oposición de terceros, como resulta en el nuevo Código de Procedimiento Civil francés[22]; pero siempre, admitiéndose que la cosa juzgada formal tiene un límite frente al fraude.

El fraude a la ley es tema clásico del Derecho Internacional Privado, el cual "consiste en que las partes convierten las características positivas del tipo legal, concebidas por el autor de la norma como meros acontecimientos o actos jurídicos, en negocios jurídicos, haciendo así aplicable un Derecho Civil que difiere del Derecho Civil coactivo aplicable con anterioridad a la escrita conversión"[23]. Es lo que acontece con el que cambia de domicilio para eludir la aplicación de una legislación que le es desfavorable, por ejemplo en materia de disolución matrimonial, o el que obtiene una nueva nacionalidad con el propósito de vulnerar la aplicación coactiva de obligaciones de su ley nacional primitiva. Sobre el punto, los estudios doctrinarios son copiosos y aquí sólo nos corresponde evocar la cuestión[24].

3. *CONCLUSION*

Existe pues un principio general que excluye todo efecto del acto fraudulento. El brocardo "fraus omnia corrumpit", cualquiera sea su antigüedad, lo traduce. Pero la reacción contra el fraude, en las normas positivas es variado, porque a veces se otorga un medio

[21] Vid. el ya clásico pero siempre interesante estudio de E. A. Couture, "La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta", *La Ley*, 14 dic. 1939, pág. 1 (doctrina) y *Anales de Jurisprudencia*, México, 1943, págs. 289 y sgts.

[22] Art. 583 inc. 2º: "Los acreedores y otros causahabientes de una parte pueden, sin embargo, hacer oposición de tercero a la sentencia dictada en fraude a sus derechos o si invocan medios que no les son propios". Por el art. 591 la sentencia conserva sus efectos entre las partes; pero resulta ineficaz frente al tercero que la ataca. Vid. J. Vicent y Guinchard, *Procedure Civile* Nº 1008, págs. 884 y sgts., esp. 886, 20a., edic. París 1981. Sin embargo la doctrina que admitía esa tercera oposición por fraude es antigua. En Colombia se admite la revisión y la oposición de tercero, vid. F. Devis Echandía, *Tratado de Der. Proc. Civ.*, Parte General, t. 3, Nº 463, pág. 447, Bogotá 1963.

[23] W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. 1, pág 295, 2a. edic. Buenos Aires 1952.

[24] Además de las importantes páginas de Goldschmidt dedicadas al tema, ya citadas entre otros, J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude a la loi.* Valladolid, 1952.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

específico de reacción, como la nulidad, o la revocación; otras se paraliza el efecto del acto, en una suerte de inoponibilidad.

¿Cuál es entonces la sanción propia del fraude en casos no normados? Para determinarla es previo precisar qué ha de entenderse por fraude civil y cuáles son sus caracteres.

4. *CONCEPTO DE FRAUDE CIVIL*

Resta ahora llegar al concepto de fraude civil y decimos civil, porque existe también el fraude penal, cuyas diferencias con aquél han sido discutidas y objeto de estudio[25].

En esta cuestión sería fácil de atenernos al sentido general de nuestro Código que parece asimilar el fraude al dolo. El art. 44 en la clásica definición señala: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" y el art. 2.317 inc. final hace equivalentes ambos conceptos, al establecer: "Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

Las relaciones entre el dolo y fraude son evidentes y por lo mismo han perturbado el análisis de éste, al confundírsele. Si se entienden sinónimos, inútil es buscar un principio general propio al fraude, para luego fundar un particular sistema sancionatorio, desde que existe el del dolo, que es siempre sancionado donde quiera que se le encuentre, sea como vicio de la voluntad (arts. 1.451 y 1.458), sea como causal de incumplimiento de una obligación contractual (art. 1.558) y por lo mismo agravatoria de responsabilidad, sea como elemento de un delito civil (art. 2.284 inc. 3º).

Sin embargo, a pesar de las similitudes, el fraude conserva siempre una particularidad frente al dolo. Ya los textos romanos decían que "el dolo difiere del fraude como el género de la especie"[26].

En verdad, si por dolo ha de entenderse cualquier maquinación, maniobra desleal, artificio engañoso, ardid, el fraude ha de quedar comprendido en él. Ese sentido de dolo es el que se contiene, por ejemplo, en el Salmo 140 (139): "Del hombre doloso líbrame Señor"[27]. Pero esa amplia noción cubre otras dos muy características que aunque responden a la idea general de engaño o fraude en sentido genérico mantienen sus individualidades y por lo mismo exigen la construcción, para cada una, de un distinto sistema sancionador, aunque conserven siempre las raíces comunes. Esos dos conceptos son, justamente, el dolo y el fraude en sus sentidos más técnicos y estrictos.

[25] Sobre fraude civil y fraude penal; vid. J. Mera Figueroa, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, Santiago, 1986.

[26] Decio, In. tit. ff. de reg. iuris, r. 78. 2.

[27] Dolo. "Vale engaño, latine dolus, fraus, falacia, machinatio, insidiae, quando aliud est in intentione aliud in factis..." dice Covarrubias, en su *Tesoro de la lengua castellana o española*, pág. 480, Madrid 1691. "Los que en su corazón *maquinan* males" agrega el Salmo 140 (139) y los opone a los "justos" y a los "rectos".

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Mientras el concepto amplio de dolo o fraude genérico se opone a la buena fe, y se concibe como conducta impropia del hombre honrado y leal, el concepto técnico y propio de dolo civil dice relación únicamente con la conducta delictual, aquélla precisamente encaminada a causar el daño, por medio de las maquinaciones engañosas[28]. De allí que se haya podido entender por algunos que todo dolo, incluso el que opera en el cumplimiento de un contrato, tenga naturaleza delictual[29].

En el dolo en sentido restringido, hay siempre un fin dañoso, una perversa voluntad de perjudicar patrimonialmente a aquél contra quien se dirige la maniobra ilícita[30].

El fraude en sentido técnico también puede producir, y de hecho así ocurre las más de las veces, un daño; pero sea que éste se produzca o no, el principal interés del que actúa fraudulentamente no va dirigido a causarlo, sino a eludir la aplicación en su contra de alguna regla que le es desfavorable.

Si se analizan los casos frecuentes en que se presenta, la conclusión será evidente: aquel que, para no cumplir un contrato de promesa de compraventa, porque lo cree desfavorable a sus intereses, vende la cosa a un tercero; el que para disolver su matrimonio, ante el impedimento de la ley nacional, cambia de domicilio o aún de nacionalidad; el que vende una misma cosa que ya ha vendido, para no cumplir la primera compraventa; el que se separa de bienes para impedir la persecución de los acreedores; ese otro que crea una sociedad para igual fin; aquel que elude tributos y para ello realiza operaciones no gravadas con ese impuesto, y tantos otros ejemplos comunes. En todos ellos la voluntad de dañar puede o no estar presente y su existencia sólo tendrá importancia a efectos indemnizatorios; pero queda aún la maniobra fraudulenta, la maniobra evasiva, incluso sin daño y contra ella las sanciones comunes del dolo, en su sentido más técnico, no son bastantes, porque no necesariamente borrarán el efecto del fraude.

Además, en esa maniobra no existe frente al autor del fraude una contraparte que sufra daño directo, ya que la operación fraudulenta, pero real, se concluirá con otro sujeto que no recibe daño y que, por lo común, es cómplice en el fraude o colabora con él. ¿Cómo anular entonces la separación de bienes, por ejemplo, supuesto que a ella pudiésemos aplicar las normas contractuales, si en ella no hay dolo alguno desde que ambos cónyuges la han consentido libremente? El defraudado es el tercero que no puede perseguir los bienes antes comunes y en ese evento, la sanción del dolo vicio no podrá servir para borrar el efecto fraudulento. Y poco conseguiría la acción indemnizatoria, cuando precisamente

[28] Vid. sobre la distinción, A. de Cossio y Corral, *El dolo en el Derecho Civil*, págs. 11 y sgts., Madrid, 1955; Chardon, *Traité du dol et de la fraude en matiere civile et commerciale*, t. 1, págs. 4 y sgts., París.

[29] Así, entre nosotros, Tomas Chadwick V., *De la naturaleza jurídica del dolo civil*, Santiago 1938. Orlando Tapia, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Concepción 1941, esp. Nº 408 y sgts., págs. 424 y sgts.

Esta tesis no parece tener adeptos hoy en día, ya que los autores mantienen la naturaleza contractual de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento de un contrato. Así, Mazeaud y Tunc, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, t. 1, Nº 203 y sgts. págs. , 6a. edic., París 1966 y las notas. En el sentido de la naturaleza delictual, vid. la clásica nota de Josserand en D. 1927, 1 , 105.

[30] Cossio y Corral, *op. cit.*, pág. 11: "Cualquier actuación conscientemente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro".

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

la separación se realiza para eludir el pago de obligaciones. Lo mismo podría decirse de aquel que cambia de nacionalidad para impedir la aplicación de la ley nacional, a quien las sanciones propias del dolo no alcanzan.

De allí pues la necesidad de insistir en las particularidades del fraude, o si se quiere, reducir el ámbito de su concepto a aquellos casos a los que no alcanza precisamente el dolo, porque el propósito del agente es el eludir la regla que, de otro modo, le es obligatoria.

En todas las hipótesis que hemos recordado -y que no son las únicas- hay ciertos rasgos comunes. Entre ellos destaca, precisamente, lo que acabamos de indicar: el acto celebrado o ejecutado, si se le mira aisladamente, es inatacable, porque en él no existe vicio alguno. No lo hay en separarse de bienes y en liquidar la sociedad conyugal; tampoco en cambiar de nacionalidad; o en formar una sociedad; o en dar cierta forma contractual a una relación que de otro modo sería laboral. Por el contrario, se trata de actos permitidos, lícitos en sí, regulados incluso por el Derecho Positivo y que -volvemos al punto de vista moral- son buenos en sí. Por lo mismo, si el examen del juez sólo se detuviese en el acto aislado, con independencia de toda otra consideración, no encontraría razón alguna para sancionarlo. La separación de bienes debe producir el efecto de terminar con la sociedad conyugal y la liquidación de la misma ha de conducir a la adjudicación de los bienes a la mujer y al marido. Se ha aplicado entonces la regla legal y se ha hecho observancia de los requisitos previstos por la ley positiva. Nada puede objetarse a ello. Como nada puede objetarse al que vende un bien que aún es suyo, porque siendo inmueble, está inscrito a su nombre y ningún gravamen impide la transferencia. La enajenación no es sino la expresión del atributo más propio del dominio, como es el poder de disponer del bien propio. Venderlo es pues un acto inobjetable en sí mismo, inatacable objetivamente.

Pero en todos esos casos, el resultado que con el acto busca el autor, no es sólo el previsto por la regla que lo autoriza. El tiene en vista uno diverso: impedir la aplicación de otra norma, la que resulta así eludida y justamente porque ésta le impone un deber que no quiere observar o que le resulta gravoso. En un caso será la que ordena pagar las deudas y establece el derecho de prenda general para los acreedores sobre los bienes del deudor, en otro, el de cumplir una promesa de compraventa, y por tanto, el de hacer eficaz el derecho personal del promitente comprador.

Se produce entonces una colisión de normas, ambas obligatorias y válidas consideradas aisladamente. Aquí es donde se encuentra el rasgo propio del fraude civil. Es esta la situación que debe solucionarse porque será imposible concebir lógicamente que pueda darse tal colisión, desde que en todo ordenamiento ha de existir armonía entre las reglas, que no se alcanza sino dando a cada una su fin propio, sin vulnerar el de la otra.

La colisión, por lo demás, no se ha debido a un defecto legislativo, sino a que el agente la ha causado, usando de una norma para eludir la otra. Es pues el fin con que se ha obrado el que provoca la controversia y -volviendo una vez más a los conceptos morales- por ese torcido propósito se ha empañado la bondad intrínseca de la primera regla.

De aquí que se haya podido definir el fraude civil, como "la evicción por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa a la que tenía obligación de someterse"[31] o

[31] José Vidal, *Théorie Générale de la Fraude en Droit Français*, pág. 455, París 1957.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

mejor aún: "Consiste en crear las condiciones de aplicación de una regla de derecho cuyos efectos neutralizan las consecuencias jurídicas desfavorables de la situación inicial del individuo"[32]. En suma, el fraude desde este punto de vista, consiste en usar la regla jurídica para un fin ilícito o no tolerado por el Derecho.

Hay entonces una estrecha relación entre el fraude civil y otros conceptos como el abuso del derecho y la simulación ilícita, según veremos; porque en todos, la consideración del objetivo final perseguido es el que destruye la apariencia lícita de la regla usada para el propósito torcido.

Resulta así evidente que el fraude civil, concebido en esos términos, adquiere una independencia del dolo en sentido estricto, por mucho que ambos conceptos pertenezcan a la misma familia del acto ilícito, a la del fraude en sentido amplio.

Pero sería impropio pensar que, aclarado el concepto de fraude civil, sea simple separar lo lícito de lo ilícito. En efecto, eludir la aplicación de cierta norma, por imperativa que sea, no es siempre un acto repudiable frente al Derecho. Bien sostiene Ripert que "no se podría aceptar como una regla general que nadie puede por un acto voluntario escapar a la aplicación de una disposición legal imperativa. El sujeto de Derecho es, en efecto, libre de colocarse por un acto regular en tal o cual situación legal, de emplear tal o cual forma jurídica. No tiene por qué dar cuenta de los motivos que le hacen preferir una situación o un acto determinado"[33]. Es por eso que la tarea de los expertos en legislación tributaria se justifica, no pocas veces, por la habilidad que poseen en mostrar al contribuyente las variadas opciones que la propia legislación fiscal ofrece para hacer menos gravosa una cierta operación económica. La adopción de uno u otro camino jurídico, siempre lícito, puede conducir a más o menos impuesto y no se dirá que el adoptar uno sea un acto de fraude, porque se ha evitado el impuesto mayor.

Tampoco podrá calificarse de fraudulento el ejercicio de derechos absolutos que se entregan a los sujetos, no susceptibles de control por sus propósitos, porque precisamente en eso consiste su carácter absoluto[34].

De este modo, ha de entenderse que existe un grado de diferencia entre el fraude y el libre ejercicio de los derechos, facultades y opciones que la propia ley concede. Precisarlo es, sin embargo, cuestión delicada, como lo es siempre que se trata de trazar fronteras nítidas que los teóricos buscan con ahínco, bajo la formulación de doctrinas que se pretenden coherentes, pero que la práctica revela ser tarea imposible que, en definitiva, debe quedar sujeta a la apreciación judicial y a la elaboración de la jurisprudencia[35].

[32] J. Gestin y J. Goubeaux, *Droit Civil*, t.1, Nº 745, pág. 668, 2a. edic., París 1983.

[33] G. Ripert, *La Regle Morale dans les Obligations Civiles*, Nº 173, pág. 327, 4a edic. Paris 1949.

[34] Sobre los derechos absolutos ha existido, como se sabe, controversia. Un buen resumen de la cuestión se encuentra en J. E. Ogalde Muñoz, *Abuso del Derecho*, memoria, págs. 83 y stgs., Concepción 1991. Pero en Chile la jurisprudencia los ha admitido sin permitir que se les sujete a control por su fin o por las razones con que los pone en ejercicio su titular. Por ejemplo, se ha dicho que el Derecho del art. 842 es de mera facultad (C. Suprema 9 de junio 1945, Rev. de Der., t. 43, sec. 1a., pág. 535), que es derecho absoluto el previsto en el art. 1.317 (C. Santiago, 8 julio 1878, *Gaceta* 1.878, Nº 2.354, pág. 977).

[35] Así, J. Gestin y G. Goubeaux, *op. cit.*, t. 1, Nº 758, pág. 682.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Se han propuesto, con todo, criterios para la distinción. Así se ha sostenido que habría fraude cuando habiéndose ya reunido las condiciones de hecho de aplicación de la ley imperativa, se realiza el acto destinado a eludir la norma obligatoria. De este modo, el fraude queda en evidencia, porque no se trata ya de escapar a la posible aplicación de una regla -actitud lícita y permitida por el propio ordenamiento- sino de eludir la directa aplicación de la regla a una situación ya producida[36]. Pero se trata sólo de un criterio sujeto, por su parte, a contestación, desde que aún es posible imaginar actos fraudulentos sin que se hayan reunido las condiciones de aplicación de la ley, en ciertas situaciones[37].

5. *FRAUDE Y FIGURAS AFINES: SIMULACION Y ABUSO DE DERECHO*

Una vez precisado el concepto de fraude civil, se hace necesario diferenciarlo de otras ilicitudes que se le asemejan y en particular de dos que son también medios que tienen -de prosperar la maniobra respectiva- resultados semejantes: la simulación y el abuso de Derecho. Como ambas figuras tienen sus propias sanciones, bien pudiere parecer innecesaria -de no existir diferencias- una teoría del fraude civil, bastando aquéllas.

5.1. *Fraude y simulación*

No es extraño que con el claro propósito de burlar o aun de dañar a terceros, las partes de un negocio jurídico se valgan de la apariencia. En Derecho ésta recibe el calificativo de simulación. Ferrara la concibe, en una definición ya clásica, como aquel "acto de contenido no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo"[38].

La doctrina, llevada a examinar la relación entre el acto simulado y el acto en fraude a la ley (especie particular de fraude), ha señalado algunas diferencias evidentes entre ambas situaciones. Desde luego, la simulación no es de por sí ilícita. Esconder una realidad, encubrirla con una apariencia, puede tener una finalidad admisible para el Derecho, por mucho que moralmente la verdad haya de prevalecer siempre. Aun, moralmente, no revelar una cierta situación puede ser una actitud encomiable, como la de aquel hombre generoso que no solamente prefiere que su mano derecha no sepa lo que hace su mano izquierda, sino que incluso busca que nadie conozca de su inclinación por el desprendimiento. De allí la distinción conocida entre simulación lícita e ilícita. En

[36] J. Vidal, nota a sentencia de Colmar, 16 de marzo 1962, D. 1.963. 149., par. III; vid . Vidal, *op. cit.*, pág. 96.

[37] Vid. los ejemplos de J. Gestin y G. Goubeaux, *op.cit.*, Nº 755, págs. 678 y sgts. Entre nosotros es también posible concebir iguales situaciones: el empleador que para eludir la aplicación de las normas laborales de los contratos de duración indefinida, celebra con sus empleados contratos de plazo fijo de corta duración, mediando entre ellos intervalos que le permitan sostener la no aplicación del art. 1 Nº 4 inc. 4º de la Ley 19.010.

[38] Ferrara, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, pág. 56, Madrid 1961.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

aquélla, por razones diversas, las partes pueden no exhibir, frente a terceros, sino una voluntad aparente que, como no está destinada a causar daño, ni se pone fuera del ámbito obligatorio de la ley, no acarreará ninguna sanción[39].

Jamás ocurrirá cosa semejante con el negocio fraudulento. Este busca, como hemos visto, precisamente poner a sus autores fuera del alcance de la norma obligatoria, sea sólo para vulnerarla directamente, sea para dañar a terceros. No es posible pues concebir un fraude que sea neutro ante el Derecho.

Por otra parte, en el negocio fraudulento nada hay de aparente. El acto produce todos sus efectos, porque ha sido querido como tal y para alcanzar los efectos jurídicos que le son normales. Es el fin con el que se le usa, o al menos el fin logrado, el que es ilícito. De allí que la tarea del juez frente al acto simulado sea diversa que la que debe tener frente al acto fraudulento. "Para juzgar de uno y otro -dice un autorizado exponente[40]- el juez debe emplear procedimientos distintos. Si se trata de un acto simulado, deberá comenzar por aislar el acto aparente del acto encubierto, y hecho esto, juzgar recién su validez. Si el acto es fraudulento, basta interpretar el texto legal en su espíritu, y si resulta que el fin obtenido con el acto que se impugna es contrario al propósito legislativo de la disposición, el juez tiene ya elementos suficientes para declarar su nulidad". Ello porque, como se ha dicho, el acto fraudulento existe realmente y ha sido querido tal y como se ha realizado, con las consecuencias obtenidas. Mientras en la simulación, si es ilícita, el acto aparente no ha sido querido y cuando más se le ha usado para encubrir u ocultar la violación de la ley.

De ahí que se haya podido decidir que hay simulación "si dos personas, para eludir el cumplimiento de una obligación de entregar el predio a su comprador, defraudando sus intereses, celebran arrendamiento por treinta años, sin voluntad real de dar la tenencia a la supuesta arrendataria, sino sólo para impedir la toma de posesión"[41].

La distinción entre simulación ilícita y fraude es entonces evidente, por mucho que algunos hayan pretendido asimilarlos[42]. Cuando más podría acontecer que la simulación sirva para ocultar un fraude; pero en ese evento, la simulación nada agrega al acto fraudulento, porque una vez que éste haya sido descubierto se le sancionará por ser tal y no por haber sido escondido[43].

[39] Cabe advertir, sin embargo que aunque lícita, la simulación supone siempre intención de engañar, ya que deliberadamente hay una declaración disconforme con la intención. Vid. Ferrara, *op.cit.*, pág. 45; Diez Duarte, *La Simulación de Contrato en el C. Civil Chileno*, pág. 63, Santiago 1982; Acuña Anzorena, *La Simulación de los Actos Jurídicos*, pág. 15, Buenos Aires 1956; Bruno Caprile, *Algunos Aspectos de la Simulación*, memoria, Concepción 1991, pág. 10; H. Cámara, *La Simulación en los Actos Jurídicos*, pág. 44, 2a. edic., Buenos Aires 1958.

[40] Acuña Anzorena, *op. cit.*, pág. 31.

[41] Corte Punta Arenas, 24 septiembre 1989, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 86, sec. 4a., pág. 146.

[42] La antigua doctrina confundió no pocas veces fraude y simulación asimilándolos. Vid. la crítica a esa oposición en Ferrara, *op. cit.*, pág. 78 y los autores allí citados. Era el caso de Bedarride, Chardon y otros.

[43] Ferrara, *op. cit.*, pág. 81. En el mismo sentido, Cámara, *op. cit.*, pág. 44. Según Ferrara, Bahr habría sido el primero en insistir en la diferencia (*op.cit.*, pág 78). Sobre la distinción entre fraude y simulación, también, M. Dagot, *La simulation en droit privé*, Nºs 56 y sgts., París 1967.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Quien para burlar a sus acreedores se separa de bienes con su cónyuge y liquida la sociedad conyugal, no obra en apariencia o simuladamente. La terminación de la sociedad conyugal es real y definitiva, en los términos del art. 1.764 Nº 5 y la sustitución de ese régimen por el de separación de bienes es efectiva, de modo que, cualquiera sea la reacción que se produzca frente a terceros, ella se producirá entre los cónyuges. El paso de los bienes del marido a la mujer -aunque se haga con el sólo efecto declarativo- será real y efectivo, cuando se trate de aquellos que se adjudican a ésta. Nada hay allí de escondido. Eso es lo que se quiso y lo que se logró, aunque el propósito haya sido el burlar a terceros y escapar a las consecuencias del derecho de prenda general.

Pero aquel que crea una apariencia para engañar ilícitamente a terceros no pretende producir los efectos propios del acto aparente.

Otorgar una escritura pública de compraventa, pero sin que haya precio real ni propósito de transferir, sino el de ocultar una donación, sea para evitar el pago de impuestos, sea para sustraerse a la necesidad de ciertas formas, o aun para burlar las normas sucesorales obligatorias, en especial la de la legítima[44], no está en igual situación. En efecto, si se aparta o descubre el negocio simulado, quedará en evidencia el negocio real y será éste el que habrá de examinarse en sus consecuencias: allí donde hubo donación excesiva, habrá que someter el acto a la integridad de la legítima -por mucho que se haya usado de las apariencias de una compraventa-, pero si ésta no lo es habrá de mantenerse el acto real si, por otro modo, no vulnera ninguna forma imperativa. Es aún posible que el acto real sea fraudulento; pero el hecho de habérsele escondido no hará variar la situación ni la aplicación de la sanción propia al fraude. "La ocultación ni pone ni quita nada al negocio realizado: apartando el velo engañador, queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta...Si yo extiendo un velo sobre un hecho realizado, si cubro con un disfraz una transgresión real, no por eso la transgresión deja de serlo: estará cubierta, escondida, enmascarada; pero será siempre una transgresión, un choque contra el contenido verbal de la norma jurídica. La simulación no es medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación"[45].

En suma, a pesar de las coincidencias que puedan darse entre ambas situaciones, no hay confusión posible con simulación y fraude y es perfectamente posible mantener para cada una su propio ámbito.

Cuando más la simulación podrá dificultar la sanción del fraude, porque por medio de ella éste puede ocultarse; pero descubierta la verdad, será posible aplicar la sanción propia del fraude que éste requiere, independientemente de la que se haya dado al acto simulado.

[44] Por esa posibilidad es que el concepto de donación a efectos de mantener la integridad de las legítimas es amplio como resulta del art. 1.397 del C. Civil. Ramón Domínguez B. y Ramón Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 2, Nºs 957 y 977, págs. 349 y 385, Santiago 1990.

[45] Acuña Anzorena, *op. cit.*, pág. 81.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

5.2. *Fraude y abuso de derecho*

Desde un punto de vista muy general, la idea de abuso de derecho ha sido concebida desde dos ángulos: como el uso de una facultad legal con intención de dañar[46], como el ejercicio de un derecho desviándolo de su finalidad social[47].

Cualquiera sea la concepción que se adopte, se producen innegables relaciones o proximidades con el fraude civil[48].

Desde luego, si se concibe el abuso del derecho como el ejercicio dañoso de una facultad, las relaciones son evidentes: también puede burlarse el derecho ajeno y dañarlo, mediante una maniobra fraudulenta. Pero, según hemos podido señalarlo más arriba, en el fraude no se da siempre la intención de dañar. Es más: en los casos frecuentes de fraude civil, no es la voluntad de dañar la que mueve al autor. Lo que éste pretende es eludir la aplicación de una regla obligatoria. Que para ello haya de burlar el derecho ajeno o que el daño a otro resulte de la maniobra fraudulenta es cuestión que el autor ha podido tal vez imaginar; pero no es ello lo que le ha sido determinante. Resultará entonces que, aunque objetivamente la maniobra fraudulenta parezca similar a la abusiva, subjetivamente habrá diferencia y siendo la intención el criterio distintivo del abuso del derecho, el fraude civil conservará, las más de las veces, su identidad y no podrá ser alcanzado por las consecuencias de la teoría del abuso del derecho. Para hacer idénticas una y otra maniobra se requerirá, en otras situaciones, de un análisis de la intención con criterios próximos a los usados por el Derecho Penal a propósito del dolo eventual, que ni la doctrina ni la jurisprudencia civil están llanos a aceptar sin más.

Si el abuso del derecho es concebido con el criterio finalista o social, las relaciones se hacen más estrechas, porque abusa del Derecho Subjetivo quien lo desvía del fin para el cual ha sido otorgado y actúa con fraude aquel que busca eludir una norma obligatoria utilizando para ello un camino concebido por el Derecho Positivo, aunque con un fin diverso. Así, se ha podido sostener que el fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, el abuso de poder en Derecho Administrativo y el abuso de derecho en el Derecho Privado son instituciones que expresan la misma idea[49].

[46] Como se sabe, esta concepción es la adoptada entre otros por Ripert, en *La regle morale dans le obligations civiles*, Nos 90 y sgts. en su artículo "Abus ou relativé des droits", *Revue Critique*, 1929, págs. 33 y sgts. Vid Dabin, *El Derecho Subjetivo*.

[47] Es el célebre criterio finalista de Josserand, en *De l'esprit des droit et de leur relativité*, 2a. edic. París 1939.

[48] El Código Civil de Paraguay de 1985 adopta ambos criterios en el artículo 372: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos..." Sobre las relaciones entre abuso de derecho y fraude a la ley, vid. Luis Diez-Picazo, "El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones", en *Documentación Jurídica*, Madrid 1974 y aunque en un aspecto más especial, Iruzubieta Fernández, *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*. Madrid 1989.

[49] Jeantet, "Esquisse de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés sur les accords restreingant la concurrence". J. C. P. 1966, I, 2029. La similitud entre fraude a la ley en Derecho Internacional y el abuso del derecho determinó que aquél fuese sancionado mucho antes que apareciera la prohibición directa de éste. Vid. W. Goldschmidt, *op. cit.*, t. 1, pág. 301. Sobre la relación entre fraude pauliano y abuso del Derecho, J. Gestin, nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 17 de octubre de 1979, J. C. P. 1981, II, 19627.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Con todo, aun así la necesidad de una sanción propia al fraude civil continúa siendo necesaria, porque la unidad entre abuso de derecho y fraude civil se produce en términos de conceptos y fundamentos; pero no en el modo en que se presentan en el hecho. En efecto, como la teoría del abuso del derecho implica, por otra parte, seria posibilidad de limitación en los derechos individuales, requiere por lo mismo que el uso abusivo se dé respecto de facultades legales muy precisas, con elementos y requisitos determinados que sean susceptibles de control y no pueda darse cuando se trata de derechos generales o con contornos imprecisos[50]. Pero, para derechos no susceptibles de un control finalista o donde la teoría del abuso del derecho no pueda utilizarse técnicamente, sigue en pie la necesidad de sancionar el fraude civil por medios directos.

6. *FRAUDE A LA LEY Y FRAUDE A TERCEROS*

Una última cuestión que resta examinar, antes de llegar a la sanción del fraude civil, es la de las relaciones entre fraude a la ley y fraude a terceros.

En efecto, es conocida la idea de fraude a la ley, para referirse a una categoría ilícita particular. La categoría de fraude a la ley ha resultado cuestión propia del Derecho Internacional Privado, porque allí se ha presentado con mayor nitidez, en casos en que el agente se coloca al amparo de la norma de un Estado, para eludir la obligación impuesta por la del país de origen. Esta especie de fraude ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia desde antiguo. Ya Pothier alude a casos de fraude de esta especie[51]. Pero la cuestión no es exclusiva del derecho de los conflictos de leyes, porque también se presenta en Derecho interno y de allí que sean numerosas las legislaciones civiles que han terminado por establecer la sanción del fraude a la ley[52]. Ocurre así y sólo por vía de ejemplo, con el art. 6 Nº 4 del Código Civil español, de acuerdo al cual "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir", sin que la cuestión aparezca sólo luego de la reforma del Título Preliminar de 1974, puesto que tanto la jurisprudencia como la doctrina habían elaborado ya una cierta sistemática del fraude a la ley bajo el amparo del antiguo artículo 4, de acuerdo al cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez"[53]. El Código Civil de Portugal también trata del fraude a la ley en el artículo 21:

[50] Así, J. Gestin y G. Goubeaux, *op. cit.*, Nº 701, pág. 619.

[51] Pothier, Introduction Générale aux Coutumes, núm. 18, párr. 2 se refiere al cambio de domicilio hecho con fraude para asegurarse la sucesión mobiliaria de los hijos. *Oeuvres de Pothier*, edic. Siffrein, t. 15, pág. 7, Paris 1821.

[52] Sobre el fraude a la ley en el Derecho interno, J. Lluis y Navas Brusi, "El fraude de ley ante el Derecho interno de los Estados", en *Rev. Gen. de Legislación y Jurisp.*, 1967, Nº 5, págs. 536 y sgts.

[53] Sobre el fraude a la ley antes de la reforma de 1974, además del artículo de Lluis ya citado, esp. págs. 613 y sgts., Cossio y Gullón, *Adiciones a las instituciones de Derecho Civil* de F. Clemente de Diego, t. 1, vol. 1, págs. 395 y sgts., Madrid 1957 y luego de la reforma, J. Castón T., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 1, pág. 575, 11 edic., Madrid 1978, por J. M. Castán Vásquez y J. L. de los Mozos; M. Albaladejo, *Derecho Civil*, t. 1, vol. 1, págs. 183 y sgts., 7a. edic., Madrid 1980.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

"La aplicación de las normas de conflictos es irrelevante en situaciones de hecho o de derecho creadas con la intención fraudulenta de evitar la aplicación de la ley que en otras circunstancias sería competente". El Código Civil italiano, sin referirse directamente al acto en fraude a la ley, trata del negocio jurídico con causa ilícita y a su propósito, el artículo 1.344 señala: "Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa".

Del fraude a la ley, sostienen no pocos autores, ha de distinguirse el fraude a los acreedores[54], como una categoría diversa y que los Códigos Civiles sancionan en especial por la acción pauliana.

Pensamos que la distinción no tiene relevancia. En definitiva el acto en fraude a los acreedores es también violatorio de una norma obligatoria, la que impone el deber de respetar el derecho de crédito, sea por la llamada prenda general (art. 2.465), sea por la obligatoriedad del contrato (art. 1.545). Por lo demás la distinción entre fraude a la ley y fraude a los acreedores o a terceros es imprecisa, justamente debido a que, cada vez que se trata de eludir el derecho ajeno, de perjudicarlo o de evitar el cumplimiento de una obligación, en definitiva siempre existirá una norma legal que al no aplicarse resulta eludida, porque es la que, indirectamente, concede el derecho, aunque de por medio exista un negocio jurídico. Que en un caso se trate de eludir la ley y en otro la intención sea eludir el cumplimiento de una obligación surgida para con tercero depende únicamente de la intención, lo que desde luego no resulta fácil precisar cuando de por medio hay siempre infracción de una norma legal.

De allí que la distinción, según lo entendemos, siguiendo a autorizados exponentes[55], sea irrelevante y radique más bien en una tradición terminológica que en diferencias de principio.

Por otra parte, las hipótesis de fraude a los acreedores tratadas en los Códigos civiles y en especial en el nuestro, son limitadas, siendo la más general la de la acción pauliana (art. 2.468) y es fuera de las reglas especiales que nos interesa aquí encontrar la sanción del fraude civil, porque éste tiene aplicaciones mucho más amplias que las previstas por aquellas reglas. Ahora bien, las diferencias que se han sostenido es entre fraude a la ley y esos casos específicos de fraude a terceros, regulados por norma expresa, en los cuales hay siempre requisitos propios. Pero no ocurre igual cosa entre fraude a la ley y el principio general *fraus omnia corrumpit*. Cuando más podemos aceptar, como lo cree un autorizado estudioso nacional, que el fraude de la ley es el género y el de acreedores una especie[56]; pero sin que -a nuestro juicio- haya mayor interés en prolongar la distinción ya que ambos derivan del principio en estudio.

[54] Así por ej., Castán, *op.cit.* t. 1, vol. 1, pág. 575; Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. 2, pág. 480, Buenos Aires 1954. También hace la distinción Fueyo, en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, pág. 363, Santiago 1990; vid. Ripert, La regle morale dans les obligations civiles, *op. cit.*, Nº 173.

[55] No aceptan la distinción o le atribuyen escasa relevancia, J. Vidal, *op.cit.*, págs. 65 y sgts.; J. Gestin y G. Goubeaux, *op.cit.*, t. 1, 746, pág. 669.

[56] F. Fueyo, *op.cit.*, pág. 363.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

7. *LA SANCION PROPIA DEL FRAUDE CIVIL*

Como lo hemos dicho al inicio, se trata de encontrar una sanción que sea propia al acto de fraude civil, más allá de las sanciones particulares que para ciertas hipótesis establece el Código Civil. Los casos de fraude que han sido reglamentados son numerosos; pero sin que exista en todos una sanción uniforme. Bastará para constatarlo recordar algunos; que ya se han aludido[57].

Con todo es posible observar que, las más de las veces, ante la constatación de un fraude, la ley opta por prescindir de la maniobra que lo contiene. Por ejemplo, el art. 296 ordena que el fraude *no aproveche* a quienes hayan intervenido en el falso parto o en la suplantación. En otros términos, la maniobra fraudulenta no será eficaz para conferir ningún derecho o facultad, y aunque éste resultare del hecho de haberse descubierto el fraude y por ello hubiere de beneficiarse con la situación real, de modo que, de alguna manera hay allí evocación del principio *nemo auditur*. Lo mismo acontece con la situación del art. 803 inc. 2° que trata de un derecho *de oposición* conferido a los acreedores, aunque sin precisar su modo de ejercicio de que no podrá traducirse sino en el desconocimiento de la cesión fraudulenta del usufructo. Otras veces la sanción del fraude es derechamente la nulidad (art. 1.578 Nº 3).

Pero, el caso más notable de sanción es el de la acción pauliana o revocatoria (art. 2.468), cuya naturaleza ha sido discutida; pero sobre la cual parece existir hoy acuerdo en cuanto a concebirla como una forma de inoponibilidad[58].

Con todo, esas reglas particulares tienen el límite propio impuesto por los requisitos o condiciones que exige la aplicación de la sanción pertinente. La cuestión sigue entonces en pie: ¿Qué hacer con aquellos casos en que, existiendo un fraude en los términos ya definidos, no es aplicable ninguna de las reglas específicas de sanción? Y siendo éstas variadas, no parece entonces posible confiar en la extensión de una para casos no previstos, porque no habría razón para no extender las otras. Ello puede afirmarse incluso de la acción pauliana que, aunque con carácter más genérico, tiene siempre límites determinados por sus requisitos, en particular la exigencia del *perjuicio* traducido en la insolvencia causada o agravada[59].

Por otra parte, hemos concluido que nuestra legislación y el derecho en general, contienen y acogen el principio *fraus omnia corrumpit* y que el fraude jamás debe quedar sin sanción. Habrá pues de existir una sanción más allá de las especiales referidas.

Esa sanción no es difícil de encontrar, y de hecho surge del propio concepto de fraude y de la natural observancia de la regla obligatoria que, a pesar del fraude, ha de mantenerse. Concebido el fraude como el uso de la norma legal para escapar de la aplicación de otra norma obligatoria, la sanción que se impone deriva de la pura lógica: ha de restituirse la obligatoriedad de la norma eludida impidiendo que la usada para ello logre su propósito.

[57] Vid. Nº 2. 2.

[58] Sobre ello, en Chile los autores indicados en la nota 73.

[59] Así se concibe entre nosotros el perjuicio en el art. 2.468: C. Santiago, 23 octubre 1914, *Rev. de Der.*, t. 11, secc. 2a., pág. 75; C. Suprema, 8 septiembre 1937, *Rev. de Der.*, t. 35, secc. 1a., pág. 12.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

En otros términos, la sanción natural ha de consistir en ignorar la maniobra fraudulenta, porque ella ha resultado corrompida por el fin perseguido. El fraude impide que el acto celebrado pueda producir sus efectos perjudiciales.

Pero, por otra parte, tampoco es posible que la sanción se extienda más lejos que la restitución al afectado por el desconocimiento de la norma eludida, del derecho o facultad que así resultaba eludido. En lo demás, el acto fraudulento ha de conservarse, porque es un acto real, no simulado y en sí no tiene defectos o imperfecciones, como no sea la *finalidad* perseguida por su autor. De este modo, la separación de bienes y liquidación de sociedad conyugal fraudulenta ha de mantenerse, ha de producir la terminación del régimen de sociedad conyugal y de la comunidad que sigue a su disolución; pero al mismo tiempo, ha de conservarse al acreedor defraudado su facultad de obrar contra los que fueron bienes comunes, porque así se restituye la eficacia de la regla afectada con el fraude.

La sanción que logra ese doble propósito es, claramente, la *inoponibilidad del acto fraudulento*. Esta, a diferencia de la nulidad, no aniquila al acto inoponible; pero paraliza sus efectos en relación a quien está autorizado a alegarla. El acto permanece válido pero sin afectar al tercero y así la sanción produce el efecto deseado, que es el restitutorio: obliga a respetar el deber que se quiso eludir, pero tampoco va más lejos.

Pudiera pensarse que no existe razón para mantener el acto fraudulento. Incluso, pudiera sostenerse que el art. 10 del Código Civil, en cuanto sanciona con nulidad los actos prohibidos por la ley, hubiera de comprender mejor la cuestión. ¿No sanciona acaso el Código italiano como acto con causa ilícita el contrato fraudulento? (art. 1.344). Y los autores españoles, antes de la reforma de 1974, encontraban la vía de la sanción al fraude a la ley por aplicación del art. 4º inc. 1º, muy semejante a nuestro art. 10.

Sin embargo, entendemos más lógica la inoponibilidad, al menos entre nosotros. La nulidad es una sanción extrema que aniquila por completo el acto afectado, produciendo incluso efectos respecto de terceros (art. 1.689) que pueden ni siquiera haber tenido conocimiento y menos participación en el fraude. La idea de causa ilícita es, por otra parte, bastante discutida como para responder a las necesidades planteadas por el fraude, desde que sumerge al juez en las peligrosas aguas de los conflictos entre concepciones subjetivas y objetivas. Y no se ve la necesidad de ampliar la acción en beneficio de otro que el precisamente defraudado.

El propio Código señala, por lo demás esta vía, puesto que, en el caso más general de fraude reglamentado, como es el de la acción pauliana, del art. 2.468, el acto se mantiene, a pesar del fraude, para no ser desconocido sino en la medida de las necesidades del acreedor perjudicado, el que incluso puede ser desinteresado, en la medida en que se garantice su derecho a ser pagado[60].

En otros términos, la nulidad es una sanción excesiva, porque como bien dice un autor:" La ley no tolera que los particulares abusen de la libertad que les es conferida para contratar con desprecio del derecho individual de algún otro particular; ella ofrece a este último un medio eficaz para hacer anular en su provecho el acto jurídico del que tiene justo motivo de quejarse (acción pauliana, acción de fraude, reivindicación, etc.); y, si tal

[60] S. Ginossar, "La fraude a droit d'autrui est-elle licite?", en *Mélanges Dabin*, pág. 615 y sgts., esp. 616.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

reparación en especie se hace imposible por el hecho de una sub-enajenación del bien litigioso a algún tercer adquirente de buena fe, ella vela al menos para hacerle obtener un equivalente bajo la forma de daños y perjuicios. Pero por reprensible que haya sido la conducta de los contratantes, no lo es tanto como para poner siempre y necesariamente en juego el temible instrumento de la nulidad absoluta, constatado o declarado de oficio por el juez y reservado para las solas infracciones al orden público"[61].

Por otra parte, no es deseable que las sanciones sean excesivas. "Es, en efecto, perfectamente inútil castigar un acto más de lo que es necesario para que se alcance el fin previsto por el legislador. La voluntad del autor del acto debe ser respetada hasta y en la medida en que ese acto no contraviene la regla jurídica. La inoponibilidad logra ese resultado. Ella modela la sanción a la exacta gravedad del vicio. El acto fraudulento no es sancionado con ineficacia mas que en la medida solamente en que desemboca en un resultado juzgado contrario al derecho: la evicción por la astucia de una regla obligatoria"[62].

En doctrina comparada hay autorizadas opiniones que sostienen que ésa es la sanción propia del fraude civil, cuando no existe una sanción específica prevista en la ley[63]. Las diferencias radican únicamente en el fundamento que haya de darse a esa sanción. Incluso quienes entienden que la sanción es la nulidad del acto fraudulento, como ocurre, con los actos en fraude a la ley en el Código Civil español, no se impone necesariamente, pero lo que sí queda siempre es que el fraude "no impedirá la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"[64] ello, sea o no que se ordene la nulidad del acto fraudulento.

Esta inoponibilidad es además la sanción prevista por la Comisión de Reforma del Código francés: "El acto realizado en fraude de los derechos de un tercero no puede oponerse a éste por los autores o cómplices del fraude. Puede incluso declararse la nulidad del acto si ella aparece como el único medio de evitar o de reparar el perjuicio del acto fraudulento. Sin embargo, si de trata de un acto a título oneroso, la nulidad no puede declararse sino cuanto todas las partes han tenido conocimiento del fraude" (art. 25 del Anteproyecto sobre condiciones de fondo de los actos jurídicos)[65].

Es también la sanción que aplica, aun en ausencia de texto y bajo el solo efecto del principio *fraus omnia corrumpit*, la jurisprudencia francesa en múltiples situaciones[66].

[61] S. Ginossar, *op. cit.*, pág. 523.

[62] J. Vidal, *op.cit.*, pág. 391. Vid. además Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, pág. 355, París 1929.

[63] J. Vidal, *op. cit.*, págs. 390 y sgts.; J. Gestin e I. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, t. 1, Nº 759 y sgts. 2a, edic., Paris 1983; Para el Derecho belga, S. Ginossar, *op.cit.*, págs. 615 y sgts. esp. 623, quien habla de una "ilicitud relativa del acto fraudulento". Goldschmidt, *op. cit.*, t. 1, págs. 300 y 301.

[64] Se ha dicho que la sanción del fraude en el art. 64 no es necesariamente la nulidad del acto fraudulento, sino la sumisión a la ley defraudada. Diez-Picazo y Gullón, *Sistema del Derecho Civil* t. 1, pág. 209, Madrid; J. L. Lacruz B., *Elementos de Derecho Civil*, t. 1, pág. 48, Barcelona 1974; "Que no solamente el acto es nulo, sino que, además, la ley pretendida burlar tendrá la aplicación que corresponda". M Albaladejo, *Derecho Civil*, Introducción y Parte General, t. 1, pág: 184.

[65] Traveaux de Com. de Réf. C. Civil 1945-1946, pág. 165.

[66] Por ejemplo en el caso de violación de promesas unilaterales de venta o de derechos personales, los arrendamientos en fraude del nudo propietario, etc. Vid. los autores citados en notas 63, 67 y 74. Sin embargo, en materia matrimonial la sanción es más drástica. La nulidad y no sólo la inoponibilidad. Así, Civ. 31 enero 1983. D. 1984, I.R. 273, nota D. Martin; Civ. 21 de junio 1978, D. 1979, 479 nota Y. Chartier.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

8. *FUNDAMENTO DE LA INOPONIBILIDAD*

Los autores han discutido el fundamento de la inoponibilidad, que afecta al acto fraudulento y en contra de quienes han sido partes de él.

Se ha querido encontrar el fundamento de la inoponibilidad en la ampliación de los preceptos de la acción pauliana o revocatoria, extendidos a otras hipótesis que las derivadas del art. 2.486; en particular cuando se trata del acreedor lesionado que se dirige contra el tercero que ha sido también parte del fraude. Pero esta explicación no es satisfactoria, además que limita el alcance de la sanción del fraude.

En efecto, se recordará que esta acción, cuando se trata de actos a título oneroso, exige la participación del tercero adquirente en el fraude, participación en términos de mala fe (art. 2.465 Nº1) y un perjuicio hacia el cual se dirige el acto fraudulento. Ahora bien, si el régimen de la inoponibilidad propia del fraude puede ser obtenido del que se ha reglamentado para la acción pauliana, ello no significa que aquella sanción sea la misma, porque los supuestos de la acción pauliana no se dan exactamente en hipótesis generales de fraude. No se trata de recomponer un patrimonio porque hay insolvencia; sino de obtener la aplicación de una regla eludida.

Es posible encontrar otra explicación a la inoponibilidad: los arts. 2.314 y sgts. establecen el principio general de la reparación del daño causado, como también sucede en los arts. 1.555 y sgts. Ahora bien, la reparación no tiene por qué hacerse en dinero. Ello es lo más frecuente; pero no existe ninguna reparación mejor que aquella que consiste en restituir la situación jurídica o el derecho dañado y la inoponibilidad, logra ese propósito, porque al hacer ineficaz el acto fraudatorio, permite ejecutar y hacer cumplir el acto defraudado[67]. El fundamento de la inoponibilidad sería entonces el carácter indemnizatorio o reparatorio que tendría.

Sin embargo tampoco esta fundamentación es plenamente aceptable. El acto fraudulento no *porque causa daño*, sino porque es fraudulento. La más de las veces habrá *también* daño para un tercero; pero entonces podrá también existir, junto a la inoponibilidad, una acción indemnizatoria, si la mera restitución de la norma obligatoria eludida no fuera bastante para reponer íntegramente el derecho lesionado. Pero, en ese caso, el daño no justifica la inoponibilidad, sino la acción reparatoria que se concederá, sin perjuicio o mejor dicho, *además* de la sanción del fraude. Y, si no hay perjuicio a un tercero, deberá subsistir, con todo la inoponibilidad como sanción propia del fraude.

En suma, pensamos que no es menester buscar justificación especial a la inoponibilidad del fraude. Ello se explica por la existencia del fraude mismo. Si hemos sostenido la vigencia del principio general traducido en el adagio *fraus omnia corrumpit* no creemos que sea necesario buscar una fundamentación a su sanción más allá del propio principio. Por algo es un principio general y su sanción se impone por la exclusión que ha de hacerse del fraude: Medio destinado a apartar la regla obligatoria, su sanción ha de ser aquella que

[67] Vid. en este sentido, en el Derecho francés. J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Nº 439-4, pág. 455, París 1984; G. Viney, *Responsabilité civile*, Nº 208, París 1980.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

restituya el imperio de ésta. No tiene pues sentido buscar otra fundamentación. Como dice un autor: "El acto fraudulento es sancionado en razón del vicio que lo infecta, el fraude, y no simplemente porque causa un perjuicio a otro. La solución dada al problema del fraude suprime lo más corrientemente, por lo demás, la cuestión de responsabilidad, o más exactamente impide que se plantee"[68].

9. *ASPECTOS GENERALES DEL REGIMEN DE INOPONIBILIDAD*

No nos es posible aquí llegar más lejos. Con todo, es preciso al menos diseñar, en sus líneas muy generales, el régimen de la inoponibilidad del acto fraudulento, en especial en situaciones en que un tercero ha obtenido provecho de él o ha participado en el acto fraudulento, que son las hipótesis más interesantes desde el punto de vista práctico.

Desde luego, se sabe que la inoponibilidad es, normalmente, una *excepción*. Incluso bien puede afirmarse que ésta es su naturaleza propia, porque consiste en hacer ineficaz el acto inoponible, como si éste no existiere frente al tercero que lo desconoce cuando, precisamente, se pretende hacerlo valer en su contra. De este modo, frente a un acto fraudulento la víctima podrá solicitar la vigencia del derecho defraudado y ante la alegación del acto fraudulento plantear su inoponibilidad por fraude.

Pero en otras oportunidades la víctima tendrá legítimo interés en demandar mediante *una acción* la declaración de inoponibilidad. Es muy posible incluso que esta acción quede encubierta o mejor dicho *incorporada* en la acción dirigida a obtener el cumplimiento o el reconocimiento del derecho vulnerado. Así, quien ha sido burlado en su derecho como comprador, por otra compraventa posterior, pero cumplida antes, se encontrará frente al art. 1.817 que manda preferir a aquel que primero haya entrado en posesión o a aquel a quien primero se haya hecho la entrega. Si pues este tercero está en poder de la cosa, el modo más normal de alcanzarle será mediante la acción para obtener la restitución, fundada en el fraude (si es que dicho tercero ha intervenido en él), que permite desconocer la compraventa fraudulenta. El comprador defraudado podrá emplazar a su vendedor y al tercero para alcanzar a ambos con la sanción del fraude y la restitución en el derecho lesionado, obteniendo que se aplique el art. 1.824 y la obligación de entregar a su respecto, por sobre el art. 1.817 que se ha usado para vulnerar la obligación de entregar.

Las situaciones en que se invoque el fraude pueden ser variadas y de allí las notorias distinciones que habrá de hacerse para determinar el sujeto activo en la alegación de la inoponibilidad. Así, tal cual sucede con la nulidad (art. 1.683) tendrá que considerarse

[68] J. Vidal, *op. cit.*, pág. 390. Sobre el fundamento de la inoponibilidad, vid. esp. págs. 386 y ss. Con todo deberá tenerse en cuenta que existe una íntima relación entre inoponibilidad por el fraude y responsabilidad civil. En efecto, en muchos casos ambas *coexisten*, como en casos en que el tercero que obtiene provecho del fraude ha obrado culpablemente. Serán los hechos del caso los que determinarán si es posible una indemnización en especie (restitución del derecho o situación jurídica lesionada) o en equivalente (indemnización de perjuicios).

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

la aplicación del principio "nemo auditur" de amplia acogida entre nosotros, como medio de privar del derecho a alegar una ilicitud que se ha intervenido, directa o indirectamente[69]. Este principio podrá limitar, por ejemplo, la alegación del fraude entre las propias partes que han participado en él o lo han fraguado y permitirá también negarla a los cómplices. Surgirán también, a su respecto, los mismos problemas que la aplicación del adagio suscita en materia de nulidad absoluta respecto de los herederos de aquel que sabía o no podía menos que conocer el vicio[70]. Pero habrá situaciones en que el principio "fraus omnia corrumpit" deberá prevalecer sobre la regla "nemo auditur", si ésta conduce, en definitiva, a mantener la existencia del fraude aprovechando a su autor. Se trata de cuestiones que aquí no podemos sino evocar y ante las cuales carecemos de precedentes jurisprudenciales que, en nuestro país, hayan hecho aplicación de la teoría del fraude civil[71].

Especial interés reviste la inoponibilidad en cuanto al sujeto en contra de quien puede invocarse. No, claro está, respecto del autor del fraude, es decir de aquel que abiertamente elude la regla obligatoria, porque éste será sin duda el primer sujeto pasivo. Es respecto de los terceros que la cuestión tiene interés. En efecto, el fraude requiere comúnmente la intervención de un tercero que, sabiéndolo o no, participa en él. Así el caso del que transfiere el bien que había vendido o prometido vender. Es aquí que la inoponibilidad adquiere especial importancia, porque a menudo alcanzar sólo al autor no tendrá mayor sentido, si lo que se persigue es lograr la vigencia del deber incumplido. Claro está que si no es posible alcanzar al tercero, la víctima tendrá aún la acción de perjuicios y, como lo hemos dicho antes, las normas de la responsabilidad civil cubrirán estas hipótesis completando así la sanción directa del fraude.

Respecto a esos terceros, parece natural que en caso de complicidad puedan ser sujetos pasivos de la inoponibilidad alegada por la víctima. Nos referimos a una complicidad consciente que se asimila a la idea penal de coautor. Aquel que, concertado con el vendedor y justamente para facilitarle su acción fraudulenta, le compra el bien ya vendido, pero aún no entregado, no podrá asilarse en el art. 1.817 para mantener la cosa adquirida. Esta adquisición fraudulenta es inoponible y la víctima podrá así obtener el cumplimiento de la obligación vulnerada, accionando en contra del autor y del tercero cómplice.

[69] Sobre esta regla, vid.: Ramón Domínguez benavente, "La máxima nemo auditur en la jurisprudencia chilena", en Estudios Castán, t.1, págs. 135 y sgts. Pamplona 1969; Ph. Le Tourneau, "La regle nemo auditur...", París 1970; M. cerdá Olmedo, "Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans", en rev. de der. Priv., Madrid 1980, págs. 1.187 y sgts.; adde. Rescigno, "In pari causa turpitudinis", en Rev. Der. Civ. 1960, Nº1, págs. 1 y sgts.

[70] Sobre esta cuestión, vid. nuestra *Teoría General del Negocio Jurídico*, Nº 159.3, pág. 223 y la jurisprudencia y bibliografía allí citada.

[71] Cabe advertir que en otros países, como es el caso de Francia, el alcance de la regla "nemo auditur" es cada vez más reducido, justamente porque su aplicación determina la subsistencia del acto ilícito, de modo que la doctrina actual es que ella no impide la acción de nulidad, sino sólo la restitución de lo dado o pagado por causa inmoral. Vid. Le Tourneau, op.cit.; y la nota de este autor a Civ. 25 de enero 1972, D. 1972. 413, y sgts. En España también el alcance es más reducido, en el art. 1.305. Vid. M. Cerdá Olmedo, *op. cit.*, págs. 1.199 y sgts.; M. Albaladejo, *op. cit.*, t.1, págs. 450, 451.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Pensamos que igual solución ha de darse en el caso de la promesa de compraventa que ya tantas veces hemos evocado en estas líneas[72].

Pero la complicidad exige un verdadero concierto fraudulento, es decir, no solamente conocimiento del derecho ajeno, sino además voluntad de participar en la maniobra de su vulneración a sabiendas y con aceptación del propósito del obligado que quiere vulnerar su deber.

Esta situación, por frecuente que pueda ser, no es la de mayor interés. El problema radica en aquellos casos en que, sea porque no se logra demostrar el concierto fraudulento, sea porque no lo hay, el tercero ha obrado, con todo, en *conocimiento* del derecho ajeno. Es el caso de aquel que sabía de la existencia de la promesa de compraventa y, no obstante, con desprecio del derecho del promitente comprador, adquiere la cosa.

Cuando se trata de la acción pauliana, en actos onerosos, el art. 2.468 exige la "mala fe" del otorgante y del adquirente, es decir del autor del fraude y del tercero. Pero por mala fe, el Código entiende el mero *conocimiento* de la insolvencia, sin exigir propósito de daño por concertación de fraude. Se aparta pues el Código Civil de las discusiones sobre la noción de fraude pauliano tan frecuentes en derechos extranjeros, adelantándose a criterios objetivos en boga en la actualidad[73].

Pensamos que ese mismo criterio ha de prevalecer frente al problema que nos ocupa: no será menester del concierto fraudulento sino conocimiento del derecho vulnerado[74], revistiendo entonces especial interés la existencia de publicidad, sea legal u obligatoria, sea voluntaria, para efectos de prueba.

[72] Sobre la promesa de compraventa vulnerada es interesante el trabajo operado por la jurisprudencia y doctrina en Francia. Vid. esp. J. F. Lusseau, "Des problemes posés par la promesse unilaterale de vente inmobiliere", en *Rev. Trim. Der. Civ.* 1977, págs. 483 y sgts., R. Morel, "La violation d'une promesse de vente. Etude de jurisprudence", en *Etudes de Droit Civil a la mémoire de Henri Capitant*, págs. 541 y sgts. reimpresión, París 1977. Más generalmente, sobre la participación de un tercero en la violación de contratos, J. Limpens, "Del' opposabilité des contrats a l'egard des tiers", en Mélanges P. Roubier, t. 2, págs. 89 y sgts. y Van Ryn y J. Limpens, "De la responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat", en *Rev Critique de Jur.*, Belge, 1951, págs. 85 y sgts.

Cabe recordar que en francia se ha creado un sistema de publicidad de las cláusulas de no enajenar temporales a las que la jurisprudencia ha dado un alcance más efectivo que tienen entre nosotros, justamente aplicando las nociones de fraude y de oponibilidad. Vid. J. Duclos, *op. cit.*, Nºs 312 y sgts., págs. 338 y sgts. Pero aún en ausencia de publicidad legal el principio de la sanción del fraude rige, id. Nºs 428 y sgts., págs. 439 y sgts. y Nºs 437 y sgts., págs. 449 y sgts. Como se sabe, aquí nada es más fácil que vulnerar una prohibición voluntaria de no enajenar, pues las consecuencias que dicha vulneración acarrea según la jurisprudencia dominante no van más allá que la sanción común al incumplimiento de una obligación o derecho personal, sin alcance para el tercero. Vid. R. Poblete, *El fraude a los acreedores*, págs. 33 y sgts., memoria, Concepción, 1985.

[73] Sobre el carácter objetivo del fraude pauliano en el C. Civil y en el derecho concursal, M. Vargas, *Tratado de la acción pauliana concursal*, t. 1, Nºs 82 y 83, pág. 116, Santiago 1949; J. E. Puga V., *Derecho concursal. Juicio de quiebra*, págs. 287 y sgts., esp. pág. 300, Santiago 1989; A. Quevedo, *La acción pauliana*, Nº 162, pág. 169 y Nº 175 pág. 185, Memoria, Concepción, 1988.

[74] Sobre esta cuestión, vid. J. Vidal, *op. cit.*, págs. 402 y sgts. Esta es la conclusión de la jurisprudencia en Francia. Adde. J. Duclos, *op. cit.*, Nºs 438 y sgts., págs. 450 y sgts., y los casos allí citados por el ej. Civ. 15 de febrero 1978, *Rev. Trim., Der. Civ.* 1979, pág. 160, los comentarios de G. Giverdon. Pero la simple inscripción facultativa de la promesa no es bastante prueba de conocimiento. Civ. 20 febrero 1979, D. 1980 y 613 y la nota de B. E. S. de la Marniere.

Artículo: "Fraus Omnia Corrumpit". Notas sobre el fraude en el Derecho Civil (7)
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

10. *CONCLUSION*

Luego de estas anotaciones sobre el fraude civil, resta solamente agregar que atendida la frecuencia de las maniobras defraudatorias, sería deseable una mayor osadía en la interpretación de los textos y en el uso de los principios generales, cuya aplicación en el hecho es escasa entre nosotros. Es en ellos donde podría encontrar la jurisprudencia un medio para intervenir creativamente en la solución de problemas actuales, sin esperar la modificación legislativa que vaya regulando con precisión cada situación. La falta de efectividad de nuestro sistema judicial no se encuentra sólo en la escasez de medios, ni en el corto número de jueces, ni en la necesidad de reforma procesal.

Hay algo más profundo y que dice relación con la creatividad que debería ser más acentuada y valiente. No es que ella esté ausente y prueba la da un artículo publicado en este mismo número de la Revista[75]; pero requiere de mayor fuerza y amplitud.

Frente al fraude civil es posible reaccionar con la construcción del principio "'fraus omnia corrumpit" y su sanción propia. De este modo podría enfrentarse situaciones como las que hemos querido evocar. Es la forma de sancionar el pacto de separación de bienes y liquidación de sociedad conyugal *fraudulento*, sin destruir la utilidad de la institución; o la vulneración de la promesa de compraventa y de las prohibiciones voluntarias de no enajenar[76]. Ese principio permite, aplicándolo con criterio, deslindar lo lícito de lo ilícito, el ámbito de libertad y de uso del ingenio, así como de las oportunidades que ofrece la vida negocial, con el propósito de vulnerar la obligación legal. Es claro que todo ello requiere de una elaboración y no pueden bastar las meras sugerencias hechas aquí, que no habrán de tomarse como reglas absolutas y de aplicación mecánica, porque en definitiva todo depende del juez.

[75] Ramón Domínguez B. y Carmen Domínguez H., "Lo que la jurisprudencia se llevó", esta misma Revista y número.

[76] Respecto de la promesa de compraventa si debería pensarse en una reforma legal que dé una cierta preferencia, una vez inscrita, sobre otros acreedores, con el fin de incentivar y dar seguridades a las llamadas "ventas en verde" de casas y edificios. El sistema actual que sólo confiere a la promesa de compraventa un efecto personal, priva de toda seguridad al promitente comprador y lo deja expuesto al incumplimiento y aun la quiebra del promitente vendedor, aunque se haya pagado parte del precio, como lo ha revelado la práctica negocial de los últimos años. Mejor es, al respecto, el sistema de promesa del Código de Minería.