

La máxima *fraus omnia corrumpit* y la tutela legal del crédito*

Roque Molla

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONTRA LA PARTICIÓN. III. EL EMBARGO Y LA PARTICIÓN. IV. LA MÁXIMA «EL FRAUDE TODO LO CORROMPE» Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del derecho de crédito, en particular frente a conductas fraudulentas, es de exigencia legal.⁷² Como enseña el maestro CAFARO, si el deudor pudiera elegir entre cumplir o no sin consecuencia alguna, se esfumaría el propio concepto de autonomía privada.

No obstante, en aras de la mencionada protección, se observa en diversos fallos judiciales la aplicación de categorías cuya pertinencia es discutible o inexistente en nuestro ordenamiento, pretendidamente derivadas de principios generales, así como la frontal contradicción con la legislación vigente.

El peso de la máxima *fraus omnia corrumpit* ha sido determinante en muchas ocasiones para otorgarle un valor autónomo. La relación entre principio y norma, de presencia permanente en materia de interpretación, viene siendo analizada desde otra perspectiva por la ciencia jurídica en virtud de la influencia del constitucionalismo, que ha convertido a los principios en su principal arma. Para ubicar las cosas en sus justos términos, el debate

* MOLLA CAMACHO, Roque, «La máxima “Fraus omnia corrumpit” y la tutela legal del crédito», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2010, tomo 40, pp. 1079-1088 (trabajo presentado a la 50.^a Jornada Notarial Uruguayo, Paysandú, 5-7 de noviembre de 2010).

72 Véase VENTURINI, Beatriz, y SZAFIR, Dora, «La jurisprudencia. ¿Acepta el principio “el fraude todo lo corrompe?”», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 19, pp. 146-151.

es (o debería ser) entre el positivismo como método (no como ideología)⁷³ y el no positivismo principialista (que no se identifica con el iusnaturalismo). El tema es de trascendental importancia práctica por cuanto, como expresa ALEXY, la polémica acerca del concepto de derecho es una polémica acerca de qué es derecho.⁷⁴ A vía de ejemplo, están en el tapete situaciones como las de injusticia legal y la creación judicial del derecho.⁷⁵

La sentencia que motiva este comentario refiere a la primera de las situaciones enunciadas: la discutible aplicación de la acción pauliana al negocio partición. Asimismo, hace mención a la segunda de las situaciones referidas: la existencia en nuestro ordenamiento de una acción general de inoponibilidad por fraude, derivada del aforismo *fraus omnia corrumpit* (admitida por el mismo tribunal en la sentencia 173, de 16 de setiembre de 1999).⁷⁶

La tercera situación —esto es, la frontal contradicción con la legislación vigente— no se da en las sentencias mencionadas, pero sí en numerosos fallos que no aplican la ley en oportunidad de resolver la incidencia del embargo trabado con anterioridad a la partición.

En el desarrollo que sigue, en primer lugar ratificaremos brevemente nuestra posición con respecto a la improcedencia de la acción pauliana contra la partición y a la situación que plantea el embargo trabado con anterioridad al mencionado negocio jurídico, y en segundo lugar sentaremos nuestra posición con relación a: a) la inexistencia en nuestro derecho de una acción general de inoponibilidad por fraude y b) la manifiesta contradicción en que incurren los autores que niegan la pertinencia de la acción pauliana y a la vez postulan la aplicación de la mencionada acción general de inoponibilidad por fraude.

II. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONTRA LA PARTICIÓN

Con respecto al tema del epígrafe, los fundamentos de las sentencias que acogen la acción pauliana son variados. La sentencia 173 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.º Turno, de 16 de setiembre de 1999,⁷⁷ es un

73 Alfonso GARCÍA FIGUEROA expresa: «[...] el antipositivismo incurre con frecuencia, dicho en otros términos, en una inadecuada crítica metonímica, en el sentido de que censura el todo, si bien afectando solo alguna de sus partes. Rechaza indiscriminadamente el positivismo jurídico, poniendo en cuestión tan solo al positivismo teórico y el ideológico y dejando indemne el positivismo jurídico como método. La identificación del positivismo en general con el positivismo ideológico representa la más grave forma de satanización del positivismo jurídico y tuvo lugar de manera especial tras la Segunda Guerra Mundial. Sus efectos se dejan sentir aún hoy en día. Dworkin participa singularmente de esta tendencia. Pintore afirma que trata de “constituirse un adversario cómodo o de exhumar un adversario hace ya tiempo difunto”». GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 82.

74 ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 14.

75 *Ibidem*, p. 15.

76 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 30, c. 24.

77 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 31, p. 263, caso 589.

ejemplo paradigmático. El Tribunal apoya su fallo en: a) que la partición constituye una enajenación;⁷⁸ b) la aplicación por analogía del artículo 1296, siguiendo a VAZ FERREIRA;⁷⁹ c) la admisibilidad de la acción por aplicación de los principios generales aplicables al negocio en fraude a la ley, y d) la admisión con carácter general de una acción innominada fundada en principios generales.

En nuestros trabajos «La acción pauliana y la partición»⁸⁰ y «La tutela legal del crédito y la partición»⁸¹ expresamos nuestra opinión contraria a las posiciones enunciadas en los literales *a* y *b* que anteceden. En el último de los mencionados, manifestamos:

[...] b. la acción pauliana y la partición. Nuestros más grandes tratadistas en Derecho Civil Vaz Ferreira y Gamarra y uno de los más encumbrados civilistas argentinos Jorge Mosset Iturraspe, entienden que la acción pauliana es procedente contra la partición.

Gamarra no refiere en especial al negocio partición, pero no lo excluye de su sentencia final en cuanto a que dicha acción es procedente contra todos los actos susceptibles de determinar el estado de insolvencia del deudor [...].

[...] Vaz Ferreira, por su parte, dice: «Respecto a la posibilidad de que los acreedores de alguno de los copartícipes ataque la partición por la acción pauliana: en Francia por ej. rigen a este respecto reglas expresas especialísimas (art. 882) que la doctrina considera necesarias especialmente por entender que las particiones figuran entre los actos más peligrosos para los acreedores. Planiol, como ejemplos de los fraudes que se cometen más frecuentemente, menciona los siguientes: 1.º se evita atribuir a uno de los herederos bienes sobre los cuales él ha atribuido ya derechos a un tercero, por ej. una hipoteca. 2.º se atribuyen a un heredero insolvente bienes inembargables o fáciles de ocultar. 3.º se le compone un lote de bienes inferior al valor de su parte y se compensa la diferencia por entregas secretas de valores o de dinero.

En los dos primeros ejemplos, el único remedio posible para los acreedores se encuentra en la acción pauliana. En el tercero, la posibilidad de recurrir a la acción pauliana debe entenderse sin perjuicio de que los acreedores puedan utilizar también la acción subrogatoria, para pedir en nombre de su deudor la rescisión por lesión, siempre que esta sea de más de la cuarta parte. En nuestro derecho, ninguna disposición especial prevé la posibilidad de atacar la partición por la acción pauliana. Según el art. 1296 podrán los acreedores pedir que se rescindan o revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor con fraude y en perjuicio de ellos. Emplea la palabra «enajenaciones» a diferencia del art. 1167 francés que habla de «actos». Como la partición no comporta enajenación, es claro que a la letra no resulta aplicable respecto

78 Posición de STURLA, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 10, vol. II.

79 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo VI, vol. II, Montevideo: FCU, 1991 p. 313.

80 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 73, n.ºs 7-12, 1987, pp. 36-44.

81 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 24, pp. 579-589.

a ella la acción pauliana; y para sostener lo contrario no basta observar que el efecto declarativo es una ficción, porque es de todos modos una ficción aceptada por la ley y plenamente eficaz. Pero en cambio, teniendo en cuenta la regla tradicional según el cual el fraude todo lo corrompe, creemos lícito extender por analogía a la partición las reglas de la acción pauliana, las cuales se aplicarían para obtener la rescisión de las particiones del mismo modo que cuando se trata de verdaderas enajenaciones.

[...] En nuestra opinión la partición no es susceptible de ser atacada por la acción pauliana. Es valor entendido, que el fraude todo lo corrompe, es la negación del derecho. En materia de acción pauliana, el fraude consiste en el conocimiento de la insolvencia del deudor, esto es, que con el acto que se realiza, se llega a dicho estado. El deudor se muestra hiperactivo y realmente, no simuladamente, disminuye su responsabilidad patrimonial. Para ello, se debe partir de un presupuesto: la existencia de bienes en su patrimonio. Sucede que, la partición, por el efecto retroactivo que es de su naturaleza, impide el cumplimiento del presupuesto que habilita la caída en insolvencia; en otras palabras no hay solvencia anterior e insolvencia posterior, porque la partición simplemente borró la indivisión, período en el que el deudor tenía vocación a determinados bienes. La partición no es negocio oneroso ni gratuito, en dicha característica radica la imposibilidad de ejercicio de la acción pauliana. Esta es la posición de Messineo: Por el contrario, un acto neutro al que es inaplicable la revocatoria es la división; la cual es contrato con alcance declarativo y no atributivo, la misma está sustraída a la revocatoria a pesar de que el art. 1113 deje a salvo al codivisionario el derecho a la acción. Tal salvedad, parece que haya de entenderse con referencia solamente a la determinación fraudulenta de la cuota de otro codivisionario, no a la división en sí.

La doctrina francesa tampoco admite la posibilidad de ejercer la acción pauliana contra la partición; al respecto, el propio Planiol, citado por Vaz Ferreira, en realidad termina por negar dicha posibilidad. En efecto, señala este autor: «En materia de partición, la acción pauliana está sometida a reglas particulares anunciadas en el artículo 1167 y formuladas en el artículo 882. Estas reglas son necesarias, porque las particiones son en proporción de los actos más peligrosos para los acreedores, y al mismo tiempo es deseable mantenerlas lo más posible en virtud de las consecuencias fastidiosas que trae aparejadas su anulación. Todo el sistema de la ley, en este aspecto, reposa sobre la necesidad de una oposición hecha por los acreedores, que impida a los herederos de proceder a una partición sin su presencia». Más adelante, sigue Planiol: «Supresión de la acción pauliana: cuando los acreedores no han hecho oposición, la partición, aun cumplida sin su presencia, está al abrigo de cualquier ataque, la acción Pauliana no está acordada contra ella, haya sido hecha en fraude de los derechos de los acreedores y hayan tenido estos el medio de probarlo. Es una derogación remarcable a las reglas de derecho común y la jurisprudencia durante mucho tiempo dudó en admitir esta consecuencia, pero ella fue finalmente aceptada bajo la influencia de la Corte de Casación. En realidad, Planiol no se está refiriendo a la acción pauliana, sino al ejercicio de la acción de oposición a la partición, hecha con anterioridad. Esto lo explican, los Mazeaud, con total claridad: «la expresión oposición a la partición» está mal elegida. En efecto, no se trata en esto, para los acreedores personales de los copartícipes de

impedir la partición: muy por el contrario, tienen interés en que la partición se efectúe».

[...] La analogía a la que recurre Vaz Ferreira no es de recibo porque ella es un procedimiento integrativo de normas. Cuando no existen normas y sí el hecho, es que se puede recurrir a la analogía: ora a la analogía legis (norma a norma) ora a la analogía iuris, tomando en consideración todo el ordenamiento jurídico. En la situación que se analiza no cabe ni una ni otra porque la analogía no es de aplicación en sede de normas excepcionales como es el caso.

Como dijimos supra, la partición supone con carácter general, una situación previa de indivisión. Es en esta etapa, que el acreedor, debe actuar, ya sea pidiendo intervenir en la partición y aun provocándola, ejerciendo la acción subrogatoria, para concretar la pars quota de su deudor en pars quanta y así lograr satisfacción. Por supuesto, que dicha actividad va a redundar en beneficio de todos los acreedores, por cuanto supone la radicación de bienes en el patrimonio del deudor, el cual responde frente a todos los acreedores, por regla general.

De admitirse la acción pauliana frente a una partición, ¿cuál sería el resultado final? Indudablemente, el retorno a la indivisión. A diferencia de lo que sucede en el caso de una enajenación, en el que prospera la acción pauliana, se produce una excepcional situación por la que el bien que no está en el patrimonio del deudor responde por una deuda suya (opera un retorno ideal, del valor del bien), en el supuesto de partición, volvería la cuota indivisa, porque era el bien existente en el patrimonio del deudor antes de partir. Asimismo, es impensable un retorno ideal porque no se trata como en hipótesis de enajenación de un bien corporal, del valor del mismo, sino del derecho a la cuota, que es distinta de los bienes sobre los que se tiene vocación.

El retorno a la indivisión significa la posibilidad de volver a partir, esta vez con la presencia del acreedor, esto es, se le da a este que obró negligentemente, no interviniendo en la partición anterior, una segunda oportunidad para que ahora sí pueda obtener satisfacción. Esta es la situación que no se ha visto en los fallos que han acogido la acción pauliana; el acreedor no obró diligentemente, sino todo lo contrario, asistió pasivo al pasaje del estado de indivisión (a veces con duración de años) a la situación final de partición.

A continuación expresamos que las situaciones que se presentan como verdaderas son simuladas, por lo que la acción pertinente no es la pauliana, sino la acción declarativa de simulación.⁸² Nos permitimos insistir en resaltar la posición de PLANIOL: el autor francés no admite la acción pauliana impetrada por los que no se hayan opuesto a la partición antes de su otorgamiento. Lo dicho para señalar que la opinión del autor francés no va a tiendas de quienes admiten la mencionada acción de acuerdo a la disciplina dispuesta por el artículo 1296 CC, sino a las de aquellos que la niegan.

82 MOLLA, o. cit., p. 589.

Nos referiremos *infra* a la invocación del fraude a la ley y de la aplicación de una acción general de inoponibilidad por fraude.

III. EL EMBARGO Y LA PARTICIÓN

III.1. El efecto retroactivo de la partición

Numerosas sentencias han sostenido la inoponibilidad de la partición respecto del embargo trabado con anterioridad a ella.

La posición jurisprudencial mencionada, más que interpretar erróneamente el derecho vigente, desconoce abiertamente lo dispuesto por el artículo 1151 del Código Civil (derecho material), esto es, el efecto retroactivo de la partición, refrendado por el CGP (artículo 380), que refiere a actos de disposición o de gravamen, y por la ley registral (artículo 54, inciso 2, de la ley 16871), que exceptúa del régimen general de oponibilidad registral a la partición, dado su efecto retroactivo.

De las disposiciones transcriptas se colige que se asiste a una interpretación auténtica de la situación, emanada de quien está legitimado para hacerlo en un sistema democrático republicano de gobierno, o sea, el Poder Legislativo.

La relación entre el efecto retroactivo de la partición y el embargo ha sido tratada extensamente por la doctrina. De modo sucinto, cabe reiterar conceptos ya expresados por diferentes autores que coinciden acerca de la decadencia de la eficacia del embargo con respecto a los bienes que no caen en el lote del deudor.

El Código Civil, en su artículo 1151, consagró el efecto retroactivo de la partición:

Hecha la partición, cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión (artículo 2330).

Como señalan MIRANDA y CURBELO URROZ:

La copropiedad es estado o situación de la propiedad que por los principios de los arts. 1115 y 1151 del Código Civil, está fatalmente destinada a regresar a la propiedad.⁸³

VAZ FERREIRA dice gráficamente: *la partición borra la indivisión*.⁸⁴

La situación jurídica que plantea la existencia de embargos a las personas o bienes de los coindivisarios, para todos los casos de indivisión (sucesoria, poscomunitaria, contractual o derivada de la disolución de

83 VAZ FERREIRA, Eduardo, *La copropiedad*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1964, p. 11.

84 VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, tomo VI, vol. I, o. cit., p. 139, n.º 670.

una sociedad civil) por aplicación del efecto retroactivo de la partición, se tornan *irrelevantes*, en expresión de DOMÍNGUEZ GIL.⁸⁵

En reiteradas oportunidades hemos manifestado que quienes pretenden la incidencia de los embargos trabados con anterioridad a la partición, con relación a los bienes adjudicados a quienes no estaban afectados por las mencionadas medidas judiciales (en la jerga jurídica a los no embargados), incurrir en un error hermenéutico.

¿En qué consiste el error? En tomar la situación, si se quiere, por la mitad del camino; en tratar a la indivisión como la situación final, cuando de acuerdo a la decisión del legislador se trata de una situación transitoria. Cada coindivisario tiene derecho a hacer cesar el estado transitorio de indivisión. En su caso la partición, justamente, resuelve el derecho de cada copartiente respecto a los bienes que no caen en su lote, con el indicado efecto retroactivo. Cada copartiente se considera causahabiente directamente del dante causa, sin tenerse en cuenta para nada el estado de indivisión.

DOMÍNGUEZ GIL manifiesta:

El efecto declarativo de la partición cristaliza así en el derecho positivo las mismas soluciones que la teoría general del derecho reconoce para los casos de propiedad exclusiva; a saber: el embargo trabado sobre bienes indivisos que le sean adjudicados a los partientes no deudores, deviene tan irrelevante como cualquier otro, trabado ilegítimamente sobre patrimonio ajeno al que debe responder.⁸⁶

Asimismo, destaca este autor:

[...] a diferencia del CPC, que por imperio de lo dispuesto en el art. 901 determinaba que el embargo alcanzaba a «todo acto que altere el estado actual de la cosa embargada», el art. 380.6 del Código General del Proceso limita la eficacia del embargo a los actos de disposición o de gravamen. Así entonces, el negocio particionario no quedaría comprendido por los alcances del embargo realizado sobre bienes de la indivisión, desde que por no resultar este, ni un negocio de disposición ni de gravamen, sino más bien declarativo y neutro, la medida judicial devendría completamente insuficiente para alcanzarlo.⁸⁷

III.2. La inscripción de la partición. Publicidad noticia

Durante la vigencia de la ley 10793, adherimos a la posición que atribuye la calidad de publicidad noticia a la inscripción de la partición, esto es, que la inscripción se realizaba a los efectos de establecer, como enseña

85 DOMÍNGUEZ GIL, Daniel, «Indivisión, embargo y partición. Los límites de la responsabilidad patrimonial», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 28, p. 736.

86 *Ibidem*, p. 737.

87 *Ibidem*, pp. 723-724

VAZ FERREIRA, en su integridad el estado civil de la propiedad.⁸⁸ Los efectos de la partición de esta manera, y en particular su efecto retroactivo, se regulaban por el Código Civil.⁸⁹

La Ley de Registros Públicos, n.º 16871, en su artículo 54, § 2, ratifica sin dejar lugar a ninguna duda la vigencia del efecto retroactivo de la partición dispuesto por la ley de fondo y, consecuentemente, la calidad de publicidad noticia de su inscripción en el registro correspondiente. La norma referida reza:

Se exceptúan de la disposición anterior los actos declarativos retroactivos cuyos efectos frente a terceros estén determinados por la legislación vigente.

DOMÍNGUEZ GIL establece:

[...] si algo restaba por tornar monolítica la concepción a la que adherimos, esto resulta de la sanción y vigencia de la nueva ley de Registros Públicos número 16871, norma esta que haciendo recaudo en los sólidos fundamentos aportados por el derecho de fondo, disipa cristalinamente toda duda, al exceptuar de las típicas consecuencias de la publicidad declarativa a los actos declarativos retroactivos, que, como en el caso de nuestra partición, encuentran reconocidos sus efectos por la propia legislación sustancial. Como hemos visto, la solución hubiera sido la misma aun antes de su vigencia, solo que ahora el legislador, avisado de las controversias suscitadas bajo el régimen anterior decide resolverlo expresamente por el propio texto positivo.⁹⁰

III.3. Recapitulando

1. La normativa vigente en materia procesal y registral es conteste en admitir la disciplina del efecto retroactivo de la partición en la forma regulada por el artículo 1151 del Código Civil.
2. Por lo tanto, los embargos que afecten el patrimonio de los copartientes no adjudicatarios son irrelevantes respecto de las demás adjudicaciones. No corresponde solicitar ni exigir información registral por los copartientes, sino solamente por el adjudicatario con respecto a los bienes que integran su hijuela.
3. Las sentencias que no respetan el sistema legal constituyen decisiones *contra legem*, más allá de posturas positivistas y no positivistas. ALEXY, uno de los abanderados del no positivismo principialista, es categórico:

El problema de la decisión *contra legem* se presenta en todo sistema jurídico. Pero no todo sistema jurídico conoce un sistema de control concreto de

88 VAZ FERREIRA, Eduardo, *La partición*, Montevideo: FCU, 1976, p. 23.

89 MOLLA, Roque, «No existe carga de inscribir el negocio partición», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.ºs 7-12, pp. 298-300, y *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 21, pp. 604-608.

90 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 21, p. 736.

normas como el previsto por el artículo 100, párrafo 1, LF.⁹¹ Más importante aún es el hecho de que aquel enunciado tiene relevancia en todo caso dudosa, más allá del campo de las decisiones *contra legem*. Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conducen necesariamente a un único resultado.⁹²

IV. LA MÁXIMA «EL FRAUDE TODO LO CORROMPE» Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

IV.1. Prenotado

Puede afirmarse que, para el derecho, la palabra *fraude* tiene diversos significados. En efecto, puede indicar ‘artificio’, ‘engaño’ y, en una acepción más amplia, ‘comportamiento desleal’.

Se distinguen dos especies de fraude: el fraude a la ley y el fraude a los acreedores. MOSSET DE ITURRASPE dice:

[...] caracteriza a la primera —burla a la preceptiva legal— el perjuicio que se causa a intereses superiores de la comunidad. El dañado no es un particular sino la comunidad personificada por el Estado. [...] Caracteriza a la segunda, fraude a los acreedores, el perjuicio que se causa a un particular.⁹³

En el plano de las consecuencias es que las diferencias son notorias, ya que en situación de fraude a la ley el negocio será inválido, y en el de fraude a los acreedores mantendrá su validez y eficacia, pero será inoponible a quienes impetraron la acción.⁹⁴

IV.2. La inexistencia en nuestro ordenamiento de una acción general de inoponibilidad por fraude

Con palabras de CARRARO, la dificultad de una represión legislativa del comportamiento fraudulento radica en lo siguiente: por un lado, el necesario carácter abstracto de la norma, que no puede prever la situación del caso concreto y por lo tanto puede ser utilizada para fines contradictorios con aquellos que inspiraron al legislador al dictarla; por otro lado, la inoportunidad o directamente la imposibilidad de quitar en estos casos eficacia a la norma para no comprometer la certeza del derecho. Es el equilibrio entre

91 Se refiere a la Ley Fundamental del sistema alemán.

92 ALEXY, o. cit., pp. 18-19.

93 MOSSET DE ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 55.

94 Véase BLENGIO, Juan E., «El negocio en fraude a la ley», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 15, pp. 43-67.

estas dos exigencias lo que el legislador y el intérprete deben esforzarse por encontrar, cada uno en el ámbito de sus propias funciones.⁹⁵

El autor italiano prevenía acerca de la progresiva desvalorización de la máxima, con cita de L. COVIELLO, que con referencia a ella sentenció:

Es necesario tener cuidado de aplicar los brocardos que la mayoría de las veces, por su generalidad, son falsos o inexactos y por lo tanto inidóneos para resolver una particular controversia.⁹⁶

En ese orden de ideas, CARRARO expresa que la represión de la actividad fraudulenta es una orientación legislativa más que un principio de general aplicación: para ser eficaz, la máxima *fraus omnia corrumpit* debe concretarse en la legislación y dar lugar a remedios concretos.⁹⁷

Esta posición es catalogada como de neto corte positivista por la llamada *nueva cultura jurídica*,⁹⁸ que condensa lo que GARCÍA FIGUEROA denomina *no positivismo principialista*. La tesis fundamental de esta corriente (DWORKIN, ALEXY) afirma que los principios constituyen un elemento inaprehensible por el positivismo jurídico, lo cual conduce, una vez verificada la presencia de aquellos en el derecho, a una concepción no positivista, a la vinculación conceptual de derecho y moral.⁹⁹

GHESTIN y GOUBEUX opinan, por su parte, que existe una teoría general del fraude, a pesar de que el legislador no ha establecido sus bases. La jurisprudencia —dicen los autores franceses— no duda en recurrir a ella ante el silencio de la ley, enunciando que «el fraude hace excepción a todas las reglas».¹⁰⁰

Más allá de entender que, como expresa NINO, DWORKIN (no así ALEXY) yerra el blanco y por ello su teoría pierde eficacia,¹⁰¹ ya que su objetivo es el positivismo ideológico avalorativo y no el positivismo como método que tiene en cuenta los principios generales de derecho, compatible con la discreción judicial, tanto para el positivismo metodológico como para el no positivismo principialista, debe distinguirse, en materia de fraude a los acreedores, la inoponibilidad del acto, de la responsabilidad por daños. Dicen los autores franceses citados:

Es natural que los tribunales duden en condenar a una persona a reparar un daño que parece causado, a primera vista, por la ley. Pero, cuando el fraude ha sido detectado, el carácter artificial del obstáculo ha quedado demostrado. Los espíritus se acostumbran a esta situación y el dinamismo

95 CARRARO, Luigi, «Valore attuale della massima “Fraus omnia corrumpit”», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, Milán, 1949, p. 783.

96 *Ibidem*.

97 *Ibidem*, p. 784.

98 PRIETO SANCHÍS, Luis, «Prólogo», en GARCÍA FIGUEROA, o. cit.

99 GARCÍA FIGUEROA, o. cit., p. 22.

100 GHESTIN, Jacques, y GOUBEUX, Pilles, *Traité de Droit civil. Introduction générale*, 3.^a ed., París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 727.

101 NINO, C. S., *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 145.

de la responsabilidad civil ayuda; no se releva más el fraude sino la responsabilidad, justificando la condena a reparar el daño.

En apoyo de su posición citan a M. J. VIDAL:¹⁰²

En lugar de considerar la regla y el sujeto de derecho, el objeto del fraude y su autor, se visualiza aquí su consecuencia: el daño sufrido por el acreedor. El daño, consecuencia del fraude, eclipsa a este.¹⁰³

La inoponibilidad, a diferencia de la responsabilidad civil, es una técnica de ficción jurídica. CAFARO y CARNELLI manifiestan:

[...] es un criterio de pura política legislativa que no responde, necesariamente, a la concreción de ningún principio jurídico. La oponibilidad de un interés o derecho respecto de otro tendrá como reflejo que el titular del interés o derecho protegido ejercite el mismo o se prevalezca de él, con total prescindencia del interés o derecho excluido de la protección.¹⁰⁴

En el mismo sentido, Luis Felipe RABEL SÁNCHEZ expresa:

La consideración de un acto jurídico como inoponible dependerá de la decisión del legislador, que preferirá esta solución a otra más drástica.¹⁰⁵

Más adelante agrega este autor:

En determinadas ocasiones, la ley permite que no se produzca la eficacia indirecta de un acto jurídico, facultando a los terceros para que no cuenten con la existencia de la actuación ajena verdaderamente efectuada: se trata de una medida protectora, que no es otra cosa que la inoponibilidad. Cuando otras personas realizan actuaciones jurídicas que afectan o puedan afectar a mis derechos, el ordenamiento jurídico me permite en ciertas ocasiones ignorar o considerar irrelevantes tales actuaciones, en relación a mi esfera jurídica.¹⁰⁶

La acción de inoponibilidad relativa que tutela el derecho de crédito en nuestro ordenamiento es la acción pauliana (artículo 1296 del Código Civil). Por lo tanto, con respecto a la partición, la discusión se centra en torno a resolver si la acción pauliana es procedente o no.

La sentencia que motiva este desarrollo amparó la acción pauliana declarando inoponible respecto a los accionantes la partición. No se comparte el fallo por las razones expuestas *supra*, pero cabe decir que en el caso no había caducado el plazo de un año establecido por el artículo 1296 del Código Civil para impetrar la acción, por lo que se respetó el principio

102 VIDAL, M. J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, París: Dalloz, 1957, «Préface».

103 Cf. GHESTIN y GOUBEAUX, o. cit., p. 755.

104 CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989, p. 53.

105 RABEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia: Tirant lo Blanc, col. Tirant Monografías, 1994, p. 85.

106 *Ibidem*, p. 87.

de que la inoponibilidad es de origen legal y en particular el plazo para interponer la acción.

En nuestro ordenamiento no existe una acción general de inoponibilidad por fraude. No es posible deducir una sanción general contra el fraude, de las normas que lo reprimen directamente. Lo dicho, por la variedad de efectos que para el fraude establece el ordenamiento. A vía de ejemplo, en materia de sociedad conyugal, el artículo 2002, en caso de ocultamiento doloso de cosas, sanciona con la pérdida de la cosa y la obligación de restituirla doblada.

Un acto puede ser válido y a la vez constitutivo de un hecho ilícito que causa daño. CARRARO expone magníficamente:

Se entiende de esta manera cómo un negocio plenamente válido puede ser por añadidura elemento constitutivo de un ilícito y se entiende cómo su carácter fraudulento sea compatible con la validez, sin perjuicio de determinar ilicitud. En otros términos, es un problema de política legislativa el de establecer si la reacción contra el ilícito negocial deba culminar en quitar efectos al acto o en condenar al resarcimiento del daño. Donde el ordenamiento jurídico no dispone, no está consentido al intérprete establecer a su arbitrio la invalidez [o la inoponibilidad, acotamos nosotros en su caso]. La imposibilidad de reconocer a la máxima *fraus omnia corrumpit* su pleno valor hasta el límite de provocar la invalidez del acto radica en la circunstancia de que el legislador ignora el fraude como causa general de invalidez. Pero ello no autoriza de otra parte al intérprete a excluir también que el fraude negocial pueda valer como elemento constitutivo de la responsabilidad aquiliana. El contrato entonces, es para el tercero un hecho: en base a tales consideraciones no se puede distinguir entre actividad material y actividad negocial.¹⁰⁷

En Uruguay, GAMARRA es de la misma opinión:

No es posible efectuar discriminaciones en la esfera del art. 1319, para admitir la responsabilidad aquiliana en caso de lesión de un derecho absoluto y negarla cuando el perjuicio es causado al titular de un derecho de crédito. Ni la palabra «daño» autoriza tal distingo, ni las diferencias innegables, que separan las categorías de los derechos absolutos y relativos, tampoco lo imponen.¹⁰⁸

CAFFERA y MANTERO, por su parte, entienden que la ilicitud de la interferencia en crédito ajeno es admisible sea cual fuere la concepción que se adopte respecto de dicho elemento (imperativista o valorativa).¹⁰⁹

De manera que, salvo norma habilitante que establezca la inoponibilidad, la situación se resuelve por la vía de la responsabilidad civil, solución que patrocinan, como se refirió, GHESTIN y GOUBEAUX.

107 CARRARO, o. cit., p. 797.

108 GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo 19, o. cit., p. 298.

109 CAFFERA, Gerardo, y MANTERO MAURI, Elías, *Protección extracontractual del crédito: Teoría y aplicación de la tutela aquiliana del crédito: Responsabilidad de directores de sociedades anónimas: Responsabilidad en grupos económicos y otros supuestos*, Montevideo: FCU, 2009, p. 68.

En nuestra parte, las sentencias que admiten una acción general de inoponibilidad por fraude, como en el caso del embargo y la partición, son decisiones *contra legem*.

Los sostenedores de la existencia de la referida acción general de inoponibilidad por fraude, AREZO¹¹⁰ y VENTURINI,¹¹¹ afirman, por un lado, que la acción pauliana no procede contra la partición y, por otro, admiten que es impugnabile, al amparo de la máxima *fraus omnia corrumpit*, por una acción de inoponibilidad, cuyo plazo de ejercicio es de cuatro años por responsabilidad extracontractual (artículo 1331 del Código Civil).¹¹²

La contradicción en que incurren es evidente: niegan la procedencia de una acción de inoponibilidad relativa por fraude establecida por ley, como la acción pauliana, y al mismo tiempo entienden que es viable el ejercicio de una acción de inoponibilidad frente a la partición ya consumada si esta es fraudulenta de naturaleza personal, que no tiene los límites de la pauliana.

VENTURINI, luego de calificar a la acción de inoponibilidad, expresa:

En cuanto al fundamento jurídico y naturaleza de la responsabilidad, resulta claro que estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, reuniéndose todos sus elementos [...].¹¹³

Y agrega:

Debe destacarse muy especialmente que dada la naturaleza de la responsabilidad en juego, la posibilidad para el acreedor defraudado de deducir dicha acción de inoponibilidad prescribe a los 4 años a contar desde el ilícito que es la propia fecha de la partición, conforme a lo dispuesto por el art. 1331 del C. C.¹¹⁴

De acuerdo a la transcripción realizada, parecería que en realidad VENTURINI se está refiriendo a una acción de responsabilidad por hecho ilícito extracontractual y no a una acción de inoponibilidad.

En cambio, AREZO otorga a la acción general de inoponibilidad por fraude, que preconiza, calidad de verdadera revocatoria, o sea que los bienes vuelven a estar en indivisión; los acreedores triunfantes podrán luego intentar la acción subrogatoria y ejercer el trámite judicial de partición y lograr que se adjudique a su copartícipe deudor, si los hubiere en la masa, bienes que pueden ser embargables y ejecutables.¹¹⁵

110 AREZO, Enrique, «Partición en fraude a los acreedores», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 91, n.º 1-12, 2005, pp. 43-65,

111 VENTURINI, Beatriz, «Tutela del crédito y partición fraudulenta», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, 1997, pp. 610-614.

112 *Ibidem*, p. 614.

113 *Ibidem*.

114 *Ibidem*.

115 *Ibidem*, p. 62.

La posición de AREZO no solamente incurre en contradicción conceptual, sino que principalmente, con palabras de ALEXY, contraría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica.

Las expresiones vertidas precedentemente con referencia a la máxima *fraus omnia corrumpit* y su relación con la tutela legal del crédito se realizaron con carácter general. Lo dicho porque en el caso de la partición no se daría la posibilidad de fraude en la medida en que, de acuerdo con el ordenamiento de los copartientes, pueden partir en el modo y la forma que convengan (artículo 1127 CC). En particular, como lo ha aceptado la doctrina mayoritaria (VÁZ FERREIRA, MIRANDA, CURBELO URROZ, RASINES, BAGDASSARIÁN, CAFARO y nosotros en diversos trabajos), dentro de la posibilidad de partir libremente que brinda la ley está la de que la soulte o compensación en dinero pueda llegar a ser total. Como hemos sostenido en diversas oportunidades con el profesor Carlos GROISMAN, en un todo de acuerdo con el sistema general, está en juego la protección constitucional del derecho de propiedad y en particular el retorno de la propiedad solitaria que justifica el mencionado artículo 1127 CC a si causó el efecto retroactivo de la partición (artículo 1151 CC). A modo de cierre, nos permitimos recomendar la lectura de las conclusiones a que llegó el doctor Tabaré SOSA en oportunidad de su intervención en la jornada que en forma conjunta organizaron la Asociación de Escribanos del Uruguay y la Dirección de Coordinación, Capacitación y Apoyo Actuarial de la Suprema Corte de Justicia, sobre el tema «Efecto declarativo de la partición».¹¹⁶

CONCLUSIONES

1. La partición es negocio declarativo.
2. La cuota del coindivisario es un derecho condicional, estado o situación que el acreedor debe conocer.
3. La ley de fondo tutela al acreedor con normas específicas.
4. La inscripción de la partición es inscripción noticia; no influye sobre la eficacia.
5. El embargo afecta los actos de disposición o de gravamen. La partición no pertenece a esas categorías.
6. Para la tutela del crédito proceden la acción simulatoria, la subrogatoria, aplicar la teoría del *disregard* y la medida cautelar de prohibición de innovar. No así la acción pauliana.
7. Deben tenerse presentes otros instrumentos para combatir el fraude, como la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y abogar para que el sospechoso de fraude deba probar su corrección de proceder.

116 Véase *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 81, n.º 7-12, 1995, pp. 231-285.