

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ

TEORIA DEL FRAUDE
EN EL PROCESO CIVIL



EDITORIAL-LIBRERÍA
PORTO, S. L.
SANTIAGO DE COMPOSTELA
1948

TEORÍA DEL FRAUDE EN EL PROCESO CIVIL

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ

**TEORÍA DEL FRAUDE
EN EL PROCESO CIVIL**

**EDITORIAL - LIBRERÍA
PORTO, S. L.
SANTIAGO DE COMPOSTELA
1948**

*Es propiedad del autor
queda hecho el depósito
que marca la Ley.*

I

Teoría del fraude a la Ley: Diversas interpretaciones de su naturaleza

*A mi querido maestro J. Guasp
en reconocimiento de su
dirección y consejo*

PROLOLO A LA 1ª EDICIÓN

Uno de los problemas prácticos de mayor transcendencia que se presentan en el Derecho procesal lo constituye, posiblemente, el fraude. Por él el fin del proceso queda totalmente viciado. Se utiliza la institución con un sentido enteramente contrario, convertida, de defensora de la Justicia y del orden, en instrumento de perturbación; de garantía del Derecho, en atentado contra el Derecho. Pocos actos pueden tener, por consiguiente, una significación tan hondamente antijurídica.

A pesar de todo, el fraude no es infrecuente. En la práctica procesal, aun pasando inadvertida en la mayoría de los casos, son numerosas las ocasiones en que se presenta esta molesta compañía que tiene que soportar, tantas veces, el Juez, La actualidad de este estudio es, por ello, grande.

Fue, precisamente, la consideración de un caso práctico lo que me llevó a realizar este trabajo, utilizado como motivo para la disertación doctoral. El examen de la doctrina científica relativa al dolo procesal me puso de manifiesto la poca entidad que tenía para la teoría la cuestión, acaso capital, del fraude. Se consideraban, preferentemente los actos viciosos aislados, descuidándose, en cambio, la utilización anormal de todo el proceso como medio específico de defraudación. Y esto, sin duda, era más importante.

Surgían de aquí muchos problemas que habían de ser tratados. En primer lugar el de Política del Derecho, que, antes de todo, exige la lucha contra el fraude. El combatir a éste precisaba, sin embargo, una previa conceptualización bajo dos aspectos: el del conocimiento teórico, que permitiese definir las esencias del fraude, y el del conocimiento práctico, que lo hiciera accesible al diagnóstico. Este fue el camino que se siguió. El fraude a la ley aportó el género próximo del concepto que ulteriores determinaciones posibilitaron individualizar.

Los indicios extraídos de la experiencia fueron el recurso práctico para combatirlos. Así, Política del Derecho, experiencia y ordenación positiva tendieron sus tres dimensiones en torno al tema de nuestro estudio.

No sería justo cerrar este prólogo sin agradecer, además de a Guasp a quien se dedica la obra, los consejos y sugerencias valiosas de los señores Prieto Castro, Pérez Serrano, Fairén y Zubizarreta, que componían el Tribunal encomendado de juzgarla, y a quien debo tan amablemente acogida. A todos ellos el sincero homenaje de mi gratitud.

- SUMARIO:**
- a) Prenoción del fraude: 1. Etimología; 2. Concepto en el Derecho romano; 3. Actualidad.
 - b) Planteamiento teórico: 1. Fraude y figuras afines; 2. Fundamento jurídico; 3. El problema de la intención en el fraude.
 - c) Insuficiencia de las fórmulas utilizadas y necesidad de su ampliación.
 - d) Nueva visión del fraude: 1. Definición y justificación de la misma; 2. Superación de las posiciones subjetiva y objetiva.
 - e) El fraude a la ley en el Derecho positivo español.

a) **1.** Según Ernout y Meillet ⁽¹⁾, la palabra fraude, al parecer antiguo tema consonántico, significa: «tort fait à quelq'un; dommage, perte résultant d'une erreur ou d'une ignorance personnelle ou d'une tromperie; et par suite fraude, tromperie». Afirman asimismo la oposición lógica de *fraus* y *vis* y la coincidencia con *dolus* y *fallacia*. Y aducen también la incertidumbre de su etimología. Piensan otros en una correspondencia con el griego *θραύω* paraleló a *frangere*, —emparentado a su vez con *δαγ* (*δηγγυμι*) —. Otro precedente más remoto está en el Sánscrito. Está etimología padece poco, acertada pero podría decirse otro tanto de todas las que se han propuesto hasta hoy para sustituirla. Es preferible, pues, (como hacen los autores citados) atribuir a la expresión una ascendencia desconocida.

2. En el Derecho Romano tardío dos fragmentos del Digesto revelan la actitud adoptada frente al fraude a la ley. «Contra legem facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit» ⁽²⁾. «Fraus enim legi fit. ubi, quod fieri nolui, fieri autem non vetuit, id. fit; et quod distat *ῥητον απο διανοίας*, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit» ⁽³⁾. El Derecho Romano, pues llegó a dar acogida al fraude al lado de la infracción pura y simple ⁽⁴⁾.

Tal vez pudiera discutirse la autenticidad de los textos; pero no, en cambio, la exactitud de su manifestación, las afirmaciones que en ellos se hacen, pues, aun para el Derecho clásico, existen numerosas confirmaciones prácticas.

El tratamiento jurídico-positivo de los actos fraudulentos venía ligado al carácter de la ley. Sólo las *leges perfectae* sancionaban con la nulidad el acto fraudulento o contrario a las mismas. Y opina Von Mayr ⁽⁵⁾ que los compiladores justinianos desarrollaron el concepto del *fraus legis*, ajeno a los clásicos, como consecuencia de abolirse la distinción entre *leges perfectae, minus quam perfectae e imperfectae*.

En realidad, textos indubitados permiten conjeturar, el carácter genérico de la expresión in *fraudem legis agere*, aplicable también al *contra legem*. Esto mueven a pensar los términos a que se circunscribía la nulidad determinada por algunas leyes perfectas, en cuyos supuestos no

¹ ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, s. v. FRAUS.

² D. I, 3, 29.

³ D. I, 3, 30.

⁴ Vid. p. e. DIRKSEN, *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis romanorum*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes* en ambos s. v. FRAUS.

⁵ *Historia del Derecho Romano*, edic. espan. II, 426.

entraba el concepto de fraude a la ley retransmitido por el Digesto. Así: Gaius I, 46; D. XXXV, 1, 64 y D. XXXVII, 14, 16, si bien aquí los hechos se aproximan al fraude ⁽⁶⁾. Ahora bien, en alguna ocasión se toma el fraude en su verdadero sentido, como sucede en D. XXXIV, 9, 10 (caso de interposición) y en D. XVI, 1, 8, 6. ⁽⁷⁾.

La explicación que pudiera intentarse sería quizás a partir de una interpretación jurisprudencial que, en la época clásica, convertía, mediante un proceso interpretativo, el *in fraudem legis* en un *contra legem agere* ⁽⁸⁾.

Con sólida fundamentación había sostenido Rotondi ⁽⁹⁾ que la doctrina del fraude como infracción indirecta a las fuentes romanas, en las cuales tendría, según él, un estricto significado

⁶ GAIUS, I, 46: «nam et si testamento scriptis in orbem seruis libertas data sit, quia nullos ordo manumissionis inuenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt».

D. XXXV, 1, 64, Hoc modo legato dato «si Lucio Titio non nubserit» non esse egi locum Iulianus aiebat. 1. Quod si ita scriptum esset «si Ariciae non nubserit» i nteresse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile ossit invenire, interpretandum ipso iure rescindí, quod fraudandse legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

D. XXXVII, 14, 16, Si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit; ipso iure non valebit id quo factum est et ideo quasi in centenarii liberti bonis locum habebit patronus: quidquid igitur quaqua ratione alienavit, ea alienatio nullius momenti est. plañe si qua alienaverit in fraudem patroni, adhuc tamen post alienationem maior centenario remaneat, alienatio quidem vires habebit, verumtamen peí Favianam et Calvisianam actionem revocabuntur ea quae per fraudem sunt alienata: et ita Iulianus saepissime scribit eoque iure utimur. diversitatis autem ea ratio est, quotiens in fraudem legis fit alienatio non valet quod actum est: in fraudem autem fit, cum quis se minorem centenario facit ad hoc, út legis praeceptum evertat. at cum alienatione facta nihilo minus centenarius est, non videtur in fraudem legis. factura ed tantum in fraudem patroni: ideirco Faviano vel Calvisiano iudicio revocabitur id quod alienatum est.

⁷ D. XXXIV, 9, 10, In fraudem iuris fidem accomodat, qui vel id quod reliquitur vel aliud tacite promittit restitutum se personae quae legibus ex testamen capere prohibetur, sive cirographum eo nomine dederit sive nuda pollicitatio repromiserie. 1. Si quis ei qui capere possit rogatus fuerit restituere et is mor tempore probibetur legibus hoc capere, non dubito quin, etsi déficit fideicommissum: apud eum tamen, qui rogatus est restituere, manere debet, qua nulla fraus eius intervenisse videtur, nisi si in futurum casum fidem accommondavit, id est ut, licet capere legibus prohiben coeperit, restituat. 2. Recte dictum est, si pater filii, quem in potestate habebat, tacitam fidem interposuerit, non deberé id filio nocere, quia parendí necessitatem habuerit. D. XVI, 1, 8, 6, Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatu consulto (sc. VELLEIANO) facta videbitur et ideo exceptio datur.

⁸ Cfr. Mayr, op. cit. 425 y sigs.

⁹ *Qli atti in frode alla lege nella dottrina romana*, Torino, 1911.

de violación directa. Por aquel tiempo Pacchioni ⁽¹⁰⁾ y poco después Lewald ⁽¹¹⁾ apuntaron aquellos indicios favorables a una noción como la moderna del fraude, que Rotondi volvió a analizar reafirmando su posición y señalando de nuevo que la teoría del fraude a la ley, no sólo no es clásica, ni aun justiniana, sino obra de la elaboración dogmática de los juristas del Derecho intermedio, habituados a la construcción teórica con los materiales romanos más insignificantes ⁽¹²⁾.

Recientemente Krüger y Kaser han afirmado que la expresión *in fraudem legis agere*, que la doctrina dominante concebía en el sentido objetivo de perjuicio, poseía, ya en las fuentes legales de la época republicana, la acepción subjetiva de engaño, ya que la ley no puede decirse que sufra perjuicios mientras que, personificada, es susceptible de padecer engaño.

Los mismos autores aseveran también que las vagas indicaciones sobre el fraude a la ley en los clásicos no sirven para justificar una teoría, sino que son expresiones circunstanciales emitidas concretas, de modo que hasta el Derecho justiniano no adquiere el concepto significación universal, preponderando hasta entonces exclusivamente la visión subjetiva del fraude ⁽¹³⁾.

Un conocimiento cabal de las leyes a que los fragmentos citados hacen referencia podría librarnos quizá de la mayor parte de las dudas. Lo cierto es que la palabra fraude se vio sometida a un intenso flujo semántico. En primer término designaba, como indica Mitteis, un perjuicio de sentido puramente objetivo ⁽¹⁴⁾, diferenciándose del dolo, que consistía en una intención conscientemente antijurídica. Andando el tiempo, estos dos conceptos se van acercando; la noción de fraude se subjetiviza cada vez más, aproximándose a engaño, hasta que, en el derecho bizantino, se usa en concepto de dolo con preferencia a este vocablo ⁽¹⁵⁾.

La expresión *fraus legis* está en el Derecho clásico, a pesar de todo, perfectamente delimitada. Es curioso ver, ya desde antiguo, la raigambre del término, que Plauto se atreve incluso a llevar a las tablas ⁽¹⁶⁾.

En el Edicto perpetuo del Pretor urbano existe un texto que determina con notoria independencia el alcance del fraude, que se opone a la infracción y al dolo convencional. Dice así: «Pacta con venta, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta *decreta*

¹⁰ Riv. dir. comm. 1911, II, pp. 332 y sigs.

¹¹ Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, (ss.) 1912, pp. 586y sigs.

¹² Vid. ROTONDI, en *Bulletino dell'Inst. di Diritto Romano*, XXV (1912). Vid. también *Albertario* 250 y 852 y sigs.

¹³ ZSS. 1943 pp. 117 y sigs. Cf. A. d'Ors, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1944, pp. 814 y sigs.

¹⁴ *Römisches Privatrecht*, (1908) I, pp. 321 y sigs.

¹⁵ Cfr. Krüger-Kaser, en ZSS cit.

¹⁶ *Miles gloriosus*, 164: «Atque adeo ut ne legi fraudem fasciant aleariae». Vid. también Cicerón, *De Off. I c. 10*; QUINTILIANO: *Inst. or. II, 15, 30*.

principum neque quo fraus cui eorum fit facta erunt, servabo»⁽¹⁷⁾.

En cambio: «Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur»⁽¹⁸⁾. Aquí —un verdadero supuesto de dolo procesal— se habla indebidamente de fraude.

En resumen, el Derecho romano, al revés que el Derecho moderno, sienta con preferencia una consideración intuitiva del fraude a la ley. De los textos que nos han llegado no se puede extraer justificadamente una idea precisa, ya que la casuística —acertada— va más allá de la definición⁽¹⁹⁾.

3. El **abstrusismo**, que señalaba en otro lugar⁽²⁰⁾ como defecto fundamental de las legislaciones modernas, se confirma con creces en el problema del fraude a la ley. La importancia social de esta forma de lucha contra el Derecho ha sido comprendida insuficientemente, hasta el punto de que cabe afirmar que las legislaciones positivas apenas le han puesto remedio. Todo a pesar de los esfuerzos de quienes, conscientes de su necesidad, han llamado, la atención, atinadamente, acerca de la indefensión social que suele llevar — consigo el fraude. Es el caso de Ihering, que, en su **Espíritu del Derecho romano**, haciendo una breve síntesis de su historia y observaciones inolvidables⁽²¹⁾, ha demostrado hasta que punto puede prosperar contra todas medida precautoria.

De las legislaciones modernas casi se podría decir que desconocen el problema del fraude. Su aplicación es una práctica jurisprudencial, por no existir precepto alguno que, teniéndolo en cuenta trate de combatirlo. Así, después de un examen de la Jurisprudencia, ha podido decir Ligeropoulo, con referencia al Derecho francés: «Claro es que no todas estas resoluciones han sido dictadas por aplicación **formal** de la **teoría** del fraude a la ley. Es más, esta expresión raramente ha sido pronunciada; los Tribunales acostumbran a buscar el apoyo, mejor o peor, de la sanción, en argumentos sacados de textos cuya fragilidad se revela en un atento examen... Y observaciones análogas —concluye— pueden hacerse en los Derechos alemán, italiano y suizo»⁽²²⁾.

¹⁷ Vid **RICCOBONO: Fontes iuris romani antejustiniani**, (1941), pars prima, *Edictum/I*, 10 = *D. II*, 14,7,7.

¹⁸ *D. V*, 1, 15, 1.

¹⁹ Para un estudio amplio de esta materia vid. el trabajo cit. de **KRÜGER** y **KASER**, con abundantes indicaciones críticas y bibliográficas. Un esquema histórico denso y concentrado en **BUSSI, La formazioni dei dogmi di Diritto privato nel Diritto commune**, cap. XIV, es. pp. 278 y sigs. y 282 y sigs. Con más amplitud pero sin depurar **LUTZESCO, Theorie et pratique des nullités**, I, pp. 45 y sigs. (De esta obra hay edic. españ. de Editorial Porrúa, México)

²⁰ **La distribución de condominio y sociedad**, RGL y J Junio de 1947, p 708 y sigs.

²¹ **L'Esprit du Droit Romain**, trad. franc. de O. De **MEULENAERE**, II, 1ª., III, set. 2, 49, pp. 146 y sigs.; pp. 160 y sigs.; id. pp. 220 y sigs.; 244 y sigs. II, 1ª., III, set. 30 67, pp. 254 y sigs. y 68 pp. 267 y sigs.

²² **La defensa del Derecho contra el fraude**, en *RDP*rv. 1930, p. 21.

Tal actitud de los legisladores actuales de desarmarse ante el fraude a la ley es un tanto suicida. Porque si se considera el del fraude como un problema de interpretación (lo que sucede en la práctica), se deja en arbitrio del juzgador una de las cuestiones capitales de la realización del Derecho, que vale tanto como abandonar un imperativo de justicia al buen deseo jurisprudencial, con lo que, por lo menos, en el mejor de los supuestos, se clausuran *alegremente* las vías de los recursos.

La importancia del fraude deriva del hecho siguiente: Todo interés menoscabado por la ley —y este principio se puede elevar a dogma— reacciona contra ella de dos modos, bien por infracción directa (omisión o desistimiento), que puede combatirse porque se manifiesta exteriormente; bien buscando una salida, creando una situación jurídica ficticia en que disimular la real para, cuya regulación existan disposiciones legislativas diversas, una de las cuales deje a salvo el interés que se trata de defender ⁽²³⁾. Y como esta situación jurídica que se aparenta y provoca encubre la real, resulta difícil diagnosticar el fraude.

Las incidencias de la lucha contra el Derecho, sobre todo la génesis de la infracción indirecta, son para el jurista del mayor interés. Lenta y calladamente sortean los prácticos el imperativo legal, imponiéndose muchas veces una corruptela formalista como regla de Derecho, a causa de la utilización mayoritaria sancionada después, por necesidad, legislativamente ⁽²⁴⁾.

b) 1. El concepto de fraude a la ley debe separarse de otras figuras genéricas con las que suele ser mezclado. En primer término, como lo hicieron los, postglosadores, de la mera infracción legal. Cierto, que el fraude también es infracción de la norma, por donde, hay aquí un punto de contacto entre ambas ideas; pero el fraude es una infracción de tipo especial. En la simple infracción, directamente se omite cumplir un imperativo de la ley. o se realiza un acto prohibido jurídicamente. En el fraude se juega sobre todo con el fin del Derecho; más bien que quebrantado, el mandamiento legal es aquí rehuido. No existe infracción directa, sino situación antijurídica indirectamente constituida.

Así, pues, el fraude está entre las infracciones indirectas de la ley. Es una de ellas, aunque no la única. Esta concepción finalista evita tener que distinguir el fraude del dolo que, precisamente, desde otro punto de vista hubiera ofrecido dificultad. En el dolo es tan ilegítimo el fin como los medios empleados; en el fraude sólo son ilícitos los resultados conseguidos; los medios, independientemente, son válidos. En éste se trata de obtener una ventaja personal sorteando la ley, mientras que por el acto doloso, de intento, se pretende contra Derecho aminorar un bien tutelado en patrimonio ajeno. La acción dolosa es transitiva, mientras que no lo es la fraudulenta en sentido estricto. En la misma órbita del dolo se encuentra el fraude de acreedores, cuyo elemento transitivo y carácter de infracción indirecta le sirven de línea divisoria. Más sutil análisis se requiere para diferenciar el fraude de la simulación. No parece aceptable el criterio de Castro ⁽²⁵⁾, que aunque percibe parcialmente la esencia del fraude no abarca en su plenitud —o al menos no lo expresa— el vértice de la divergencia. Es acaso más acertada la posición de Ligeropoulo, según el cual, si bien la frase fraude a la ley es susceptible de dos sentidos, en el específicamente técnico se distingue de la simulación: ésta es una apariencia destinada a disimular la realidad. El fraude consiste en actos reales, queridos y realizados efectivamente,

²³ Vid. *inf. II a*), t. *Ihering*, *op. cit.* V. 3, pp. 146 y sigs. Y 244 ss.

²⁴ Vid. *inf. II a*), 2 t. *Ihering*, *op. cit.* V. 3, pp. 244 y sigs.

²⁵ *Derecho civil de España*, I, pp. 452 y sigs.

pero combinados de tal manera, que aun siendo lícitos en sí, permitan burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin. Pero aun más terminante es Ferrara: «La simulación no es un medio de eludir la ley, sino un medio de ocultar su violación» (26) (27).

En mi concepto, entre las infracciones indirectas del imperativo legal, que podrían muy bien ser comprendidas en un sólo epígrafe, del que son especies, se pueden establecer tres grados: el abuso del derecho, el fraude a la ley y la simulación, en orden de comprensión descendente. ¿Es cierto, como pretende Castro (28), que aquellos dos conceptos se excluyan? El abuso del derecho, referido al derecho subjetivo, es una incongruencia, porque, indudablemente, allí donde exista derecho no puede ser admitido el abuso, y viceversa (29); El concepto científico del abuso hace referencia, ni más ni menos, al "ejercicio antisocial de un derecho y en este sentido es posible hablar con fundamento del menosprecio del fin jurídico-social de todo derecho subjetivo, subordinado, por esencia, a la comunidad que lo posibilita. Y así consideradores el abuso una infracción indirecta de, la norma, porque supone una desviación del horizonte instaurado por el Derecho, cuyo fin no es otro que la coordinación social. Por esta causa es más; aceptable que la suya la postura de Arminjón (30) y sobre todo la de Campión (31). Ambos reconocen que el abuso del derecho tiene por característica la lesión de un interés social, que puede presentarse lesión de interés privado, pero también no serlo.

En otro aspecto, Arminjón exige la intención fraudulenta para que exista fraude a la ley, opinión que no comparte la mayoría de la doctrina científica. Más preciso es Campión al decir que el fraude con intención fraudulenta es una forma de abuso. Quebrantar estas posiciones no es difícil. El abuso del derecho se refiere al ejercicio de un poder excesivo; a sobrepasar el fin del derecho dando una extensión al disfrute que el propio orden jurídico no puede consentir; es a saber: el abuso viene a consistir, realmente, en el ejercicio de un derecho con fin antisocial. El abuso es un exceso de poder y, por tanto, una conducta indirectamente vedada. Pero como exceso, el acto es ilícito, mientras que en el fraude lo vedado no es el acto, sino un resultado cuya consecución es gradual (32).

²⁶ *La simulación de los negocios jurídicos*, edic. españ. p. 99.

²⁷ *Para asimilación de simulación y fraude*, Vid. p. e. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* edic. españ. IV pp. 157 y sigs.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ PLANIOL-ESMEIN, *Tratado práctico del Derecho civil francés*, trad. espan. de DÍAZ CRUZ y LE RIVEREND, Habana, 1940, VI, pp. 787 y sigs. esp. 791.

³⁰ *Precis de Droit International privé*, 1927, pp. 239 y sigs.

³¹ *La théorie de l'abus des Droits*, 1925, núm. 5, 6, 7, 402 y 403 y sigs.

³² *Sobre abuso del derecho, en España*, vid. CALVO SOTELO, *La doctrina de abuso del Derecho*. Madrid, 1917; CASSO, *Aportación a la sistemática del abuso del Derecho* Sevilla 1935; MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho en el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947. Hic. not. bibliog. Para una concepción del fraude a la ley en relación con el abuso del derecho vid; GOLDSCHMIDT (WERKER) RCDI Junio, pp. 417 y sigs; y Diciembre 1942 p. 817. Sobre el carácter del abuso como desviación de normas no jurídicas,

Tratándose de la simulación se ofrecerán aún mayores dudas, porque la simulación es una forma de fraude y el fraude supone a veces, en algunos aspectos una simulación, siquiera sea factible señalar un extremo netamente discriminatorio. La simulación se caracteriza por la existencia de un acto jurídico *real* que se oculta en uno fingido. El primero no deja de existir, sino que se hace aparecer en otra forma substitutiva que no es más que un disfraz destinado a encubirla. Con trazo insuperable Ferrara los distingue así: «El negocio simulado quiere producir una apariencia; el negocio fraudulento, una realidad; los negocios simulados son ficticios, no queridos; los negocios *in fraudem* son serios, reales y realizados en tal forma por las partes para conseguir un resultado prohibido: la simulación nunca es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación. La transgresión del contenido verbal inmediato de la norma se encubre bajo el manto de un negocio jurídico lícito, lo cual no altera el carácter del *contra legem agere*»⁽³³⁾.

Por lo que se refiere al negocio fiduciario considero definitiva la opinión del mismo, según la cual, la consideración de un fin lícito es la línea discreta que permite separarlo del fraude⁽³⁴⁾ (35). En cuanto a los aparentes, serán objeto de elaboración posterior.

2. Al tratar de fundamentar jurídicamente la sanción del fraude a la ley es frecuente que se proyecte la doctrina en una doble dirección. El problema está en determinar si debe inquirirse el elemento intencional del complejo fraudulento, o, atendiendo al resultado, considerar únicamente la ilegalidad de la situación constituida.

Con gran sobriedad propone Lutzesco la cuestión: «¿Será preciso —dice— optar por la concepción subjetiva y tratar el fraude a la ley como una manifestación de la causa ilícita, o será mejor adoptar la tesis objetiva e integrar el fraude en la esfera del objeto ilícito? Se tratará, pues de saber si se necesita insistir en el elemento material o si es preferible acoger el elemento intelectual del acto jurídico»⁽³⁶⁾.

Realmente las dos posiciones no son antitéticas y se impone una concreción conceptual. Considerados los actos que dan lugar al resultado fraudulento, hay que atenerse a la ilicitud causal, puesto que la *causa* productora no es la *natural*, a que la ley concede su apoyo, sino una finalidad ulterior prohibida. En cambio, refiriéndose al resultado, se tendrá que alegar únicamente la ilicitud objetiva de la situación construida *extra legem*, puesto que la ilicitud real producirá menos problemas, mientras que haciendo predominar el elemento intencional —aspecto individual— se suscita una investigación peligrosa y oscura de la voluntad.

Y no se diga que la concepción subjetiva conduzca al mismo resultado, pues, invalidados los actos originales, la situación de fraude desaparece. Contra tal modo de pensar es apodíctica la

vid. CODACCI - PISANELLI, L'invalidità come sanzione di norme giuridiche, Milano, 1940, pp. 42 y sigs.

³³ *Op. cit. p. 105.*

³⁴ *Op. cit. pp. 82 y sigs. t. BERTINI, I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento, Milano 1940 pp. 73 y sigs.*

³⁵ *Op. cit. pp. 82 y sigs. t. BERTINI, I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento, Milano 1940 pp. 73 y sigs.*

³⁶ *Théorie et pratique des nullités. Paris 1938; existe trad. españ. de ROMERO SÁNCHEZ y LÓPEZ DE LA CERDA, México 1945.*

consideración de la finalidad. Como los actos en sí son válidos y reales, la investigación de la causa depende de lo *ajurídico* ⁽³⁷⁾ de la situación final, único factor determinativo, para cuyo examen es menester acreditar precisamente la ilicitud objetiva ⁽³⁸⁾.

Tampoco, sin embargo, aisladamente, puede ser la objetiva fundamento suficiente de invalidez cuando el fraude tiene lugar gracias a un concurso de actos. Entonces hay que recurrir al mismo tiempo a la teoría de la causa ilícita, ya que, siendo los actos en sí válidos, el resultado objetivo sólo afecta a los actos o acto que son última razón de producirlo.

Se ha mantenido también como fundamento del fraude la violación indirecta que tiene a Ligeropoulo como mantenedor. Según él, «la sanción del fraude a la ley se deduce de los *textos mismos* que prevén la violación directa» ⁽³⁹⁾. Funda su aserto, en el propio con tenido de la voluntad del legislador, que no se puede considerar limitada de tal modo que deje exentas de prohibición las combinaciones que tratan de eludirla. Y la aplicación del fraude es, para él, en definitiva, un simple medio de interpretación que procede como el método de analogía.

3. ¿Requiere la esencia del fraude que exista intención de soslayar la ley o basta para producirlo que se dé una situación objetiva contraria a la misma? Esta cuestión ha sido supervalorada. Tiene mucha menos trascendencia práctica de lo que se pretende. A pesar de todo, conviene —por ésta misma razón— ponderarla debidamente.

Desbois ⁽⁴⁰⁾, Arminjón ⁽⁴¹⁾ y Barthelmes ⁽⁴²⁾, entre otros, adictos a la teoría del elemento intencional, sostienen la imposibilidad lógica del fraude sin ánimo de defraudar. En contra Regelsberger ⁽⁴³⁾ y Ligeropoulo ⁽⁴⁴⁾ con la mayoría, de la doctrina, prescinden para calificar del elemento subjetivo, afirmando que con la sola violación indirecta de la ley se dan los supuestos conceptuales constitutivos de la figura jurídica del fraude, puesto que, para la consideración jurídico-positiva, lo que interesa es que el resultado de la combinación sea contrario al pensamiento de la ley, sin que influya en la decisión el espíritu de la decisión misma.

Sin embargo, un autor que ha estudiado el problema del fraude con gran cautela, condiciona después la posición objetivista diciendo así: «...Su defecto consiste en haber sido presentada como absoluta. La proposición según la que el fraude se refiere a la intención, no es esencial, no tiene el valor de una regla general. El hecho mismo de que, para demostrar la inutilidad del mismo, tenga que recurrir a hipótesis bastante alambicadas, prueba que la intención existirá las

³⁷ *Vid. inf. d).*

³⁸ *Puesto que la ajuridicidad depende cabalmente de la violación, de cualquier suerte que se haga, de la norma, de que el estado producido artificialmente sea contrario a derecho.*

³⁹ *Estudio cit. p. 7.*

⁴⁰ *La notion de fraude a la loi et la jurisprudence française, París 1927, pp. y sigs.*

⁴¹ *La fraude a la loi en Droit international privé, CLUNET, 1920, pp. 409 y sigs.*

⁴² *Das Handeln in fraudem legis, th. Gotinga, 1889.*

⁴³ *Pandekten, 1893, p. 519.*

⁴⁴ *Est. cit. p. 12.*

más de las veces ⁽⁴⁵⁾.

Es de preferir una fórmula como la de Ferrara: «Es un elemento de la conducta fraudulenta la intención de sustraerse las partes a la fuerza coactiva del derecho, pero no es esencial la conciencia de que se persigue un fin prohibido ⁽⁴⁶⁾».

Con todo ha de mantenerse inequívocamente que, si bien por vía de interpretación, se debe atener al resultado, el *problema lógico* no puede ni plantearse. No es cierto que «la expresión lógica no concuerde con la realidad jurídica» ⁽⁴⁷⁾. Los únicos ejemplos que pueden presentarse, v. g., el que Ligeropoulo mismo plantea, *suponen un cambio de intención*. Los actos previos están encaminados a un fin lícito, es cierto; pero también lo es que una vez conseguido, dicho fin no constituye fraude por sí solo, precisamente por no tratarse de un resultado ilegal. Mas al querer después valerse de los mismos actos para eludir una disposición, el problema del fraude se reproduce, porque existe ahora un resultado ilícito; y simultáneamente se reproduce también la *intención*, pues se pretende ahora hurtarlos a la eficacia de una norma por ampliación de su verdadero ámbito, alegando un estado nuevo de los hechos que supone un cambio de orientación de su fin verdadero hacia un fin ilegal. Y este fin, que necesita ser querido intencionalmente, basta para convertir el resultado en fraudulento. Es decir, que en el supuesto de Ligeropoulo y en otros análogos, lo que ocurre es que se aprovechan actos realizados sin ningún propósito a jurídico con un fin posterior defraudativo. Aparece, sobre actos jurídicos preexistentes y válidos, una voluntad nueva que persigue un fin ilegal, el cual es inasequible sin recurrir a una utilización voluntaria de los actos en un sentido anormal. Acusa, pues, aquí su presencia el elemento intencional tergiversando el contenido de la competencia jurídica individual. El fraude es, por consiguiente, *querido*.

En virtud de estas razones cabe fundir las dos hipótesis criticadas. En el proceso interpretativo se atenderá sólo al resultado, sabiendo ya que ha de ser provocado intencionalmente; o sea, que la intención habrá de presumirse como un postulado existencial del fraude. Y los medios jurídicos para invalidar sus efectos se arbitrarán tan pronto como se advierta la situación a jurídica construida mediante la deformación de una norma.

c) Han sido ya citadas las definiciones de los juristas romanos transmitidas en el Digesto. Sin que suponga una variante ha formulado Ligeropoulo así: «El fraude a la ley se da en todos aquellos casos en que por actos reales y voluntarios, aunque a veces no intencionales, se crea una situación conforme a la ley, tomada ésta en su letra, pero que la viola, sin embargo, en su

⁴⁵ LIGEROPOULO, *id.* n.º 9.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 97.

⁴⁷ *Loc. cit.* El ejemplo a que se refiere LIGEROPOULO es: «Se celebra una locación-venta ignorando las ventajas que proporciona en caso de quiebra del comprador, pero sí con objeto de procurar una protección eficaz al vendedor contra toda posible enajenación por parte del comprador antes del completo pago del precio». Esto es lícito, pero si en la quiebra del comprador se pretendiera reivindicar (la cosa vendida) frente a la masa de acreedores siendo esto ilícito, aunque no se haya buscado la situación anterior, es fraude **el aprovecharse** de ella.

espíritu»⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾.

Creo, con Castro, que tal hipótesis peca por estrechez. Que no es fraude «el rabulismo del que espera escapar de un mandato legal escudándose en su sentido literal»⁽⁵⁰⁾.

Tampoco me parece lo suficientemente previsor, siquiera sea fecundo y aun acertado, el concepto que el reputado tratadista después considera: «El acto cuyo resultado está prohibido por una ley, pero que se ampara en otra dictada con distinta finalidad»⁽⁵¹⁾.

Si la primera consideración del fraude no alcanza su verdadera esencia, pues el hablar de que se esquivaba el precepto legal en su sentido es cosa inocua para la fijación del elemento discreto, puesto que para su validez habría de ser indispensable atribuir a los particulares la interpretación de la ley; por su parte, la segunda definición, aunque recoge una característica exacta, no capta enteramente los supuestos legales: carece de universalidad.

Más vigor tiene la expresión de Lutzesco: «La fraude est, toujours, échafandé sur un procédé combiné de telle manière que les règles juridiques, exprimèse dans le contenu de l'acte, soient soustraites à la sanction légale, c'est-à-dire, que la loi soit destituée de son application»⁽⁵²⁾.

Pero nadie ha tenido la certera visión de Ferrara. En su estudio exhaustivo de la simulación, parangonándola con el fraude y caracterizando a éste, dice: «Hay un punto en que están conformes todos los escritores, y es que el fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal, sino según su espíritu. El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va contra el sentido de la disposición viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico»⁽⁵³⁾. Hasta aquí no hace más que transmitir la corriente general, pero, retratando muy acertadamente el fraude, prosigue: «Estas figuras imaginativas (alude a las comparaciones con que algunos autores quieren resaltar el fraude) dan una idea bastante exacta del fraude: los contratantes se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, conformando su conducta de tal modo que no pueda reprobarse directamente y que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, venga a conseguirse el resultado que la ley quería impedir...» Veamos ahora cómo actúa el fraude, la forma de su procedimiento.

«El fraude *muda el estado de hecho* regulado por la ley, en forma tal que ésta resulta inaplicable. Todo principio jurídico hace depender su aplicación de la existencia de un hecho determinado, el cual, a su vez, resulta de una serie de elementos. Por eso las condiciones jurídicas se producen tan sólo cuando se presenta el hecho indicado. Y el que defrauda la ley no hace más que evitar la comprobación de este hecho jurídico, privándolo de uno de los elementos que lo constituyen

⁴⁸ *Est. cit. p. 16.*

⁴⁹ *Cfr. ARMINJÓN, loc. cit. y Précis de Droit international privé, I, pp. 232 y sigs. PACCHIONI, Sull' «infrandem legis agen», R. DCOMM, 1911, II, pp. 332 y sigs.*

⁵⁰ *Op. cit. 453.*

⁵¹ *Op. cit. 454.*

⁵² *Loc. cit.*

⁵³ *Op. cit. p. 95 y sig.*

(⁵⁴).

A continuación reduce a tres los modos de actuar en fraude: Empleo de un negocio distinto o de una combinación de actos jurídicos; modificación de las condiciones de hecho; interposición (⁵⁵).

También, con notoria exactitud, Werner Goldschmidt ha formulado, en los breves apuntes de una nota, una teoría del fraude del mayor interés. Para él, el fraude a la ley consiste en un doble abuso del derecho, por el cual las partes «convierten las características concebidas por la ley como meros acontecimientos o actos jurídicos en negocios jurídicos» (⁵⁶).

El primer supuesto de abuso a que Goldschmidt se refiere (actos que preparan —lícitamente— la acción fraudulenta) es perfectamente imaginable; en cambio no es tan clara la infracción indirecta como otro momento de abuso, aun pensando en un apoyarse indebidamente en otra norma.

A pesar de estas sabias elaboraciones, la complejísima noción del fraude ofrece alguna perspectiva no tocada aún y apunta quizá en algunas imprecisiones. Bueno será, por tanto, resaltar los perfiles más indecisos hasta que la, no lograda por ahora, noción omnicomprendiva, que permita decidir en todo momento sobre la existencia o inexistencia del fraude, sea alcanzada por la doctrina. Procuraré, para la solución de este problema, exponer sobriamente las conclusiones de mis esfuerzos, por si pudieran aportar siquiera alguna sugerencia útil.

d) 1. El fraude a la ley es una situación ajurídica que existe cuando para eludir una prohibición legal, se utiliza una serie de actos, lícitos en sí, pero predispuestos en tal forma que, de su conjunto se puede desvincular un estado jurídico de la norma que lo regula y someterlo, descompuesto en sus fases, al imperio de otras disposiciones distintas.

Según esto, más sintéticamente se le puede definir como el *cambio de la situación jurídica de un estado de hecho -por deformación artificial de sus elementos constitutivos*.

Es inevitable que, toda ley suscite en la colectividad dos reacciones distintas. Una de acatamiento, que parte de todas las personas favorecidas por el imperativo legal, y otra de repulsa, encabezada por todos aquellos a quienes la ley hiere intereses. Esta tendencia se resuelve en una lucha Contra el Derecho (⁵⁷).

La oposición a la ley se puede presentar de dos modos. En primer lugar, cabe un quebrantamiento directo, puro y simple, de la disposición, la omisión de cuanto prescriba o el desuso. Esta especie de comportamiento no es, en el derecho privado, el más peligroso. Los intereses contrarios se aprestarán de su parte al contraataque y al fin la situación de legalidad será restablecida casi siempre. Pero cabe adoptar otra actitud. Cabe acatar aparentemente la ley, valerse de sus mismas disposiciones y obrar de manera tal que, por la modificación de las

⁵⁴ *Id.* p.96.

⁵⁵ *Id.* pp. 97. y sigs.

⁵⁶ *Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo en RCDI. Enero 1945, p. 57.*

⁵⁷ *Vid. inf. cap. II.*

circunstancias identificativas (⁵⁸), resulte inaplicable.

Como es sabido, toda norma jurídica implica una controversia potencial y la resolución imperativa de la misma. Pero, como el deslindamiento de todo litigio requiere su previo conocimiento, acompaña siempre a la norma un conjunto de circunstancias que permiten individualizarlo. Son el supuesto de hecho por el cual es posible la aplicación de la ley. Pues bien, cuando gradualmente se realizan actos no prohibidos, con el fin de ir deshaciendo el conjunto de condiciones identificativas y, aparentando un estado de hecho distinto, se elude un mandato legal; entonces tenemos un caso de fraude. Ahora bien, la licitud de los actos preparatorios del fraude es *nada más* licitud de presencia. Se presentan como lícitos, pero en virtud de su destino no lo son. Esto es una consecuencia natural de dos cosas. Una, la disposición de los actos, que atacan la vigencia de una norma jurídica, con lo que son, en definitiva, realizados *contra legem*; otra, la licitud del acto si no fuera por la prohibición de la norma que se trata de evitar. Es decir, si no existiera esa disposición prohibitiva el acto sería admisible, porque no quebranta más que la ley defraudada.

El medio utilizado en la maniobra fraudulenta es un acto o instrumento jurídico corriente. Tras su apariencia, el resultado ajurídico se escuda.

De todos los sistemas de lucha contra el derecho la maniobra fraudulenta es la más peligrosa, porque constituye *estados* con apariencia de legalidad, aunque, verdaderamente, son, en absoluto, antijurídicos, y porque, una vez consumados los actos fraudulentos, la maquinación ajurídica no aparece hasta la actuación *activa* del Derecho (⁵⁹).

Esta es la paradoja del fraude: enfrentar el Derecho con el Derecho; pretender sustraerse al Derecho utilizando como instrumento el Derecho mismo; apoyarse en la estructura o modo de ser del sistema jurídico para hacer pasar por normal un hecho prohibido.

Entendida la esencia del fraude se puede proceder a explicar los términos de la definición.

Se habla de «cambio de la situación jurídica de un estado de hecho», a causa de que la filiación jurídica designada para él, mediante la descripción identificativa verificada por la hipótesis legal, se hace resultar inválida, ya que al desglosarle alguna de las características que la componen, no encaja en las previsiones de la ley llamada a regularla, sino que resulta sometida a la acción de un régimen normativo diverso (o acaso de ninguno) (⁶⁰).

Se habla también de la «*deformación artificial de los elemento constitutivos de un estado de hecho*», por cuyos términos se ha de entender reflejada la maniobra defraudativa, tal y como anteriormente se ha expuesto.

Ahora bien; en la relación establecida entre los dos miembros de esta definición hay que considerar implícitas tres condiciones del fraude. Una la tendencia de los actos en relación al Derecho revela su doble fin salvaguardarse con él e infringirlo —entre cuyos dos extremos va instalada la maniobra fraudulenta— y una inteligencia coordinadora de los actos que supone a

⁵⁸ Cfr. *La costumbre ante los principios fundamentales de la Política del Derecho*, en RGD. (En public.)

⁵⁹ Porque, en tanto, el estado constituido vale como apariencia. Es una situación provisional que vale negativamente. Vid. inf. III, 2ª., a) 3.

⁶⁰ Cfr. YANQUAS, *Derecho internacional privado*, I, pp. 289 y sigs.

la vez la intención de defraudar. Otra, el veto jurídico que proscribe la existencia, lícita dentro de los postulados fácticos de la norma. Y tercero, entre un y otra, la relación de dependencia entre actos y norma unida a sí desconexión espacial. Es decir, que del juego de los actos preparatorios no se deduce inmediatamente el fraude a la ley; hace falta salvar *a posteriori* una cierta distancia relacionándolos. En la naturaleza especial de esta relación está, precisamente, la última sutileza del fraude (aunque haya sido inadvertida por los teóricos), puesto que, siendo los actos independientes, no se produce la situación fraudulenta hasta que uno posterior, puramente de voluntad, no los aproveche ya, para, permutando el presupuesto fáctico, salirse del ámbito de la norma. Es decir, que el vínculo por el cual el cuerpo de la maquinación se anima es una voluntad, nueva o renovada, que se interpone entre el hecho y su valoración jurídica.

2. Con un concepto del fraude como el establecido en la definición, queda superado lo antitético de las dos posiciones subjetiva objetiva, cuya oposición escindiría la visión total. Ya no se trata ahora de acomodarse, para desvirtuar el fraude a la ley, ni en la ilicitud de la causa ni en la del objeto. Cualquiera de las dos actitudes significa hacer menosprecio de la naturaleza entitativa de esta infracción *sui generis*.

No se puede por menos de reconocer la ilicitud peculiar y la autonomía de esta forma de lucha contra el Derecho que, si se sanciona, es cabalmente por eso, por ser una lucha contra el Derecho. Su constitución gradual y su proceder indirecto no altera la prohibición del resultado, siempre ilegítimo, porque, de lo contrario, ¿sería posible hablar de fraude a la ley?

Hay, pues, fundamentalmente, dos clases de actos contra Derecho. Aquellos que directamente contravienen el imperativo de la ley, que su mismo contenido es la infracción, los cuales son *actos antijurídicos*. Y aquellos otros que pudieran ser llamados *ajurídicos*, que aparentemente se concilian con ella, si bien en el fondo le son incompatibles. A estos últimos se aviene la esencia del fraude. E indudablemente la sanción positiva debe estar relacionada con esa ajuridicidad del acto fraudulento.

Si la sanción civil de un acto contra la ley o antijurídico, es su nulidad absoluta, del mismo modo la de uno en fraude o ajurídico, es de justicia que sea paralelamente la misma, una vez acreditada la existencia de la conjura contra el Derecho. Es decir, el trato sólo difiere en la intensidad de la prueba. En el acto contra la ley basta demostrar su existencia para que se declare nulo en toda su eficacia, salvo los casos especiales en que el sistema normativo dispone otra cosa⁽⁶¹⁾. En los actos en fraude a la ley, hay que agregar a la demostración de su existencia la existencia de la maniobra defraudativa. Esta debe ser la interpretación jurídica de las cosas, pues no hay otra salida para el orden jurídico: o acoger decididamente la lucha contra el fraude o sufrir la ineficacia parcial y luego el desuso.

e) La Jurisprudencia española, tomando pie en el artículo 4º. del CC, ha incorporado la doctrina del fraude a nuestro derecho positivo. Dejando hasta después el examen jurisprudencia se considerarán ahora los motivos que justifican esta inclusión.

El artículo 4º. del CC, prescribe la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo cuando la misma ley ordene su validez expresamente. El sentido de la disposición tiene la amplitud necesaria para deducir una doctrina de la nulidad aplicable al fraude, a pesar del

⁶¹ Vid. Artc. 4º. CC. español.

silencio de nuestros comentaristas ⁽⁶²⁾. Pudiera pensarse, tal vez, que la expresión «contra ley», análoga al «contra legem agere», excluye las infracciones indirectas. Sin embargo, la dificultad mayor que presenta la interpretación del artículo no es ésta. El artículo 4º. habla de actos contra ley; ahora bien, en el supuesto del fraude, los actos, aisladamente, son válidos. He aquí la que sería causa principal de rechazar la inserción. del fraude en la esfera de aplicación del artículo. Y, con todo, es, precisada adecuadamente la noción del acto fraudulento, la motivación que permite revocar el estado de derecho aparente construido a expensas de la ley defraudada. Véase cómo:

Hase advertido, al tiempo de construir la teoría del fraude a la ley, que no se produce la situación fraudulenta hasta que un acto posterior a la maniobra preparatoria no la aproveche para, permutando el supuesto fáctico, salirse del ámbito de la norma. Hay una voluntad nueva o renovada que se interpone entre el hecho y su valoración jurídica. Existe, pues, en el fraude un acto voluntario de tal naturaleza que es constitutivo *sine qua non* de su esencia. Si los actos independientes no adolecen de vicio alguno, el acto consumativo, que da lugar a la situación fraudulenta, es, por el contrario, *contra ley*; será sólo acto de voluntad, pero es acto de voluntad proyectado contra la norma. Y esto no significa una mutación de la substancia entitativa del fraude, porque el hecho de eludir la ley está en el *conjunto de la maniobra*. Ahora bien, la dispersión serial de elementos integrantes, tiene un alma que los reduce a unidad. Si lo que se quiere es anular la eficacia de la ley, es incuestionable que de los actos separados surge un atentado contra ella. En efecto:

En el fraude se enfrentan una ley (que trata de ser circunvenida) y un estado de hecho (que trata de sustraerse a su vigencia). Hay una serie de actos preparatorios, dispuestos para enmascarar la realidad de las cosas, de los cuales ninguno *per se* contraviene normas positivas. Ellos solos, la situación de fraude no se produce. Pero, si una intención anima tales actos, entonces la inaplicación es asequible, aunque, en este caso, se requiere que el complejo artificialmente elaborado *se destine contra la ley*.

Era por un movimiento del sentido interpretativo como la Jurisprudencia clásica romana dio solución al problema de la sanción jurídica del fraude. Indudablemente el mecanismo que sirvió a un espíritu tan cuidadoso de la *forma* ⁽⁶³⁾ para desbaratar el intento de recusación del Derecho, es también procedimiento utilizable para encajar en él nuestro la prohibición del fraude dentro de la orientación general del artículo citado, pese a la timidez de algunos tratadistas ⁽⁶⁴⁾.

Otro punto de partida para sentar la ilicitud del fraude lo proporciona el artículo 5º. del mismo cuerpo legal, según cuyos imperativos no prevalecerá contra la observancia de las leyes la práctica en contrario. Generalmente se han entendido reprobados en esta disposición con el desuso, la costumbre, la jurisprudencia o el *usus fori* contrarios a la ley. Esta opinión incurre en

⁶² MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, s. art. 4. SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado*, s. art. 4. VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, 5.a edc. pp. 185 y sigs. y 193 y sigs. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español común y foral*, 2ª. edc. pp. 74 y sigs.

⁶³ Vid. p. e. JOLOWICZ, *Historical introduction to Román Law*, 1939, pp. 421 y sigs.

⁶⁴ Así YANGUAS, *Derecho internacional privado*, I, p. 295.

exagerada estrechez de miras. En primer término, porque semejante interpretación ⁽⁶⁵⁾ hace innecesaria la fórmula del Código; en segundo, porque contrasta con el orden lógico del artículo.

Una tesis tan anómala se desmiente con facilidad. ¿De qué serviría condenar la jurisprudencia contraria a la ley? Postura semejante va contra la economía del Código y en este caso es inocua, o contra la esencia misma de la función jurisdiccional. En cualquier caso es absurdo restringir el sentido de la previsión legislativa cuando los hechos no autorizan para hacerlo.

La prohibición de la práctica en contrario no significa nada más, entendida como generalmente se suele e interpretando *a contrario sensu* el artículo 5º., que la obligación del Tribunal de fallar *secundum legem*. Pues bien, tal hipótesis convertiría el artículo en inexplicable redundancia del apartado segundo del siguiente, que *sólo* autoriza una decisión ajena al sistema positivo vigente, cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido. Ya en virtud de esta prohibición está, naturalmente, vedada la posición contraria; luego ¿si la Jurisprudencia no puede salirse de la ley, cómo ha de poder operar lícitamente contra ella? Luego la imposibilidad jurídica de hacerlo está ya, de modo terminante, sentada. Esto es de derecho. Ahora, de hecho, la Jurisprudencia es soberana y su *legislación de casos* no puede menos de prevalecer contra la ley. En uno u otro supuesto, hay que convenir que una interpretación así hace el artículo superfluo.

Realmente, la interpretación del Derecho, su aplicación, es un problema de última instancia. O hay posibilidad de reforma, o se ha dicho ya la última palabra en la decisión. Sí lo primero, la posición del juez inferior, ante el superior que reexamina, sería, de ir contra la ley, nula, por imperio del artículo 6º., sin necesidad de recurrir al anterior. Si con la decisión se ha dicho la última palabra, la práctica en contrario, inevitablemente, prevalecerá de hecho contra la ley, aunque dijeran otra cosa todas las disposiciones de los Códigos. En resumen, que, en cualquiera de los casos, la posición que se adopte es endeble ⁽⁶⁶⁾.

La prescripción del artículo 5º. sigue gradualmente una sucesión lógica de estados de hecho semejantes. Primero se refiere al desuso, después a la costumbre contra ley, por último a la práctica en contrario. Las tres expresiones aluden a conceptos que se parecen en su acepción vulgar. Los dos primeros son claros por sí. El tercero se presenta un poco obscurecido.

A mi modo de ver, la más cabal inteligencia de esta terminología, lo más adecuado al espíritu del derecho y a la economía sistemática del Código español, es considerar incluidos en el precepto los tres diversos modos de reaccionar ante la ley. Aparte de su observancia, no se dan sino tres modos de proceder: omitir su mandato, quebrantarla directamente o bien evitarla por algún rodeo. Cuando estas reacciones tienen carácter social, nos enfrentamos con dos de las figuras supradichas: costumbre contra ley y desuso. Por su parte, cuando el *circunvenire legem* tiene carácter social (como más adelante se verá), *la práctica en contrario* suele convalidarse, primero tácitamente, después por expresa disposición de ley. Contra esta convalidación tácita es el renuncio del artículo 4º. de nuestro CC.

Alguien pudiera objetar por que no se hizo expresa referencia al fraude a la ley si el legislador quiso aludirlo directamente. Aparte de que la *mens legislatoris* es recusable como criterio

⁶⁵ Interpretar ha de ser relacionar un texto con el sistema jurídico total.

⁶⁶ Y la interpretación colocaría al juez en una situación desairada. Sobre jurisprudencia legisladora de casos vid. A D'ORS, *De la «prudencia juris» a la «Jurisprudencia del T. S.»* Inf. Jur. Diciembre 1947, pp. 63 y sigs.

interpretativo ⁽⁶⁷⁾, la mención expresa no se hizo sencillamente por esto porque no se limita el artículo sólo a ver un supuesto de fraude a la ley, sino que se refiere también a las demás formas de violación indirecta, que comprensivamente califica con el bien expresivo vocablo de práctica en contrario. Y si no, ¿qué son las infracciones indirectas más que modos prácticos de burlar la ley?

Al que haya seguido con alguna atención los estudios de Ihering ⁽⁶⁸⁾ dedicados a la exposición de esta materia, no le causará ninguna extrañeza que se califiquen de prácticas contra la ley las violaciones indirectas. Por otro lado, la palabra práctica, referida al derecho, designa las incidencias de su vida en toda plenitud. Y si esto es así, ¿por qué menoscabar el sentido del lenguaje reduciendo a la práctica judicial la práctica del derecho? ¿Es que acaso la vida jurídica extra judicial no es la más vasta?

De otros preceptos del CC. podría derivarse también una justificación de la nulidad de pleno derecho con la que hay que entender sancionada en nuestro sistema positivo la maquinación fraudulenta, sin embargo el Tribunal Supremo, haciendo esta declaración, ha hecho innecesarias investigaciones demasiado prolijas.

Abandonando aquellos supuestos en que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la teoría del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, desde un punto de vista civil, aunque son escasas las resoluciones que afrontan el problema y más aún aquellas en que determinadamente se nombra, es posible encontrar algunas de interés, que construyen la doctrina de la admisibilidad del recurso de casación sobre esta base. Así ocurre en S. de 2-1-929, en donde sin aludir concretamente al fraude a la ley, se tiene presente para evitarlo, aunque sea de un modo negativo y como criterio de interpretación. En efecto, en el primero de los considerandos, además de otras declaraciones fuera de interés, la Sala afirma: El sentido y valor jurídico de la frase «por ministerio de la ley», contenida en el artículo 811, puede y debe nacer en la sucesión testada como en la intestada, «pues lo contrario entrañaría el peligro de que de modo harto fácil y hacedero pudiera burlarse el principio que informa el citado artículo 811 del Código, que no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a aquellas de quienes proceden, toda vez que bastaría que un descendiente nombrase en testamento a su ascendiente heredero para que éste no tuviera la obligación de conservar, ya que entonces habrían perdido el carácter de reservables los bienes».

En 4 de abril de 1942, el Tribunal Supremo hace otra declaración semejante. «Es inadmisibles la afirmación del Tribunal *a quo* de que la parte actora no venía obligada a presentar con la demanda el documento fundamental de la acción, debido a que, por hallarse incorporado a un protocolo, no lo tenía a su disposición, porque, como esta incorporación tuvo efecto a los cinco años de la fecha del documento y cinco días antes de la presentación de la demanda cuando ya se había celebrado el acto de conciliación preliminar del juicio, el no haber intentado el reconocimiento de aquél por el demandado, como era de rigor según los artículos 1.245 del CC. y 604 de la LEC, y hasta la circunstancia de que no fueran interrogados los testigos que se dice presenciaron la celebración del contrato, hace dudar sobre la realidad de éste y de sus estipulaciones, especialmente sobre la entrega del precio, negada expresamente por el demandado, todo esto autoriza a deducir que la protocolización, más que el ejercicio de un

⁶⁷ Vid. CASTÁN, *Aplicación y elaboración del Derecho*, en RGL y J, Julio 1946, pp. 30 y sigs. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, pp. 224 y sigs.

⁶⁸ Vid. nota 21.

derecho, como afirma la sentencia recurrida, fue el medio excogitado para la contravención subrepticia de un precepto legal, claro y terminante que los Tribunales no pueden amparar».

En 8 de abril del mismo año, el Tribunal Supremo, no sólo reiteró esta doctrina, sino que utilizó ya concretamente la expresión de *fraude a la ley* ⁽⁶⁹⁾.

Por consiguiente, hoy ya, por virtud de la elaboración jurisprudencial, el fraude a la ley entra en la categoría de los actos prohibidos.

⁶⁹ Vid. los comentarios de GOLDSCHMIDT cit. nota 32.

II

Etiología del fraude y medios de prevención

- SUMARIO:**
- a) La teoría del equilibrio jurídico y la génesis del fraude: 1. Las reacciones ante la ley; 2. Equilibrio ideal y equilibrio jurídico; 3. Demostración de la teoría; 4 Algunas consideraciones históricas.
 - b) Otras causas productoras del fraude.
 - c) Examen de las medidas preventivas en el tratamiento del fraude.

a) 1. Toda ley, al mismo tiempo que reacciones favorables, suscita también en la comunidad un movimiento de oposición que trata de eludirla. En efecto, con relación a la vida social de un país cualquiera, en un momento dado, la ley puede ser: 1º.) contraria al sentir general; 2º.) contraria al equilibrio jurídico; 3º.) en pugna solamente con intereses individuales. No existe ninguna norma jurídica que no pueda incluirse en alguno de estos tres apartados. Por más perfecta que sea su elaboración, en la realidad social tropieza siempre con algún interés que se perjudica con ella. Y, en cualquiera de las tres hipótesis señaladas, tiene lugar una lucha contra el Derecho, cuya extensión oportunamente se considerará.

Como, consecuencia de producirse una antagonía entre la ley e intereses individuales o sociales; así las reacciones surgidas contra ella pueden ser del mismo modo colectivas o aisladas y se originan, bien en forma de omisión o violación directa, bien de infracción indirecta, en cuyo ámbito está comprendido el fraude.

Al estudiar las causas que motivan la aparición de tal figura típica de a juridicidad se puede seguir también este triple enunciado. Unas veces el fraude es una reacción contra una ley contraria al sentir general; otras, la restauración del equilibrio jurídico perturbado, y, en supuestos menos frecuentes, la maquinación de un interés egoísta.

En el primer caso no existe remedio preventivo de ningún género y es ¡bien que sea así. Como el incumplimiento será mayoritario, la institución procesal no funcionará, puesto que para hacerlo necesita indispensablemente la existencia de un mínimo jurídico de respeto social hacia la disposición; debajo de este mínimo la intervención judicial no se produce. Un ejemplo: el R. D. Ley de 1 de enero de 1926, en su artículo primero, apartado g), disponía: «Los jueces, Tribunales y autoridades de todo género negarán curso y valor jurídico a los documentos en que consten contratos de arrendamiento sujetos a inscripción si carecen de la nota correspondiente en el Registro que se regula por este artículo». El proyectado Registro de arrendamientos fue un fracaso espléndido. Los Tribunales y Jueces hicieron caso omiso de una disposición que, por el contraste que presentaba frente a la realidad, era la consumación de una injusticia. No estaba en el ánimo de nadie inscribir sólo por el hecho de una amenaza semejante, y por ende la coacción del precepto era nula. Por otra parte, despojar de valor legal a una obligación evidentemente contraída con el pretexto de faltar un requisito de mera índole fiscal, resultaba desproporcionado y ominoso. Era querer arrancar del mundo del Derecho el principio de la libertad consensual, cosa que ningún legislador tiene fuerza bastante para hacer.

No se necesita ser profeta para predecir un éxito análogo al artículo 313 de la vigente Ley Hipotecaria. En primer término, porque en las regiones donde la propiedad territorial está muy fragmentada, la inscripción es un gravamen excesivo. Y sobre todo, porque la conciencia popular no reacciona todavía mayoritariamente a favor de la inscripción registral.

En los casos de ley contraria al sentir general, los resultados son sencillos: ineficacia de la disposición; y el remedio uno solo no promulgarla, o esperar a que cambien las condiciones sociales. Cuando la ley tenga carácter hipotecario, esto es fácil de conocer por el volumen de la

propiedad inscrita y su crecimiento paulatino ⁽⁷⁰⁾.

2. Cuando la disposición, justa y necesaria en el fondo, sea contra el equilibrio jurídico, su ineficacia será debida, no al justo desistimiento colectivo, sino a las maquinaciones fraudulentas de los perjudicados por ella, pero el resultado no variará: la ley carecerá de eficacia. Describiré tan importantísima cuestión ⁽⁷¹⁾.

En cualquier relación jurídica existe una zona de equilibrio ideal que viene establecida por una proporción, entre la apreciación subjetiva y la valoración objetiva, que guardan entre sí ambos bienes cambiables. Dentro de un orden puramente lógico, ningún roce ni presión alguna interrumpen la conjugación normal de las pretensiones de cada parte, que convienen en el cambio por una decisión enteramente voluntaria. Es decir, que la voluntad de cada parte es libre al determinar con referencia a la prestación de la otra, cual sea el punto en donde hay equivalencia de los bienes cambiables o en donde se produce la igualdad objetiva, según el estado de la concurrencia, que, recuperando el equilibrio de fuerzas, posibilita la contratación.

Cuando el contrato supone un cambio imperfecto cada parte atiende a la conveniencia económica que le produce la tenencia de un bien de su propiedad en relación con otro bien ajeno. Si la importancia de aquél es sobreestimada, el contrato no tendrá lugar; por el contrario, se llegará a un acuerdo si el bien propio de cada contratante fuera preterido al ajeno.

Como quiera que sea, en estos casos la relación cambiaria depende preferentemente de una estimación subjetiva de la ofelimitad. La situación objetiva del mercado sólo se toma en cuenta como exponente del volumen de las ofertas de uno y otro bien ⁽⁷²⁾.

En los casos de un cambio perfecto, la medida común de los bienes cambiables es considerada, cabalmente, como **poder adquisitivo**, lo cual supone una operación posterior de transformación del dinero (que no tiene utilidad inmediata) en algún bien útil que se desea para satisfacer las necesidades sentidas ⁽⁷³⁾. Así, pues, el hecho de valerse del dinero remite a la relación que guarden la oferta y la demanda, con el predominio consiguiente de las condiciones objetivas.

Pues bien, esa zona de equilibrio ideal que corresponde, más o menos, en cualquiera de los casos, a una determinada **valoración objetiva** de los bienes, está en realidad desmentida por los hechos. Inevitablemente, por el influjo del estado social y económico se produce una desviación del equilibrio ideal, una alteración de la libertad de decidir que impide la combinación normal y espontánea de las voluntades en el contrato. En esta nueva vertiente se encuentra el **equilibrio jurídico** ⁽⁷⁴⁾, resultado del influjo de lo económico social en el Derecho, y que no puede ser

⁷⁰ No basta decir «la inscripción debe ser constitutiva»; hay que preguntarse primero si puede serlo. Cfr. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, pp. 158 ss. y bibliografía allí citada. Generalmente los hipotecaristas profesan análoga creencia.

⁷¹ Los precedentes y el concepto de equilibrio ideal en *Ensayo de valoración filosófica del Derecho*, pp. 112 ss. T. cfr. VACCA, *Il diritto sperimentale*, pp. 9 ss.

⁷² Vid. WEBER (ADOLFO). *Teoría general de la economía política*, ed. espñ. p. 79.

⁷³ Cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, ed. espñ. pp. 119 ss.

⁷⁴ Es una consecuencia del equilibrio económico, cuya exposición matemática puede verse en STACKELBERG, *Principios de teoría económica*, ed. esp. p. 165.

prescindido por el legislador, so pena de la ineficacia legislativa, segura retribución del desentenderse de los factores de la realidad. El realismo es una imposición de la finalidad del Derecho, como coordinación de las instituciones naturales ⁽⁷⁵⁾ y, por consiguiente, si adoleciera de falta de contacto con la vida, ***tal como*** es, su fin sería un empeño infructuoso, pues resulta imposible realizarlo sin una adaptación perfecta del Derecho a la realidad.

3. Con estos antecedentes, cabe enunciar el principio de la restauración del equilibrio jurídico a expensas de la economía débil, una de las directrices fundamentales de la Política del Derecho. Helo aquí:

«Cuando por una disposición legal se tratan de modificar las condiciones subjetivas del equilibrio jurídico con que hay que actuar en la contratación por imperio de los factores reales, se produce un movimiento de reacción que, trasmutando las condiciones nuevas que pretenden introducirse, tiende a la restauración del equilibrio primitivo, agravando la situación objetiva de la economía débil frente al intento de mejora que representa la ley.»

La exposición del principio se circunscribe al derecho contractual, único en que reinan la libertad y la paridad de los poderes individuales, y que su naturaleza cuantitativa permite reducir a fórmula. En el derecho no contractual, el «orden público» suscita la misma reacción.

Aquí está, ni más ni menos, formulada en este principio la etiología de más interés dentro de las infracciones indirectas y, por consiguiente, la raíz de la mayor parte de los actos en fraude a la ley. La importancia de las consecuencias que se predicen de las perturbaciones legislativas del equilibrio jurídico que se origina espontáneamente de la vida social, exige una demostración adecuada.

Los factores económico-sociales suscitan en la contratación una doble influencia. En primer lugar, objetivizan la valoración de bienes ocasionando un aminoramiento de la libertad de apreciar; por otro lado, dan origen a una situación de predominio económico, por el cual una voluntad puede imponer sus condiciones, dentro de ciertos límites objetivos que resultan del nivel de la oferta.

Para esclarecer más la naturaleza y las causas de este fenómeno, conviene distinguir en los contratos dos grupos diversos: contratos necesarios y contratos potestativos. Los primeros son una exigencia de la vida humana en cuanto tal; depende de ellos la satisfacción de necesidades estrictamente vitales y por eso no pueden dejar de celebrarse. Los contratos potestativos, al contrario, satisfacen necesidades de índole accidental y por esta razón pueden dejar de celebrarse o por lo menos ser aplazados indefinidamente. En los primeros, el equilibrio jurídico tiene la fuerza de una ley férrea; en estos otros queda circunscrito, en última instancia, a una presión sobre la voluntad.

Supongamos ahora que se trata de celebrar uno de los contratos necesarios. En la realidad de todo contrato luchan dos fuerzas opuestas, tratando de conseguir para sí el volumen de conveniencia máximo. Una parte encarna la oferta, otra la demanda. Pues bien, en el contrato necesario, la demanda está, por naturaleza, en condiciones de inferioridad. Por la misma esencia del contrato necesario, una parte carece del bien que de la otra pretende, que además es imprescindible para su vida. La otra, por su posición oferente, tiene un capital respaldando su poder de espera. Con esto la oferta puede imponer la ley de adquisición a la demanda, la cual,

⁷⁵ *DEL VECCHIO, El concepto de la naturaleza y el principio del Derecho, ed. española páginas 101 ss. T. RUIZ GIMÉNEZ, La concepción institucional del Derecho.*

finalmente, tendrá que avenirse. Si al poder de espera del oferente denominamos A , y a la capacidad adquisitiva de la demanda designamos por B ; siendo A' el poder de espera de la demanda, tendremos, como consecuencia de ser X la ley adquisitiva la siguiente igualdad $A/X=A'/B$, de donde $X=AB/A'$. Y permaneciendo B invariable, como en la realidad ocurre, deduciremos que, $A' \rightarrow 0$ y $A = \text{constante}$, $A/A' = \infty$ Pues $A/0 = \infty$, o sea, que cuando ésta se acerque a cero, se aproximará aquélla a infinito, es decir, crecerá hasta agotar el límite máximo de la capacidad adquisitiva. Esto es, por la simple acción de las fuerzas económicas, una de las partes, la situada en condiciones de inferioridad, tiene que entregarse a la otra, que puede imponer la ley de adquisición.

Este estado de cosas, que las leyes de oferta y demanda hacen menos inexorables de lo que a primera vista parece, impulsa de parte del Estado un movimiento de reacción. Las situaciones de predominio que se producen en los contratos por obra de la disarmonía de la fuerza económica, significan una merma de la libertad, y en los contratos necesarios pueden llegar a producir una extinción total de la decisión libre, limitándose la voluntad de la demanda a la mera aquiescencia a una propuesta incondicionable. Estos resultados equivalen a destruir el principio fundamental de la contratación y por eso, en su misma esencia, entrañan una posición de injusticia inhumana. Indudablemente, compete al Estado el deber imperioso de desvirtuarla.

Obedeciendo a la presión de estos motivos, se procura por los Poderes públicos adoptar las medidas atinentes, con el fin de paralizar la acción de los intereses egoístas que, aprovechando la libertad de concurrencia, tienden a la utilización exhaustiva de los poderes de disposición económica.

El sistema de protección elegido suele ser el de actuación indirecta y se realiza innovando las disposiciones jurídicas que sancionaban la libertad contractual y aun pasando estos preceptos del orden privado al orden público. La nueva regulación legal, o produce una restricción de la libertad económica o establece con rigidez un límite al poder dispositivo concedido anteriormente, mermándolo incluso a la economía débil; señalando con rigor una prohibición de alterarlo y vedando también cualquier desplazamiento del orden establecido. Y cuando el orden privado se considera como público, son creados a continuación órganos fiscalizadores para ocuparse de la defensa del nuevo derecho. Esta realidad de las cosas, que por los días en curso se presenta de un modo acuciante, pertenece a la vida jurídica de todos los tiempos y puede acreditarse en cualquiera legislación antigua (⁷⁶).

El nuevo orden introducido por el Estado implica una reafirmación del equilibrio ideal frente al equilibrio jurídico. Se trata de obtener una modificación del estado real de los hechos, de tal modo que, concediéndose en las nuevas disposiciones un puesto preferente al que se halla en condiciones de inferioridad económica, ambas preeminencias queden contrarrestadas restableciéndose la posición equitativa es decir, se invierten los supuestos reales y se opone al poder económico un poder jurídico.

Expuestas ya las dos realidades en pugna, la realidad económica y la realidad jurídica, puede llegarse al punto crucial de esta exposición: el influjo de la nueva regulación sobre cada parte contratante.

El oferente se ve frente a una disposición concebida para contrarrestar su preponderancia material y que trata de conciliar los intereses opuestos sobre la base de restringir la superioridad

⁷⁶ *Un preciso y documentado estudio histórico en ROTONDI, La frode alla legge, 1911. Vid. t. las referencias hechas en la obra de Ihering citada.*

económica. Por consiguiente, el precepto legal sólo favorece a una parte en la medida que perjudica los intereses reales ⁽⁷⁷⁾ de la otra. Según esto, es lógico pensar que la actitud más general que adopte en estos casos la economía poderosa será de reacción contra la ley. El problema es únicamente determinar la naturaleza de tal reacción; qué forma revestirá. Con seguridad, en la mayoría de las veces, no se traducirá en una infracción directa, para la que no hay estímulo bastante y que ofrece además los peligros de advertirse mediante investigación. Por tanto, se tiene que recurrir a la violación indirecta, una de cuyas formas, la que más posibilidades presenta es la del fraude a la ley.

Así pues, es inevitable una reacción general ante la ley por quienes, teniendo el predominio económico, lo ven mermado por el Derecho. E incluso se considerará legítima esta reacción, pues la disposición desfavorable suscita el sentimiento de una lesión del propio derecho, lo cual deshace todo escrúpulo al eludir la prohibición.

Pero aún hay más: lo peor del caso es que la violación indirecta encuentra siempre la cooperación de la demanda, que se ve compelida a luchar contra sí misma y contra la ley que la defiende.

Un supuesto hábilmente combinado de fraude a la ley hubiera sido bastante, en el estado actual del Derecho, a decidir con éxito la lucha entre realidad jurídica y realidad social; pero la complicidad del propio defraudado hace la victoria más cierta todavía, y el derecho nuevo sólo aparentemente se realiza. Las esferas legislativas, desde las alturas de su omnipotencia teórica, juzgarán el problema resuelto. Pero la realidad social se atreverá contra ellas. La disposición será letra sin espíritu; derecho vigente, pero no derecho vivido.

¿Cómo se explica la entrega incondicional de una parte a la otra? El éxito del fraude —pues a él nos atenemos aquí— es muy natural. Si la intervención jurídica es intervención indirecta que subsana la forma, pero que no modifica el fondo de los hechos, es evidente que la lucha entre el fraude y la ley seguirá planteada en estos términos: un principio estático es combatido por un principio dinámico. Y puestas así las cosas, el resultado no puede ser dudoso. En efecto: la disposición legislativa procede siempre por previsión de los supuestos concretos de lo social, otorgando una medida de protección que garantice el orden. Ahora bien, las circunstancias de hecho que son el supuesto de la norma son abstraídas por ésta de la realidad, de modo que no son más que una fotografía en donde se recoge uno solo de los momentos —aunque sea el más característico— de la totalidad integradora del desarrollo vital de un supuesto fáctico. Por consiguiente, por grande que sea la previsión legal, sólo puede limitarse a describir fases o momentos de una evolución muy compleja, tal como de ordinario se manifiesta en la comunidad. La consecuencia es muy importante, pues permite deducir que los hechos no quedan sometidos a la decisión normativa hasta después de su constitución por las partes. Pero he aquí que, en el tratamiento jurídico posterior de los hechos, el único punto de referencia está en las diversas fases o momentos del contrato que constituyen la hipótesis legal de donde las consecuencias han de ser extraídas. Ahora bien, al juzgador no llegan los hechos tal como han sucedido en la realidad, sino que únicamente se le presenta una reproducción artificial de los mismos, hecha a través de determinados medios, de prueba. Y como la jerarquía más alta de la prueba es la **formal**, que va de antes a después, es decir, fija los hechos para acreditarlos posteriormente ⁽⁷⁸⁾,

⁷⁷ *Esto es una consecuencia natural de la oposición de intereses que se da, perfecta, en el contrato y fue causa de la creación de la teoría del acto complejo.*

⁷⁸ *Vid. infra VII, b) 1.*

ocurre que no sólo pueden transformarse los hechos básicos de un contrato por estar entregado a la voluntad de las partes, sino que hasta la intervención mediadora del Derecho puede ser también prelimitada por un acuerdo, con tal de fingir adecuadamente los elementos formales de la prueba.

Además, las posibilidades del Derecho en esta lucha son muy escasas. Cuando la ley fija la restricción y límites de la concurrencia, da una nueva regulación al problema, pero no lo resuelve. Pese a la intervención legislativa, la desproporción real de oferta y demanda sigue latente: subsiste aún la preponderancia económica de una de las partes. Se ha combatido lo accesorio, aunque sin atacar a fondo lo substancial. La cuestión, por tanto, sigue pendiente. Mientras la desigualdad económica subsista, todos los esfuerzos del legislador serán inútiles para conjurar este resultado: la oferta seguirá imponiendo sus condiciones a la demanda; porque siempre la debilidad económica de esta se verá inexorablemente constreñida a la celebración del contrato. Subsiste, pues, propuesto el dilema en estas alternativas: avenirse o sucumbir. De nada vale que la ley prometa una protección para el futuro. Aquí lo único que podría influir sería ensanchar el *poder de espera* de la demanda hasta nivelarlo con el de la oferta. En tanto no se haga así, los términos de la cuestión quedarán circunscritos a la igualdad anteriormente propuesta $X = AB/A'$.

Pero no es esto sólo. Los resultados son ahora más crueles todavía. Al oferente no le basta la mera celebración del contrato imponiendo él las condiciones de carácter económico. Puesto que la ley, al serle contraría, significa una futura posibilidad de sanción que desdiga los resultados del contrato, hay que eliminar la ley misma. Y ¿cómo hacer para conseguirlo? La respuesta no es difícil ni obscura. Hay que modificar los hechos de tal modo que, sin que puedan impugnarse los actos parciales modificativos, resulte creada una situación aparentemente jurídica, protegiéndose, del Derecho con el Derecho. Se preconstituye al mismo tiempo una prueba plena de la situación ficticia constituida y la ley traducirá sólo un mandato impotente: habrá sufrido defraudación.

Las consecuencias de todo esto no son las que se derivan de haber quedado el defraudante a cubierto de toda responsabilidad jurídica que por la infracción pudiera exigírsele, ni siquiera lo más importante será la eliminación de las medidas protectoras de que se pretendía rodear a la parte económicamente débil. Lo peor del caso es que se la deja en absoluto desprovista de toda protección procesal posible. Su situación es aún más grave que antes. La ley fracasa y hiere los mismos intereses que había querido defender.

4. La experiencia histórica proporciona una confirmación, excepcionalmente valiosa, del principio fundamental establecido teóricamente. En la obra de Ihering, *Espíritu del Derecho romano*, estudia este ilustre jurisconsulto muchas instituciones jurídicas nacidas al margen de una ley defraudada, ejemplos elocuentes de cómo la realidad se sobrepone al Derecho arbitrario⁽⁷⁹⁾. Pero la más brillante confirmación, porque responde indiscutiblemente a leyes económicas, la presentan los resultados de la lucha contra la usura. El contrato trino⁽⁸⁰⁾, el censo consignativo

⁷⁹ Vid. I. n. 21.

⁸⁰ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, 2ª. ed. IV, pp. 843 ss,

(⁸¹), probablemente, la compraventa con pacto de retro (⁸²), etc., etc., no son más que manifestaciones concretas demostrativas de la realidad del principio enunciado. Los legisladores pueden establecer prohibiciones y perseguir penal o civilmente la usura; pero, mientras no se ataque directamente el mal en sus causas, las prescripciones prohibitivas no se cumplirán. Es cierto que las disposiciones restrictivas disminuían parcialmente el volumen habitual de la usura, pero lo hacían a costa de agravar intensamente la situación de los prestatarios; pues los usureros, por medio de los más ingeniosos artificios, cobraban, no sólo los intereses usuales, sino también el **precio de seguro, por los nuevos riesgos** que llevaba consigo el préstamo usurario. ¿Y cómo habían de defender los legisladores una norma jurídica cuyo cumplimiento se basaba en un pacto, cuando todos los documentos justificativos del préstamo se referían, por ejemplo, a una cantidad realmente doble de la entregada, pero sin ninguna posibilidad de acreditarlo así y para la cual se estipulaban intereses legítimos, aunque ya desde el primer momento había producido un cien por cien?

En la actualidad son tres principales manifestaciones de los contratos necesarios las que están necesitadas de una regulación adecuada, mediante una intervención estatal que no sea susceptible de fraude. Se hace referencia al contrato de trabajo, al de arrendamientos, especialmente urbanos, y la compraventa de artículos de primera necesidad, para los cuales se hace ya imprescindible una reglamentación jurídica *sui generis*.

En la realidad de España, estos tres problemas se dejan sentir con influencia perturbadora sobre la vida de la comunidad. En los tres, en un grado diverso según su importancia, se puede seguir con facilidad la tarea corrosiva del fraude. Un estudio de los medios empleados para eludir las leyes protectoras sería de grandísimo interés, pero cae fuera de los límites de este trabajo. En la legislación del Trabajo, con la creación de la Magistratura especial y de la Inspección, se hace cada vez más difícil la defraudación, aunque no se destruya. En cambio, en los otros problemas, la legislación ha creado muchas veces un arma de dos filos que hiere a mansalva. En materia de arrendamientos urbanos, he visto tristemente muchas veces confirmada la teoría del equilibrio jurídico, ya disfrazando el arrendamiento en otros contratos, de un modo parecido al que consideramos en el préstamo o por otros procedimientos más ingeniosos aún, que los inquilinos aceptaban siempre. Otras veces, las estipulaciones del contrato son dobles, y al lado del documento en que se conviene la iniciación del contrato, se suscribe otro poniéndole fin, pero sin expresar la fecha. Cuando le place al propietario, este segundo contrato funciona y se consigue el desahucio, a despecho de toda casuística legal.

b) Generalmente, las reacciones fraudulentas colectivas son una consecuencia de normas jurídicas desafortunadas, de carácter social, que hieren los intereses de toda una clase. De estas colisiones entre clase y ley, surge casi siempre derecho nuevo. Ahora bien, muchos de los actos en fraude a la ley son nada más medidas aisladas que se adoptan para arrancar de la acción de la ley un interés individual. En estos casos, la maniobra fraudulenta no paraliza la acción de la ley tomada en su conjunto, como ocurre con los anteriores, sino que únicamente impide su aplicación en un caso concreto. Son más difíciles de descubrir, pero más fáciles de combatir que aquéllos.

Todas estas manifestaciones aisladas de fraude no pueden ser objeto de un estudio etiológico,

⁸¹ Vid. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 6ª. ed. II, p. 376.

⁸² Vid. RIAZA, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, 1919, pp. 21 ss. *Sobre In diem additio*, D'ORS, en *Anuario de Hist. D. esp.* 1945, pp. 193 ss.

precisamente por su falta de conexión. No es posible formular una teoría general que permita explicarlas; pero aunque lo fuese, sería innecesaria, puesto que han de combatirse inexcusablemente de distinta manera, según el caso en que se presenten.

Sin embargo, aun fuera de la órbita de acción del derecho económico, cabe determinar principios indicadores de la dirección seguida por el fraude. Otra de las instituciones jurídicas más combatidas es la *forma*.

Carnelutti, caracterizándola, escribe: «Como un acto es jurídico cuando derivan de él efectos jurídicos, esto es, cuando el valor jurídico de la situación final es distinto del de la situación inicial, ***no se le puede atribuir un efecto jurídico sin determinar su forma, por lo que, toda atribución de juridicidad a un acto equivale a su regulación formal***, esto es, a la disposición ***de lo que debe existir físicamente para que algo exista jurídicamente***, esto es, para que se derive un efecto jurídico del acto. En otros términos, la regulación formal es el mínimo de la regulación jurídica de un acto; el acto puede no regularse con respecto a cualquier otro de sus caracteres, pero tiene que regularse en lo que toca a la forma si ha de ser un acto jurídico»⁽⁸³⁾.

Toda forma jurídica implica siempre una seguridad y un impedimento. Seguridad en cuanto impide, precisamente, la adquisición de naturaleza jurídica, sin la verificación de ciertos requisitos previos, a los cuales el advenimiento al mundo del Derecho se condiciona. Ahora bien, lo que es seguridad colectiva, garantía del orden jurídico social, es también, por su propia esencia, una traba para todo aquel que pretende incorporar a la vida jurídica un estado de hecho. Por esto, cuando la forma es adecuada a la naturaleza del acto y los requisitos impuestos son fáciles de vencer, las prescripciones formales se cumplen buenamente. Pero cuando la forma dificulta sensiblemente la realización de los actos o cuando es inadecuada a su naturaleza, entonces, en general se reacciona contra ella y, por medio del fraude, se arbitra otra sustitutiva más adecuada y fácil. La ley del mínimo medio exige la simplificación de trámites inútiles y desde el momento en que sea posible oponer, con efectos análogos, al camino más largo establecido por el Derecho, un camino más corto, la Sociedad lo abre y lo mantiene.

Esto quiere decir que la Sociedad lucha tratando de conseguir para los actos jurídicos la fórmula más adecuada a su naturaleza y la mejor arma que emplea para conseguirlo es el fraude a la ley. La Política del Derecho encontrará también aquí principios que deberán servirle de directiva: el principio de economía formal y el de mínima regulación, principalmente⁽⁸⁴⁾.

Por el juego combinado de estos dos principios, el acto jurídico ha de estar acomodado a la forma de tal modo que, exigiendo el mínimo esfuerzo para su realización, pueda garantizar la seguridad jurídica. El medio más cómodo y útil de conseguir este resultado es el incorporar al Derecho las formas elaboradas por la colectividad, como las más adecuadas a la realidad en que se desenvuelven. En la práctica de estos postulados está, por lo que se refiere a la forma, el mejor remedio del fraude.

Otras veces las reacciones contra la forma no son fruto de una acción social, sino el resultado de un esfuerzo individual por eludirlas, en cuanto significan un estorbo o impedimento de la libertad. En un orden puramente procesal, la mayoría de los actos en fraude están incluidos en esta hipótesis. La especificación del modo de actuar en estos supuestos es problema por el momento fuera de lugar; constituyen casos normales, incursos en la doctrina general sobre la

⁸³ CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (GUASP), p. 273.

⁸⁴ Cfr. CHIOVENDA, *La forma nella difesa giudiziale del diritto*, en *Saggi*, I, páginas 353 ss.

manera de producirse el fraude;

c) Excluido el primero de los tres apartados en que dividíamos la ley en relación a la etiología del fraude, del cual hemos anticipado ya que carecía de prevención, los otros dos son susceptibles de ser anunciados y, en parte, combatidos previamente.

Al enjuiciar críticamente la teoría del equilibrio jurídico, quedaba insinuada ya la causa originante del desarreglo producido por la norma legislativa. Podría pretenderse quizá, ante este estado de cosas, que la actitud más discreta de los Poderes públicos sería abstenerse de intervenir, criterio que se refuerza al considerar la rigidez de las leyes de oferta y demanda. Sin embargo, esta conclusión sería errónea también. La posición inhumana de desigualdad en que los contratos necesarios colocan a la demanda exige una corrección hasta lograr que se ponga en salvo el principio, básico en el Derecho contractual, de libertad del consentimiento. Esta medida sería" al mismo tiempo la eliminación de numerosos casos de fraude a la ley, uno de los remedios preventivos más importantes.

Se ha dicho ya que, por regla general, los problemas del equilibrio jurídico se afrontan por el Estado de un modo indirecto. En efecto: son medidas, las que se adoptan, de carácter jurídico, y la cuestión, aunque se refleje sobre el Derecho, es el efecto de causas de naturaleza económica. De resultas de esta verdad, se produce una inadecuación instrumental; se intenta deshacer una perturbación, sin anular antes el origen de la perturbación misma. Si la causa tiene carácter económico, ¿cómo podrá ser resuelta la perturbación utilizando medios exclusivamente jurídicos? Aquí la política del Derecho requiere ser precedida por la Política económico-social. Las medidas indirectas no podrán jamás resolver el problema, aunque puedan lograr encubrirlo, lo cual, en fin, es un resultado pernicioso. En estos casos hay que enfrentarse directamente con la realidad, suscitando primero la nivelación del conjunto de ofertas y demandas hasta lograr la nivelación real mediante la política de la concurrencia perfecta y, después, por una acción intensa y progresiva ensanchar el poder de espera de la demanda. Es cierto que la valoración objetiva es indestructible, puesto que depende de las leyes de oferta y demanda; pero cabe, por un sistema tributario adecuado, acercarse cada vez más a la eliminación total (aunque perfectamente sea inasequible) de las fuerzas extrañas al Derecho que interfieren el equilibrio ideal.

En los casos en que el fraude a la ley brote a impulsos de un interés aislado, se pueden establecer reglas obstativas que dificulten y restrinjan las maquinaciones fraudulentas. Se reducen a dos grupos: 1º.) Coacción psicológica producida por la determinación de sanciones a los actos defraudatorios; 2º.) reconsideración legal de las modalidades de fraude y de su posible revocación.

1º.) La inexistencia de principios generales en las legislaciones positivas que fijen un sistema de lucha contra el fraude influye negativamente sobre la comunidad, debilitando el sentimiento de la ilicitud de la infracción indirecta y contribuyendo así a la multiplicidad de sus formas.

No hallándose establecida sanción alguna en caso de fraude, su apreciación y aun determinación dependerá sólo de la interpretación que se dé al sentido de la norma. Y así, las posibilidades de éxito al impugnar el fraude se aminoran. No se tratará únicamente de averiguar si los actos son constitutivos de fraude (problema general de la aplicación de una ley), sino que a esto se añade también la necesidad de precisar el carácter ajurídico del resultado. Es, pues, necesario incorporar a la legislación positiva un sistema de caracterización de lo fraudulento suficiente para asegurarle la sanción.

2º.) Además de adoptar un criterio general dirigido a la paralización de la eficacia de los actos fraudulentos, conviene asimismo dejar desbaratadas algunas formas particulares y típicas de

fraude. La práctica jurídica ha hecho y hace habituales algunos modos de destitución de la ley, los cuales están en la conciencia general; otros casos surgen apenas propuesta la norma preceptiva. Pues bien, ¿qué modo mejor ni qué oportunidad más apta para prever y desvirtuar el fraude?

Por lo que se refiere al proceso como medio para defraudar alguna disposición de carácter material, el mejor remedio preventivo es la extensión de la investigación judicial concediendo al principio inquisitivo el ámbito de influencia que necesita el «orden público» dentro del proceso. Al estudiar en el fraude procesal su diagnóstico y tratamiento se insertarán también los medios preventivos con que se puede combatir el fraude.

III

Delimitación y análisis del fraude procesal

SUMARIO: a) Estado de las investigaciones sobre patología procesal: 1. Lo anormal en el proceso y su clasificación; 2. Actos procesales lícitos e ilícitos; 3. Definiciones del fraude: su insuficiencia.
b) La individualización del fraude: 1. Necesidad de un estudio independiente; 2. El punto de partida; 3. Fraude y dolo procesal; 4. Fraude y simulación procesal; 5. El proceso impropio.

a) 1. Las formas patológicas del proceso pueden ser referidas a sólo dos hipótesis: en primer lugar, a las anomalías y vicios que los actos procesales, como cualesquiera jurídicos, son susceptibles de presentar; en segundo término, a las desviaciones que el proceso, concebido como totalidad, sufre con relación, a su *fin* y al *modo* prefijado para que se consiga. Como esta bipartición aprehende enteramente la realidad que analiza, integrada por la serie de actos comprendidos en la idea de proceso, más los elementos cualitativos y teleológicos que completan la institución, no cabe imaginar un solo caso cuya inclusión en uno de los dos supuestos sea imposible. Si a esto se añade que no puede atribuirse un tratamiento jurídico análogo a aquellos, casos de deficiencia parcial, limitada a determinados actos, que a la deficiencia total, cuyo influjo se proyecta enteramente sobre todo el proceso, se comprende sin dificultad que la clasificación propugnada se asienta en una base sólida. A la luz de esta perspectiva es como se enjuiciará la doctrina relativa a la patología procesal.

Prescindidas las infracciones directas de las leyes procesales, imposibles en el proceso sin la cooperación judicial⁽⁸⁵⁾, las maquinaciones indirectas, que son el objeto de este estudio, quedan reducidas por los expositores al dolo, a la simulación, al fraude y al llamado proceso aparente. Todas estas nociones han sido objeto de una elaboración discrepante, el contenido de la cual se dará, ulteriormente a conocer. En esta cuádruple división no existe, en realidad, término disintente. De hecho, su introducción en la teoría obedeció a razones incontestables. Sin embargo, si se trataran de conjugar las diversas posiciones de los tratadistas el resultado sería una sorpresa, pues las apreciaciones contradictorias hacen imposible combinar plenamente las partes, dando lugar a que se piense si habrá alguna pieza sobrante. Esto es, de cierto, insostenible. Si los actos procesales son aseguibles a la maquinación engañosa, el proceso en su totalidad lo es, no sólo a la perturbación de su forma, sino también a la tergiversación de su finalidad estricta, que, cuando por estar basada en un motivo racional se generaliza, llega a tener carta de naturaleza siendo reconocido por el Derecho. Así pues, al ser tres las anomalías procesales en función de la totalidad y una la que vicia aisladamente los actos, es evidente que los términos de la clasificación señalada no son incompatibles entre sí.

Según esto, las investigaciones en torno al cuestionario de la patología procesal, se ven frente a un problema de coordinación y deslindamiento analítico de materias. Si se hubiera seguido esta línea de conducta, quizá las investigaciones habrían sido clausuradas hace tiempo. Pero la divergencia de pareceres, surgida en el umbral mismo de los temas, ha motivado cierta confusión que dificulta sensiblemente la exposición de la doctrina.

Sin más interés, por el momento que el de dar un concepto general de la opinión dominante, se indicarán algunos puntos de vista sobre la apreciación conjunta de estas cuestiones.

Es corriente que alrededor de la figura central del dolo, como supuestos especiales del mismo, se agrupen las restantes modalidades de la patología procesal, como es frecuente también unificar el dolo y el fraude. Es en este sentido como se expresa Plaza, aunque no sin reconocer

⁸⁵ *Esta necesidad de que el juez coopere con las partes para que la infracción directa se consume surge de la visibilidad inmediata de las infracciones de este tipo que, por consiguiente, serán advertidas y reprimidas por el juez, salvo su complicidad en ellas.*

cierta especialidad al fraude al calificarlo de «una variedad del dolo»⁽⁸⁶⁾. Parecida es también la posición de Cunha, quien incluye en el dolo la simulación, y dentro de la simulación comprende, asimismo, el fraude, en las hipótesis en que cabe considerarlo, sea con relación a la ley, a terceros o a ambas cosas conjuntamente⁽⁸⁷⁾.

Al contrario, Carnelutti⁽⁸⁸⁾, seguido después por Guarneri-Cita⁽⁸⁹⁾, Costa⁽⁹⁰⁾, Albanese⁽⁹¹⁾, Zani⁽⁹²⁾, separa el fraude de la simulación y usa indistintamente las expresiones **simulación procesal, proceso simulado, fraude procesal y proceso fraudulento**. Es al enjuiciar esto en el proceso como totalidad donde la doctrina parece más consolidada y, sin embargo, está urdida de desemejanzas. Véase una muestra: Proceso simulado —escribe Guasp— es aquel en que las partes buscan la obtención de un negocio jurídico ilícito⁽⁹³⁾ Dentro de la misma doctrina española. Prieto, por ejemplo, lo caracteriza así: «El proceso es simulado entre las partes (también puede intervenir el juez) cuando se emplean formas procesales para un fin distinto del propio del proceso (tutela de los derechos)⁽⁹⁴⁾. Y en cambio, Cunha —que ha hecho el más sólido estudio sobre la simulación procesal —inserta en el ámbito de esta noción todos los casos de divergencia intencional entre el acuerdo oculto y el desacuerdo aparente de las partes en el proceso⁽⁹⁵⁾.

Desde cualquier posición de las cosas, es manifiesto que la suma de los conceptos elaborados no alcanza, de lleno, a satisfacer las exigencias teóricas de aquella cuádruple diferenciación objetiva, que se desprende de la propia esencia del proceso. El estado de la cuestión, a pesar de los serios avances realizados en los últimos años, es, si no en el análisis concreto de los problemas al menos en su sintetización, en muchos puntos insatisfactorio. Las tesis erigidas para explicar plenamente estos hechos son insuficientes, no tanto en la inferencia de casos cuanto en su valoración serial y etimológica. Resulta, pues, justificado, emprender nuevamente, siquiera sea con la limitación concreta que imponen los fines del presente trabajo, un examen riguroso

⁸⁶ *Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas*, RDPrv. Nov y Dic. 1943, página 776.

⁸⁷ *A simulação processual e a anulação do caso julgado*, Lisboa, 1935, pp. 174 sig.

⁸⁸ *Contro el processo fraudulento*, en *Rivista di diritto processuale civile* (RDPC), 1926, II, pp. 14 y ss.; y en *Studi di diritto processuale*, II, pp. 25 y ss. esp. 27 y ss.

⁸⁹ *Dolo processuale bilaterale e revocazione*, RDPC 1927, I, p. 261, en donde denomina dolo bilateral al «acuerdo fraudulento en gracia del cual... vid. también (t.) **Il dol processuale bilaterale**, en *Annali dell'Ist. di scienze giuridiche della R. Univ. di Messina* 1928, II, pp. 92 y ss.; y *Collusione e aevocazione*, RDPC 1929, I, pp. 218 y ss.

⁹⁰ *Il dolo processuale in tema civile e pénale*, 1930, pp. 29 y ss.

⁹¹ *Il dolo processuale*, Napoli, 1930, pp. 1 y ss.; pp. 81 y ss.

⁹² *La malafede nel processo civile*, 1931, pp. 118 y ss.

⁹³ *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, pp. 91 y ss.

⁹⁴ *Derecho procesal civil*, I, p. 12.

⁹⁵ *Op. cit.* p. 163 y ss.

de la técnica de tales típicas desviaciones de la ley. El enfoque del cuestionario es un poco innovador ⁽⁹⁶⁾. No se trata sólo de llevar a cabo un estudio de Derecho procesal, sino que se pretende, además, hacer conscientemente, desde los postulados científicos ya esbozados, un ensayo de Política del Derecho.

2. El acto procesal, y aun más bajo el principio de la escritura, es un fenómeno complejo. Su validez o nulidad depende, pues, de la coexistencia de una serie de elementos del más diverso carácter, a la que está condicionada la efectividad jurídica que perfecciona ontológicamente el contenido del acto. Por el contrario, la substantividad ⁽⁹⁷⁾ y la ilicitud indirecta arrancan de un hecho psicológico: la intencionalidad del emitente de la declaración volitiva. Descartada para el fraude a la ley la existencia de un supuesto resultado ilegal no querido ⁽⁹⁸⁾ (cuyo mantenimiento pudiera acarrear una reserva en la formulación del principio), en el resto de las hipótesis aquél tampoco se puede poner en duda. Según esto, la ilicitud de un acto procesal dimana de que se superpongan en él dos circunstancias: la prohibición de una norma legal y la realización (a sabiendas, si es indirectamente) del hecho vedado. Ahora bien, ateniéndose a las infracciones indirectas, la producción del resultado ajurídico depende de una maquinación. Hay, desde ya, por consiguiente, un punto con que hace genéricamente iguales las cuatro nociones que venimos estudiando; pero esta igualdad de origen no es título bastante para excluir la cuadripartición, porque, para cubrir la realidad que surge del proceso, los cuatro tipos de figuras de infracción indirecta son necesarios. Más ¿a qué manifestaciones hace referencia la intención: de infringir? ¿Cuál es el fin que se persigue con ella? ¿ En qué momento se puede considerar existente? Tales interrogantes plantea la determinación de la ilicitud indirecta de un acto. Con toda sobriedad se dará solución a cada uno.

⁹⁶ Vid. en contraposición la materia comprendida en las obras más sólidas sobre el dolo procesal. La cit. de COSTA, p. e. consta de 10 cap. que se ocupan: 1.—Concepción contractualista y c. publicística del proceso y su influencia sobre el d. p. 2.—D. p. como vicio de voluntad judicial. 3.—Identidad substancial entre proceso civil y penal y entre d. p. civ. y pen. 4.—El juez como sujeto pasivo del d. p. 5.—La noción de d. p. 6.—Momentos y aspectos del dolo p. civ. 7.—D. p. en la legislación civ. Oposición de tercero.—8. Revocación y otras instituciones en función directa o indirecta de represión del d. p. 9.—D. p. en un programa revisionista. 10.—Bosquejo del D. p. en materia penal.

ALBANESE por su parte estudia las siguientes cuestiones: 1.—El dolo en el proceso civ. 2.—D. p. del juez y auxiliares. 3.—D. p. unilateral de parte: *iniusta petitio*. 4.—D. p. unil. de parte: actividad ilícita en el curso de la litis. 5.—Remedios preventivos contra el comportamiento doloso de una de las partes. 6.—D. p. unil. de parte: remedios represivos en favor del defraudado. 7.—D. p. unil. de parte: remedios en favor de tercero. 8.—Estafa p. 9.—D. bilateral. 10.—D. bilat.: remedios represivos en favor de terceros. 11.—D. en el proceso penal. 12.—Orientación de la nueva legislación hacia una concepción más rígida de la buena fe procesal.

En cambio sigo substancialmente las tres grandes divisiones de la obra de Zani que, para un estudio completo, juzgo esenciales; si bien lo que allí se predica de la buena fe aquí se refiere al fraude. I.—La buena fe en el sistema y evolución del p. II.—Concepto y formas de actuación del dolo p. y de la mala fe en el proceso. III.—Formas de reacción del Derecho.

⁹⁷ Vid. sobre la substantividad infra cap. V, b) 1.

⁹⁸ Vid. supra cap. I, b) 3.

Con mucha frecuencia se recurre al principio de la buena fe, a la ética procesal (Prieto), para fundar la reprobación jurídica de un acto fraudulento. Pero en la mayoría de los casos esta actitud supone un rodeo, por cuanto se halla en el propio acto procesal una ilegalidad específica que es la mejor determinante de su ilicitud y que *por definición*, hay que admitir para que la infracción exista. Los objetivos que la maquinación persigue han de ser los siguientes: una norma jurídica (tomada la expresión en sentido amplio), uno de los principios fundamentales del proceso, un derecho subjetivo o un deber de naturaleza procesal. Sin embargo, en cualquiera de estos supuestos es dado hablar de la infracción indirecta de una norma jurídica y, por consiguiente, la norma será siempre la sede de la infracción. En efecto, el deber procesal o los principios fundamentales del proceso reciben su vitalidad de la disposición que los consagra y el derecho subjetivo lesionado por el acto cabe referirlo también a la ley de donde procede, considerando que se ataca, no el interés protegido, sino la norma protectora. No se excluye con esto que las manifestaciones del acto ilícito sigan una doble dirección. Por un lado atentando inmediatamente contra una norma jurídica para poner a salvo un interés propio, aunque sin perjuicio personalizable; del otro, infiriendo a terceros este perjuicio. O sea: la infracción es intransitiva en unos casos y transitiva en otros.

Con relación al proceso, el intento ilícito puede perseguir uno de estos fines: un negocio jurídico ilícito; un objetivo lícito en sí, pero ya caducado o prohibido por vía procesal; una elisión de ley; un fin lícito pero no autorizado y, finalmente, forzar la convicción del juez para obtener una sentencia favorable. Los tres primeros desvirtúan la función institucional del proceso —y a ellos puede el cuarto ser asimilado—, utilizándolo con un propósito incompatible con el orden jurídico (que constituye su función primordial), por cuya razón lo vician en conjunto. Hay aquí un atentado a la Justicia formal ⁽⁹⁹⁾. El último de los supuestos afecta nada más la licitud de los actos; en él se tiende, por medios reprobables, a conseguir que prevalezca en la decisión jurisdiccional la postura del litigante torticero, sea lícita o ilícita su pretensión. Aquí la regularidad del acto vicia *sólo una parte del proceso*, pudiendo dañarse con ella la Justicia material solamente ⁽¹⁰⁰⁾.

Es en este último problema donde se necesita trazar una línea demarcatoria que escinda en dos campos lo lícito y lo ilícito procesal. Es aquí donde hay que separar la maquinación de la astucia. Como ya enseñó Carnelutti, cuando las partes no están, de acuerdo, cada una trata de «llevar el agua a su molino». «El proceso es una lucha; y de la, lucha, hasta ciertos límites, no se puede excluir la astucia»... «Precisamente por esto no todas las tentativas de cada parte para hacerse dar la razón, aunque no la tenga, se pueden calificar de fraude. Aquí la intención no basta; es menester además una cierta calidad o intensidad del medio» ⁽¹⁰¹⁾. Efectivamente, la exactitud acompaña las afirmaciones del célebre procesalista italiano. En ocasiones se esgrimen nada más habilidades dialécticas, artilugios más o menos ingeniosos para obtener el triunfo, que únicamente se pueden considerar faltas veniales contra la ética procesal; pero otras veces la *intensidad del medio* coloca esta conducta en la «tierra de nadie», en la zona confusa entre los dos estados. Por eso es de interés establecer una regla práctica que sirva para discernir en qué momento se produce la irregularidad ya susceptible de originar la ilicitud.

⁹⁹ Es decir a la libre convicción imparcial, Vid *Proceso y forma. Ensayo de una ía general del proceso*, IV, 5.

¹⁰⁰ Vid. desarrollo de este concepto en la obra cit. anteriormente.

¹⁰¹ Vid. *Studí cit.* p. 26.

Siendo el contradictorio un derecho procesal de las partes, no es dudosa la calificación jurídica de su ejercicio con un fin antisocial. La teoría del abuso del derecho puede satisfactoriamente dar cabida a esta hipótesis. Pero ¿dónde termina el derecho y comienza el abuso? Un criterio fundamental puede ser establecido: el de que la *exposición es libre*, tanto en los hechos como en las pruebas; en cambio, su *aportación* ha de ser *sincera* ⁽¹⁰²⁾. Es decir, cada parte puede ocultar los hechos y omitir las pruebas que beneficien a su contraria seguir en su formulación el sistema que más le agrade, interpretarlos lo más favorablemente y razonar sobre ellos mediante cualquier especie de sofismas. En todos estos casos estamos ante la restricción mental pura, cuya utilización no trasciende de la dialéctica. Lo que no cabe ya es falsear la aportación introduciendo alegaciones inexactas o deformando mendosamente los instrumentos probatorios, pues estas actividades, no sólo son atentados a la lealtad procesal, sino que corrompen la premisa histórica del proceso y le hacen inservible para su fin. Con todo, para que quepa la represión jurídica, es requisito esencial que los hechos inexactamente alegados traten de advenirse mediante pruebas apócrifas predispuestas, pues, aunque la falsedad en la prueba es bastante para la sanción jurídica, no ocurre lo mismo con los hechos, los cuales se inutilizan con sólo contradecirlos y no alcanzan a pervertir la premisa histórica, ni, por consiguiente deforman el conocimiento judicial. Esta es la razón de su impunidad

Así, pues, se ha de distinguir la exposición, que es la dación de forma a los hechos, ya, desde el punto de vista de la lealtad procesal, irrelevante; y la aportación que, limitada a la alegación, tampoco la afecta, pero que produce irregularidad cuando la prueba es infiel ⁽¹⁰³⁾.

3. En el único trabajo de conjunto publicado en España sobre esta materia, el fraude aparece caracterizado así: «El fraude procesal, arguye en todo caso la infracción de una norma jurídica o, por lo menos, su empleo ilegítimo y torcido; pero se caracteriza... por el modo cauteloso como esa desviación se produce, por lo *habidoso* de la trama, por la, en muchos casos, *aparente innocuidad* de la maquinación ⁽¹⁰⁴⁾.

«Un elemento característico del fraude procesal —habla ahora Carnelutti— es el fin, que consiste en distraer el proceso de su curso, o lo que es lo mismo, de su fin natural. Este fin es la decisión de la litis según justicia, o, en otros términos, su justa composición» ⁽¹⁰⁵⁾.

Estas definiciones apuntan ideas aprovechables y son exactas desde la perspectiva en que se colocan; pero no pueden ser aceptadas en su integridad teniendo a la vista la totalidad de los supuestos de infracciones indirectas que cabe considerar.

Esto aparte, la pluralidad de formas en que se presenta el fraude no impide su conceptualización. Precisamente hay una identidad lógica en los diversos casos, que es la que permite dar a cada uno esta de nominación. Frente al elemento indefinible, que individualiza, hay el elemento

¹⁰² *Proceso y Forma, cit. p. 94. La reconvención implícita desde el principio de adquisición procesal, RDPr. III, 1, pp. 217 ss. Vid. t. GUASP, Juez y hechos en el proceso civil, .esp. pp. 29 y ss.*

¹⁰³ *Vid. PLAZA, La revisión civil y sus problemas, RDPr. a. II, n. 4, pp. 531 y siguientes.*

¹⁰⁴ *PLAZA, Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas, RDPrv. Nov. y diciembre 1943, p. 774.*

¹⁰⁵ *Loc. cit.*

definible, que es universal. Y la necesidad de la definición surge, cabalmente, de la diversidad de opiniones emitidas, tanto como de las exigencias sistemáticas del conocimiento científico, puesto que nada estorba más el éxito de las investigaciones que, el contraste de pareceres en cuanto al punto de partida.

Aleccionados por la dificultad conviene redoblar la vigilancia y extremar las cautelas. Aunque referentes a una cuestión distinta del objeto de este estudio, las palabras siguientes de Lord Macnaghten encierran una enseñanza provechosa: «El fraude es infinito en variedad, algunas veces es audaz y descarado; otras rinde una especie de homenaje a la virtud y entonces es modesto y recatado; sería la honestidad misma si fuera compatible con ella. Pero el fraude es fraude a pesar de todo; y es el fraude, no sus maneras (apariencias) lo que exige la intervención del Tribunal» ⁽¹⁰⁶⁾.

En las definiciones de Plaza y Garnelutti, caben demasiadas cosas, algunas de las cuales no se llevan bien juntas, porque su entidad es plenamente diversa. Así ocurre con la invalidez total del proceso y la de un solo acto procesal. Estos conceptos son, por tanto, excesivamente predicativos y se deben someter a una depuración analítica.

b) 1. Plaza, en su precioso artículo, ya citado, mantiene la equivalencia conceptual de dolo y fraude, siguiendo, como advierte, una corriente general. En una contemplación estrictamente positiva, como él mismo agrega, «sería difícil sostener otra cosa en Derecho español, que frecuentemente usa el término fraude como equivalente al de dolo (art. 673.7 756, núm. 6º. del CC), y en un caso señalado califica de fraude el dolo no patrimonial (así en el evento contemplado por el artículo 113 de dicho Código)» ⁽¹⁰⁷⁾. Creo, con todo, que, dentro de la especulación teórica, es del mayor interés diferenciarlos, no sólo por continuar así la tradición jurídica recibida ⁽¹⁰⁸⁾, cuanto por la conveniencia práctica de agotar el estudio de las «formas anormales», cuya multiplicidad el reputado tratadista señala.

Comprender el fraude en la esfera de la simulación, como lo hace Cunha, no es tampoco incongruencia ni yerro, pero con esto casi se elimina el problema *real* —uno de los cuatro señalados—.que viene propuesto por el fraude.

Conviene, pues, especificar la materia, independizando el fraude de los conceptos con que suele andar mezclado, pues, en última instancia, lo que importa es que la construcción sea lógica y fecunda en aplicaciones ⁽¹⁰⁹⁾.

2. De la propia contextura de este trabajo es posible deducir anticipadamente la línea de conducta que se ha de seguir en él, pues el haber hecho preceder un estudio del fraude a la ley al específico problema del fraude procesal indica que se ha fijado ya entre los dos una relación de parentesco. Y así es.

Para el objeto de las investigaciones presentes la noción nuclear está determinada en la de fraude

¹⁰⁶ *Reddaway y. Banbam*, 1896. A. G. 199, 221. Cit. por WILLIAMS en *The statute frauds. section IV*, Cambridge 1932, p. 222.

¹⁰⁷ *Op: cit. p. 776.*

¹⁰⁸ *Vid. sup. I, a) 2. y b) 1, sobre la distinción entre dolo y fraude.*

¹⁰⁹ *Certeramente lo expresa GOLDSCHMIDT en su Teoría Gen. del Proceso, p. 63.*

a la ley formulada con anterioridad. Ahora bien, una vez hecha la referencia de tal concepto al proceso, éste aparece, en contradicción con su fin, actuando, al servicio de un interés ilícito, como; instrumento defraudatorio: es una mampara bajo la santidad de cuyos fines se quiere enmascarar un resultado fraudulento.

Caracterizan el fraude procesal la coexistencia de cuatro elementos: a) que se produzca un resultado ilícito.; b) que el medio utilizado para ello sea una combinación de actos jurídicos que, independientemente considerados, no incurran en ilicitud; c) que tales actos jurídicos se conviertan en actos procesales por medio de un proceso que les sirva de aglutinante; d) que como consecuencia de una maquinación que acomode los actos al resultado ilícito se origine una utilización anormal del proceso. Sólo cuando concurren estas condiciones se estará frente a una hipótesis de fraude procesal. Según esto, el fraude procesal puede ser definido como *el desplazamiento de vigencia de un imperativo legal logrado por la utilización anormal del proceso*.

El carácter sumario y abstracto de la definición impone una precisión conceptual de la misma. Ante todo dimana de sus términos la identificación completa entre la acepción que aquí se da al fraude y una de las formas patológicas que, como tipos ideales, presentamos anteriormente. Se hace alusión a aquellas desviaciones que, según decíamos, experimenta el proceso, concebido como totalidad, en relación al fin institucional que lo preside. Ahora bien, no es fácil percatarse cabalmente del contenido lógico del problema sin una aclaración preliminar del significado que aquí se da a esa «totalidad procesal» de que reiteradamente se viene haciendo referencia.

Para que reine la claridad desde el principio conviene hacer una distinción —que para otros fines he formulado ya— entre el *proceso autónomo* y el *proceso instrumental*. Las dos categorías son paralelas a las de principalidad y accesoreidad o subordinación, substancia y accidente. El proceso autónomo es intransitivo porque sirve directamente la finalidad institucional del proceso. El proceso instrumental, por el contrario, es transitivo. No existe para servicio inmediato del fin institucional del proceso, sino que —como decía en otro lugar— «su finalidad es estrictamente procesal; se origina sólo para preparar o facilitar la actuación posterior de otro proceso. Es el *proceso para el proceso*, cuyos efectos se acusan únicamente dentro del Derecho procesal, mientras que el proceso autónomo está enderezado a conseguir un objetivo externo y tiene sentido por sí solo; es decir, vuelca, enteramente sus efectos sobre el Derecho material»⁽¹¹⁰⁾: es la acción principal en la epopeya de la realización del derecho. En cambio, el proceso instrumental sólo importa de puertas adentro, su eficacia es interna; separado del proceso autónomo carece de sentido; es un episodio complementario en la acción principal.

En el Derecho procesal actual, esta figura de los procesos instrumentales es muy abundante, porque su existencia obedece a una aspiración de Justicia: a lo que denomina Carnelutti —y aquí se puede predicar con acierto— la «justa composición de la litis».

Pues bien, la *totalidad procesal* es entendida en estas páginas en relación no sólo con el proceso autónomo, sino también con el proceso instrumental, aun en los casos en que éste se manifiesta con un proceso dentro de otro proceso.

En cuanto al propósito a que tiende el fraude, es menester as mismo hacer una aclaración: De ninguna manera puede entenderse exclusivamente vinculado a la maquinación insidiosa que sustrae un estado de hecho tipificado a la acción de la norma que verdaderamente lo regula. También ha de comprenderse dentro de la definición el caso en que la violación indirecta de la ley está destinado a inferir un perjuicio a una persona cualquiera.

Con estas precisiones terminológicas el sentido que aquí se da al fraude queda explicado. Sólo resta ahora enseñar la diferencia de matiz que, con la noción elaborada por otros autores se

¹¹⁰ *Proceso y forma, cit. IV, 4.*

advierete, y, en cuanto sea posible, justificarla.

Comparando, en primer término, con la opinión, ya citada, de Carnelutti (sup. a) 3.), se advierte, de primera intención, una coincidencia substancial. Sin embargo, sería falaz imaginar que, en el fondo, haya una compenetración de criterios. Realmente, aunque existe un principio de acuerdo, existe también una profunda discrepancia. El concepto de Carnelutti es mucho más amplio, puesto que comprende no sólo el proceso fraudulento (aunque la terminología se use indistintamente), es decir, el fraude mediante un proceso autónomo o instrumental, sino que a esto añade también aquellos casos en que por cualquier medio se impida la justa composición de la litis. Y, claro, dentro de un concepto así, quedan incluidas del mismo modo las maquinaciones fraudulentas aun cuando se limiten en sus efectos a un acto procesal específico; porque, aun en este supuesto, la justa composición de la litis resulta perturbada. En cambio, desde la posición en que me coloco, la irregularidad de los actos procesales no forma parte de la teoría del fraude. Por lo demás, el gran procesalista italiano se cuida de segregar los procesos que sólo existen para terceros del inventario comprensivo de aquella idea. Y ya se verá, más adelante, cómo en este punto, se ve asimismo un *puntillo* de modificación.

Esta amplitud de líneas que dispensa Carnelutti al fraude es compartida, en general, por el resto de la doctrina italiana, que le asigna la primacía entre las diversas formas de la mala fe procesal. Así, Costa ha podido afirmar que el proceso fraudulento es un género vastísimo que comprende el dolo unilateral y bilateral y el judicial ⁽¹¹¹⁾ ⁽¹¹²⁾.

Discrepa también la concepción personal del fraude de la que se mantiene en otros sectores de la doctrina al excluir el proceso concertado en perjuicio de terceros ⁽¹¹³⁾ y al encasillar al fraude entre las modalidades del dolo procesal.

3. Trazar una frontera ideológica entre el fraude y el dolo procesal, aplicando al proceso, sencillamente, los módulos discretivos de que el derecho material dispone, sería un comportamiento inadecuado, porque las circunstancias de hecho que vive el derecho material son radicalmente distintas de aquellas en que el derecho procesal se desenvuelve. A pesar de todo, no está de más reproducir escuetamente aquella cuestión. En este punto, expresa o tácitamente, están de acuerdo casi todos los procesalistas ⁽¹¹⁴⁾.

Como lugar de arranque, a los efectos de deslindar esta materia, puede valer la concisa fórmula de Servio: «*machinationem quandam alternas decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*» ⁽¹¹⁵⁾. Que tal sea la esencia del dolo no se discute. Labesn perfeccionó el concepto ⁽¹¹⁶⁾.

¹¹¹ *Op. cit.* p. 32.

¹¹² *Vid. t. ALBANESE, op. cit.* p. 19.

¹¹³ *Indirectamente, al considerar la estafa. Vid. KUFFTA, Der Prozess unter Berücksichtigung der neuen ZPO, en ZStW, LIV, p. 5, y otros citados después.*

¹¹⁴ *Vid. sin embargo LIPARI, Il dolo processuale, Palermo 1926, p. 27, pronunciándose diversamente.*

¹¹⁵ *D. IV, 3, 1,2.*

¹¹⁶ *Vid. Ibid.*

Pues bien, resalta de los términos de esta definición, y se recoge en todas, el carácter transitivo del acto doloso. Para que el dolo exista es necesario hacer recaer un perjuicio en otra persona. En el derecho material, que es primordialmente bilátero, resulta fácil inquirir el destinatario del dolo, pero en el derecho procesal, en donde el elemento subjetivo es infinitamente más complejo, el problema se complica de un modo notable. «En el dominio de los actos jurídicos de derecho privado —escribe Cunha— el dolo actúa normalmente, por la naturaleza de las cosas, en una de las partes declarantes. Un contratante (o un tercero) procura inducir a error al otro contratante, una parte pretende engañar a la otra. No es así en el proceso; ahí, ya las cosas no pasan con esa simplicidad de términos, La relación jurídica procesal tiene una estructura particular: surge en ella un elemento nuevo que no había antes: el juez. Todo el proceso tiende a la obtención de una decisión del Tribunal: de ahí resulta, sin necesidad de otra demostración, que el Tribunal será siempre, en análisis, sujeto pasivo del dolo» (117).

En una dirección análoga se había detenido Costa en diferenciar mediante tres motivos, el dolo material y el dolo procesal. La primera diferencia la funda en el sujeto pasivo, que en el dolo negocial es el otro contratante y en el procesal el juez (y no la parte). La segunda característica está constituida por la diversa posición jurídica que asume el dolo procesal en comparación con el dolo negocial, considerando el campo de acción exterior sobre el cual se manifiesta; mientras, de hecho, en el negocio, el dolo se desenvuelve sobre un terreno completamente libre y que está absolutamente fuera del derecho en cuanto éste surge solo cuando se concluye el negocio; en cambio en el proceso el dolo se manifiesta sobre un terreno que tiene ya en sí mismo una propia configuración jurídica, esto es, sobre la relación procesal, relación no sólo jurídicamente regulada, sino también de naturaleza publicística.

La tercera diferencia es estructural y depende del modo de actuar. El dolo negocial actúa sobre la voluntad del otro estipulante directamente, en el sentido de que crea falsas representaciones; en cambio el dolo procesal intenta transformar la falsedad urdida en falsedad judicial (118).

Estas consideraciones son exactas, pero introducen ya un punto de vista diferente en relación con las características del dolo utilizadas en el derecho material. Bien está considerar la presencia del juez como justificativa de especialidad. Con todo, al juez sólo de una manera distinta cabe considerarle como destinatario del dolo. En puridad, el perjuicio que viene deparado por el dolo, lo mismo en el derecho romano que en el moderno, ha de ser económicamente valorable; esto es, ha de ser de naturaleza patrimonial. Aun admitido el perjuicio moral que, apurando las cosas, cabría relegar al terreno de la metáfora, es evidente la incontrovertible desidentidad de supuestos (119).

No paran aquí las inconsecuencias. Observaba Guarneri-Citati en su polémica con Lipari, que «el dolo unilateral presupone no solamente el engaño del juez, sino del mismo modo también

¹¹⁷ *Op. cit. pp. 42 y ss.*

¹¹⁸ *Op. cit. pp. 48 y ss.*

¹¹⁹ *Opino, a pesar de la unanimidad de la doctrina en sostener lo contrario, que el juez no es el sujeto pasivo del dolo, sino únicamente un intermediario preciso para hacerlo llegar a la parte contraria en el unil. o al tercero en el bilateral. Vid. GUARNERI-CITATI, 31 dolo p. bíb. cit. pp. 35 y ss.; LIPARI, op. cit. p. 22.*

el del adversario o, cuando menos, el poner a éste en la imposibilidad de defenderse»⁽¹²⁰⁾. Lipari, después de haber sostenido la desemejanza substancial entre las dos formas de dolo, cambiaba de parecer sobre la base de la existencia de una analogía en las dos hipótesis de dolo en cuanto al sujeto pasivo se refiere⁽¹²¹⁾.

Verdaderamente, como afirmaba Guarneri, tales fundamentos de la similaridad son insuficientes. Pero, además, en ningún punto, salvo en el hecho de dañar a otro, cabe hablar de semejanza alguna. Procesalmente hay una disparidad incuestionable en el punto de ataque y en la eficacia de la maquinación. El dolo unilateralmente se dirige contra actos procesales concretos; el llamado bilateral lastima o pervierte la totalidad del proceso donde se consuma; la eficacia del dolo unilateral depende de un resquebrajamiento del contradictorio, la parte a quien afecta se puede defender y la contradicción es su gran antídoto; el dolo bilateral desampara y sorprende la buena fe de un tercero indefenso. Plásticamente se puede resaltar la diferencia: el uno es matar en duelo; el otro, asesinar por la espalda.

Aun desde el punto de vista del derecho material cabe tender contra el dolo bilateral un alegato definitivo. La tesis del dolo bilateral supone que existe un concierto entre pseudoligantes para obtener una sentencia en perjuicio de tercero. Ahora bien, este supuesto se sale del campo del dolo en el derecho material para entrar en el de la simulación. Veamos por qué.

Para inferir a otro un perjuicio de carácter patrimonial es indispensable ocasionarle una pérdida. Ahora bien, para lograr esto se necesita tomar contacto jurídico con él, coincidir en una relación jurídica. Y, como estamos en el ámbito del Derecho privado, no en el penal, la única vía posible mediante la cual es realizable la maquinación perjudicial dolosa —se excluye por principio la cuasidelictual— tiene que ser la vía convencional. Luego se requiere la existencia de un contrato; pero entonces, cuando menos una de las partes, la que padece el dolo, *es en absoluto ajena a él*, por definición. ¿Dónde está aquí la bilateralidad? En esta hipótesis, pues, hay que limitarse al dolo unilateral y, en el caso de que intervengan varias personas en el contrato, se tratará de una unilateralidad compleja, formada por la suma de varios dolos unilaterales, puesto que la esencia de la bilateralidad está en la oposición de intereses.

Pero pongámonos en la otra hipótesis. Supongamos a dos personas que conspiran sobre la celebración de un contrato cuyos efectos revertirán únicamente hacia terceros. Indubitablemente, como es requisito *sine qua non* del contrato la producción de efectos jurídicos entre los celebrantes, si éstos no existen aquél tampoco existirá. Pero entonces la expresión del concierto será sólo una forma vacía, sin contenido; no una realidad, sino mera apariencia. Para suprimir los efectos jurídicos del contrato, dado que la forma vale como derecho, es menester un *pactum simulationis* y entonces la referencia al dolo es inocua. Aquí sí se encuentra la bilateralidad, pero no cabe ya predicarla del dolo, sino de la simulación negocial.

Volviendo al terreno procesal, todavía es dable fedatar otra diferencia. En el dolo unilateral la maquinación no se hace *con el proceso, sino en el proceso*. Toda maquinación supone actos preparatorios que la enmascaren. Ahora bien, estos actos, salvo complicidad del juez, no pueden ejecutarse en su presencia; lo contrario sería condenarlos al fracaso de antemano. La preparación se hace fuera del proceso, es decir, lejos de la investigación judicial. Una vez que el acto se perfecciona sin haber sido tachado de inadmisibles, el dolo ha prosperado. Si la sentencia,

¹²⁰ *Colusione cit. p. 233.*

¹²¹ *Appunti sul dolo processuale bilaterale, RDPC 1828, I, p. 289; y op. cit. pp. 23 y siguientes.*

después, acoge la maquinación, el éxito es completo; pero la maniobra como tal ha terminado con el proceso. En cambio en él (pretendido) dolo bilateral la terminación del proceso remata sólo una primera fase de la maniobra; pero queda otra etapa por andar. Falta mezclar al tercero en el nuevo estado jurídico constituido aparentemente. Está preparada la trampa, pero hay que atraer a la víctima para que caiga en ella.

Todos estos razonamientos confirman la exactitud y la conveniencia del esquema tipificativo de las infracciones procesales indirectas que, apriorísticamente, se extrajo de la misma naturaleza del proceso. (Se debe, pues, distinguir entre irregularidad específica de los asertos procesales por infracción indirecta, a la cual en adelante se llamará dolo procesal, y la utilización anormal del proceso en un todo, lo que se calificó ya de fraude procesal, o, con otra denominación más sugestiva, de proceso fraudulento⁽¹²²⁾). Esta categorización, tan estable y fundada como cualquier otra, ofrece la ventaja, indudable para el análisis, de unir lo igual con lo igual, y apartar lo que por su semejanza pudiera ser motivo de confusión.

Un camino distinto es el que suele seguirse por la generalidad de la doctrina, como se dijo ya. La siguiente definición que Costa da del dolo puede servir de espejo: «El dolo consiste en corromper, y en corromper de intento, los elementos de hecho que la Velación procesal desenvuelve con el fin de permitir al juez la decisión de una controversia, o, en todo caso, de emitir la resolución jurisdiccional correspondiente. La ilicitud del dolo procesal se funda, por tanto, en la aptitud del mismo para transformar la falsedad procesal en falsedad judicial, deformando la libre manifestación de voluntad del magistrado»⁽¹²³⁾.

Como quiera, aparte de toda otra serie de razones, resulta evidente que los efectos que provengan del vicioso empleo de algún acto procesal aislado no pueden ser los mismos que los provenientes de un vicio que afecte a la totalidad del proceso, y, por consiguiente, el tratamiento jurídico debe cambiar en los dos casos. Ahora bien, si los efectos y el tratamiento difieren ¿cómo es posible sostener la igualdad, cuando precisamente la ontología jurídica está determinada por ellos?

Es, pues, aconsejable una modificación de las orientaciones doctrinales. El tratamiento jurídico, cuando la maquinación afecta algún acto procesal concreto solamente, diferirá del que se atribuya a la infracción indirecta cuando el proceso todo viene a ser la sede de la infracción. En el primer caso se origina un vicio de voluntad judicial, compelida por el acto doloso a realizar una valoración errónea, y entonces, como dice Scialoja, «la voluntad que se ha determinado por -error, dolosamente provocado, es, siempre, una voluntad y voluntad eficaz para el derecho, por cuya razón en semejante negocio jurídico, la declaración de voluntad, aun cuando viciada, existe jurídicamente; pero, consideraciones de orden moral hacen que convenga reprimir el dolo ajeno y proteger la persona que al declarar su voluntad, como consecuencia de tal engaño, generó, *ipso jure*, efectos jurídicos que pueden trocarse en perjudiciales».

En cambio, cuando todo el proceso es el objeto de la maniobra, acusa ya un vicio inicial y la resolución del juez no es tanto una voluntad determinada erróneamente, cuanto una voluntad carente de causa determinadora.

Esta visión del dolo no coincide, sin embargo, con la extensión asignada generalmente al dolo unilateral y, aunque se desprende la diversidad del hecho de circunscribir el dolo a los efectos

¹²² Esta es la denominación preferida por CARNELUTTI y si no se acepta aquí llanamente no es por otro motivo que la duplicidad de sentido que se causaría con ella.

¹²³ *Op. cit.* p. 54.

procesales, bueno es no desaprovechar la ocasión de advertirlo. El proceso fraudulento, tal como se concibe aquí, no excluye, de ninguna manera, la posibilidad de un proceso fraudulento en que una de las partes sea ajena a la maquinación de la otra.

Estas especulaciones teoréticas suscitan también un problema de orden práctico: el de la determinación del emplazamiento sistemático que se ha de dar respectivamente al fraude y al dolo procesal dentro de la teoría general del proceso. Indudablemente, el problema del fraude procesal tiene su asentamiento indiscutible en el estudio de los fines del proceso, distinguiendo los institucionales de los subjetivos y en éstos los normales o admitidos y los anormales. El dolo procesal es más difícil de acomodar en una sistemática inconcusa. Cabe enjuiciarlo como un vicio de voluntad de los actos procesales e integrarlo en la teoría del acto procesal o, lo que me parece más correcto, darle cabida en la doctrina de la alegación y prueba de los hechos como una forma patológica de las mismas. Para mí, tanto el fraude como el dolo constituyen otros tantos motivos de la teoría de las nulidades procesales, la cual es a su vez uno de los capítulos integrantes de la teoría de la Justicia formal.

4. Si en la manera de entender el dolo procesal había virtualmente unanimidad en la doctrina, que ligaba los conceptos de dolo y fraude, la distinción entre éste y la simulación ha sido largamente debatida. El problema merece toda nuestra atención.

Es corriente, en el examen de la cuestión, confrontar el lado útil que se obtiene del proceso simulado con las normas jurídicas en vigor. Si alguna resulta elidida —se dice— la figura de la simulación queda absorbida en la noción más vasta de fraude. El razonamiento parece satisfactorio; pero en realidad discurre por un terreno movedizo. Enseguida se verá esto comprobado.

En el año 1935, cuando se publicó la obra de Cunha sobre la simulación procesal, privaban en la doctrina ciertos criterios negativistas que él expone (¹²⁴). A duras penas, se abría espacio la posibilidad de la simulación en el proceso. Y, como, por otra parte, los escasos autores que se decidían por la tesis afirmativa se atenían con preferencia al fraude, el temario a que se confinaba la simulación era poco menos que nulo. Siguiendo el esquema del citado tratadista portugués, las doctrinas vertidas a propósito de la simulación procesal son clasificables en tres grupos: a) teorías negativas; b) teorías intermedias; c) teorías positivas. Consideremos sumariamente las bases lógicas de cada una (¹²⁵).

a) En este grupo la más representativa de las posiciones es la de Ferrara, quien la expresa así: «El juicio simulado se circunscribe aquellos procedimientos que se intentan, no para obtener la defensa de un derecho violado, sino para conseguir un resultado jurídico distinto, que coincide con las consecuencias procesales.

...En el caso de que las partes estén de acuerdo en que la acción no es más que aparente y en proceder con simulación en el juicio, tal voluntad es desconocida por el juez, que permanece extraño a los proyectos de aquéllas; con lo cual falta un requisito esencial para que exista la simulación, o sea, la participación de todos los sujetos de la relación de que se trata. Aquí, dice Kohler, existe simplemente una reserva mental sin ningún valor jurídico.

Así, pues, el llamado juicio simulado es un juicio verdadero»... (¹²⁶).

¹²⁴ Vid, SCIALOJA, *Negocios jurídicos edic. españ.* p. 260. Cfr. ROBERTI, *De processibus, Romae*, 1941, I, p. 290 y ss.; BADII, *Il dolo nel Codice di diritto Canonico, Roma 1930. Op. cit.* p. 75 y ss.

¹²⁵ Vid. CUNHA, *Simulação*, cit. p. 109.

¹²⁶ *La simulación*, cit. p. 1 32 y ss.

b) Ferrara, en apoyo de su tesis, recurría, no sólo a Kohler, sino también a la opinión de Sintenis. En cambio, a este último lo considera Cunha separadamente, como el patrocinador de una postura de transición desde donde se abrirá paso el concepto de proceso simulado. Ciertamente Sintenis se coloca más bien en una actitud adversa, pues la única hipótesis que presenta como simulación (ficción de un proceso para decidir una controversia meramente doctrinal) es una paradoja que ni merece la pena de considerarse. Parecidamente que él se pronuncia Zani ⁽¹²⁷⁾.

Toda esta crítica negativa se debe a la amplitud y relevancia dispensadas al fraude procesal. Si por una parte la figura del proceso fraudulento ocupaba todos los casos de simulación procesal en que se pretendía una finalidad ilícita y se integraban en el proceso aparente los en que se quisiera lograr un objetivo lícito, entonces ya es incluso innecesario advertir que no hay sitio que pueda ocupar la simulación.

c) Todos los tratadistas que Cunha estudia agrupados en el epígrafe de las doctrinas favorables al concepto de simulación procesal se dejan influir enteramente por el estado de la opinión reinante y conciben la simulación dentro de la esfera del fraude ⁽¹²⁸⁾.

Por su parte Cunha da una idea más precisa de la simulación, que juzgo totalmente aceptable. Su definición suena así: «Divergencia intencional y engañosa entre el acuerdo oculto de las partes y su desacuerdo aparente formalmente resultante este último del propio carácter contradictorio del proceso» ⁽¹²⁹⁾.

En cuanto a la distinción entre simulación y fraude dice: «El examen de la noción de simulación procesal conduce a... este resultado... ser la noción de fraude procesal menos extensa (que aquélla)». «En efecto, existiendo simulación procesal en todos los casos de entendimiento oculto de las partes sobre la causa, y de otro lado, siendo por definición, presupuesto del fraude *bilateral* la existencia de ese entendimiento, sigúese que si existiera fraude bilateral existiría también simulación». Pero no viceversa —concluye ⁽¹³⁰⁾.

Todas estas afirmaciones no se puede negar que son limpiamente lógicas, mas tampoco ninguna de las sostenidas de contrario incurre en tautología. Y es que, de hecho, no hay contradicción alguna sino en los rótulos. Estamos ante un fenómeno de nominalismo. La equivalencia de vocablos permitió negar la simulación desde el punto de vista del fraude, y restringir el alcance del fraude desde el punto de vista de la simulación. En efecto, la simulación, quiera conducir a un propósito ilícito, quiera a uno lícito, pero no autorizado expresamente por el ordenamiento jurídico, lleva consigo la utilización anormal del proceso, con lo que implica ya fraude a las leyes procesales que rigen la legitimación. Como consecuencia de esta peculiaridad, la simulación no es una categoría autosuficiente. No existe para sí, sino como medio de obtener un

¹²⁷ Vid. SÍNTENIS, *Der Simulierte Prozess, en Zeitschr. f. Civilprozess*, XXX 1902, páginas 358 y ss. T. ZANI, *op. cit.* p. 118 y ss.

¹²⁸ Vid. CARNELUTTI, *Contra el processo cit. en Studi*, p. 25 y ss CHIOVENDA, *Instituciones, edic. esp. I*, p. 52 y ss.; *Principios, edic. esp. I*, p. 118. ALBANESE, *op. cit.* página 8; COSTA, *op. cit.* p. 27; SCADUTO, *L'eccezione di simulazione di fronte al giudicato, en Circ. Giur.* 1892, p. 167 y ss.

¹²⁹ *Op. cit.* p. 174.

¹³⁰ *Op. cit.* pp. 174 y ss.

resultado distinto del que un proceso puro es susceptible de producir. Ahora bien, el fraude bilateral requiere, por esencia, ser construido sobre un caso de simulación y, de consiguiente, la existencia del fraude bilateral está condicionada por ella. Esta interdependencia recíproca hace que sea posible una dualidad de puntos de vista y que, según el predominante, se atribuya la prioridad a una u otra figura.

Según la dirección seguida por nosotros, el aspecto de la teoría gira sobre su base hasta cambiar de centro de gravedad. Ahora ya no es la simulación el único medio de que se dispone para consumir el fraude, puesto que cabe considerar circunstancias especiales en que se consiga la situación fraudulenta sin atenuar siquiera la contradicción.

Cabalmente, la simulación es una categoría instrumental; una de las formas —la más frecuente— que adopta la maquinación fraudulenta para encubrir su identidad, para rendir esa pleitesía a la virtud aludida por Lord Macnaghten. Claro está, por supuesto, que en el disfraz no está el peligro, sino en la intención que debajo del disfraz se esconda. La simulación en sí tiene poca importancia práctica; sus efectos: eso es lo que hay que vigilar. Que esto no arguye contra el estudio especializado es innecesario advertirlo; antes más lo aconseja la gran multiplicidad de sus formas.

Sobre si un proceso se puede considerar simulado, es decir, sobre sí la simulación es posible dentro del proceso, es definitivo el alegato de Cunha frente a Ferrara. La relación trilateral no es, como pretende el gran civilista italiano, un obstáculo insalvable opuesto a la idea de simulación procesal. Primero, porque teórica y prácticamente no es de negar en absoluto la cooperación judicial, por rara que ésta sea ⁽¹³¹⁾; en segundo lugar, el argumento se invalida pensando que la simulación no se refiere a la relación jurídico-procesal, sino a los actos procesales de las dos partes.

También con exactitud replica Plaza a Ferrara en estos términos: «Modestamente nos parece que esas frases ⁽¹³²⁾ del ilustre autor se contradicen en sus términos; si esa *apariencia* de proceso es una forma anómala, lo que es cierto, y una comedia para perjudicar a otro, lo que también es exacto, no nos explicamos cómo pueda reputarse juicio verdadero...» ⁽¹³³⁾. En efecto, si Ferrara habla primero de una acción aparente ¿cómo puede hablar después de juicio verdadero, siendo así que el proceso es imposible sin la existencia de una pretensión?

Esto aparte, la concepción del procesó como relación jurídica, de que Ferrara participa, es una de las más debatidas de la ciencia procesal, y, por tanto, es arriesgado fundamentarse en ella.

5. Ihering, en su «Espíritu del Derecho Romano», introdujo la expresión *proceso aparente* para designar los casos en qué el proceso se utiliza para obtener un fin *atípico*, pero lícito y consentido por el Derecho ⁽¹³⁴⁾.

La terminología fue substituida por la de, proceso impropio, categoría más vasta, pues alcanza ya a todos los tipos de proceso sin litis. Esto viene expresado por Carnelutti así: «La justa

¹³¹ *Op. cit.* pp. 112 y ss.

¹³² *Contribución*, cit. p. 860. Se refiere PLAZA a *La simulación*, cit. p. 441.

¹³³ *Loc. cit.*

¹³⁴ *Op. cit.* pp. 220 y ss.

composición de la litis fue establecida aquí como fin esencial del proceso de cognición, conviene, empero, recordar que existen, junto a este fin esencial, otros fines accesorios: estos son la constitución, la modificación o la resolución de una relación jurídica (proceso constitutivo) y la consecución de un título ejecutivo (proceso de condena). Normalmente estos fines accesorios coexisten con el fin principal... Mas hay también casos en que el fin accesorio subsiste sin el fin principal» (135).

El proceso impropio, así considerado, no tiene más parentesco con la patología procesal que el que deriva de su anomalía. Substancialmente todo proceso simulado trae consigo la inexistencia de verdadera litis; pero este punto de contacto se esfuma al entrar en escena la ilicitud, que hace desdeirse estas dos figuras. Sin embargo, enjuiciando a la luz de la teoría del equilibrio jurídico la génesis del *proceso aparente*, se puede señalar un momento de su devenir en que supone la simulación procesal como medio de eludir una disposición legal. En efecto: la teoría del equilibrio jurídico implica una reacción colectiva ante intereses también colectivos lesionados por una ley. Ahora bien, la forma de reacción más frecuente —se ha dicho ya— es el fraude a la ley, del cual el instrumento más solicitado es indudablemente la simulación. Cuando la simulación se presenta colectivamente en el proceso llega —lo mismo ocurre en el Derecho material (vid. sup. II, a) 4.)— a constituir, al margen de la ley, un estado jurídico que la hace inaplicable. El tránsito del tiempo, al dar a conocer el medio para eludir la norma, hace cada vez más frecuente su inobservancia. Entonces si el legislador, para evitar mayores males, convalida la situación de hecho regulándola jurídicamente, lo que fue en un principio proceso simulado, será en lo sucesivo un proceso impropio. Históricamente se conocen algunas de estas formas anómalas de procesos originados de este modo. Escribe Ihering: «Históricamente, es posible que el acto aparente no haya sido más que el último resto de un acto simulado erigido en regla por la costumbre y tolerado a la larga por el juez» (136). Y evidentemente, está en lo cierto, porque ¿cómo se puede sostener que el acto aparente tenga un origen legal cuando suponga un expediente complicado de hacer y, en cambio, el resultado que se consigue con él hubiera podido alcanzarse mediante un trámite sencillísimo?

Este es el caso de la *cessio in iure*, uno de los modos de transmitirse los derechos reales y otros absolutos, elaborada *extra legem* por los prácticos con el fin de subsanar una deficiencia del sistema jurídico. Era una reivindicación aparente —por eso, sólo extensible a los derechos reivindicables— por acuerdo de las partes en excluir la contra-reivindicación, de la cual brotaba la decisión pretoria de adjudicar la cosa al reivindicante. Era, pues, en su esencia un proceso en fraude bilateral que, una vez aceptado por el Derecho, ingresó en la categoría de lo lícito transformándose en un proceso aparente.

Salvo en lo que se refiere a considerar como procesos impropios al constitutivo y al de condena, de que disiento (por razones técnica procesal que no son del caso exponer), la substitución de vocablos es verdaderamente beneficiosa, pues una vez pronunciada la licitud de un proceso hasta ese momento en fraude, la simulación inicial que lo viciaba, se reduce a una forma jurídica, apta para producir los efectos que le son propios. Y el hecho de que la contradicción sea fingida no dice nada, pues procesos existen sin ella, como en la rebeldía. y en casos análogos sucede. Por esto Wenger sostiene (contra Ihering) la impropiedad terminológica, diciendo: «Cuando se

¹³⁵ *Lezioni di diritto processuale civile. II, p. 130; vid. t. DI SEREGO, Il processo senza lité, 1930.*

¹³⁶ *Op. cit. p. 221 y ss.*

emplea el término «proceso» en el sentido técnico del derecho clásico (instituido en la *litis contestatio*), no se puede hablar de un «proceso aparente» —a pesar de la terminología generalmente en uso— ni en la «*in iure cessio*» ni en otros casos, sino todo lo más de un «litigio judicial aparente» o de «proceso contencioso aparente;» (¹³⁷).

El proceso impropio, pues, en una de sus modalidades, plantea el problema de los efectos del fraude. Dando de lado los efectos jurídicos inmediatos, que se producen en cada uno de los casos concretas —los cuales serán materia de posterior elaboración —aquí se indican los de naturaleza política, resultantes de la acción extralegal del fraude. Irrefragablemente, cuando el fraude opera con cierta extensión e intensidad, crea un problema serio de Política del Derecho. Entre depurar las situaciones ajurídicas surgidas del fraude o dar estado legal al medio empleado, hay una cuestión práctica del mayor interés. Ciertamente que son posibles algunas medidas intermedias, como la substitución de la ley defraudada por otra nueva, pero tras estas medidas aquel dilema se reproduce.

En una ordenación jurídica como la romana, la convalidación jurisdiccional es fácilmente explicable. Pero en el Derecho moderno la derogación de la ley que, frente a la realidad social, es anacrónica o contraria al equilibrio jurídico, ha de aceptarse como un postulado. Al fin la fuerza coactiva del Estado reside en la comunidad, ejerciéndose de los más a los menos. Aquéllos, al acatar la ley, facilitan la ejecución de las medidas coactivas sobre los disconformes, las cuales, en otro caso, no se podrían llevar a cabo, porque, como Wílson advierte: «o la mayoría asiente o la ley es nula». (¹³⁸). Y nosotros estamos informados de la fuerza constitutiva del fraude.

Así, pues, he aquí, como consecuencia, el efecto histórico de la acción del fraude: dar estado jurídico a una situación inicialmente ilegal cuando los actos defraudatorios son reiterados en el tiempo y en el espacio. ¿La razón de este fenómeno jurídico? La energía creadora de la comunidad.

¹³⁷ *Instituzioni di procedura civile romana*, trad. ORESTANO, Milano 1938, p. 30^o.

¹³⁸ Vid. *El Estado*, edc. esp. II, p. 408.

IV

Síntesis esencial del concepto

- SUMARIO:**
- a) Concreción conceptual del fraude: 1. Alcance de la cuestión y casuística de las formas patológicas; 2. Elementos constitutivos del fraude procesal. 3. Naturaleza jurídica del proceso fraudulento.
 - b) Ilícitud jurídica y efectos del fraude procesal: 1. La tesis de la buena fe: su valor jurídicoprocesal; 2. Fundamentos objetivos de la ilicitud del fraude; 3. Análisis de los efectos jurídicos del fraude.

a) 1. Hasta este momento, después de haber esbozado un concepto del fraude procesal, nos hemos ocupado de precisar la distancia que lo separa de otras nociones afines. Esto equivale a trazar sus límites conceptuales; esto es, a examinar el fraude procesal *por fuera*. Resta, pues, ahora, verificar su caracterización interna; es decir, examinarlo *por dentro*.

Por razones de ordenación estructural del tema y sobre todo, con el propósito de articular debidamente los sistemas de inquisición e impugnación del fraude, conviene clasificar la múltiple diversidad de hipótesis en grupos concretos, según las relaciones de similitud que guarden.

Dos módulos discretivos se han adelantado ya, tácitamente, al diferenciar el fraude procesal desde la perspectiva del fin a que se oriente. En este sentido cabe distinguirlo atendiendo al tipo de proceso —autónomo o instrumental— en que se consume y a la finalidad material que se busque con él, que, o bien será la consecución de un interés a costa de terceros, o bien la simple defraudación de una norma.

En cuanto al modo, hay que especializar el *fraude trilateral*, cuando el juez participa también en la colusión; el *fraude bilateral*, cuando sólo las dos partes intervienen de unísono; el *fraude recíproco*, si el fraude es imputable a cada parte separadamente, y, por último, el *fraude unilateral*, en que una parte nada más es autora de la maquinación,

Hecha esta clasificación, es bien, caracterizar más en detalle cada uno de los miembros que la componen.

La expresión «fraude procesal» ha sido tomada por mí como designación genérica del conjunto de supuestos posibles en que, por *un proceso*, se trata mediata o inmediatamente de eludir una norma jurídica. Ahora se pretende establecer una designación particular articulada en el conjunto de las formas patológicas que puede padecer el proceso. El cuadro siguiente recoge todas las formas patológicas aquí admitidas y su clasificación y particularidades.

Formas patológicas referentes	A los actos procesales		Dolo unilateral
			Dolo bilateral recíproco
			Dolo judicial
			Dolo universal (sin colusión)
	Al proceso total	Clasificación subjéctiva	Fraude unilateral
			Fraude recíproco
			Fraude bilateral
			Fraude trilateral
		Clasificación objetiva	Fraude noxal
			Fraude a la ley estricto
	(Proceso impropio)	Fraude convalidado	

Los términos de esta clasificación son claros. Ateniéndonos al fraude, la clasificación subjetiva atiende a la participación y su forma: un sujeto, dos sujetos contrarios (parte contra parte), dos sujetos concordes, y tres sujetos, las dos partes y el juez. La clasificación objetiva se refiere, al fin según atente a inferir un daño de naturaleza ponderable o se reduzca a una fórmula arbitrada para burlar la ley.

Aparte de estos puntos, de vista, hay que trazar también otra distinción más general arrancando de la consideración de las diferentes especies de ilicitud que puede revestir el fraude, según exista o no una ley indirectamente infringida. En el primer caso (proceso fraudulento *stricto sensu*) hay una razón concreta de invalidez: la infracción de la norma; en el segundo (*proceso abusivo*), hay exceso de facultades al utilizar el proceso como un *acto de emulación*, pero no se descubre concretamente nada ilegal, aunque el proceso se desvía de su fin y carece de causa. (Vid. en la ley de 21-5-1936 la prohibición de algún tipo de proceso abusivo).

2. Integra la figura del fraude procesal un concurso de tres elementos: elementos subjetivos, elementos objetivos y elementos formales. Cuando alguien pretende producir un resultado fraudulento(objeto) mediante una maquinación escondida entre los fines institucionales del proceso (forma), se está ante un caso de fraude. Ahora bien, los elementos objetivos y formales permanecen constantes y los mismos; se individualizarán, es cierto, pero su esencia no por eso varía. En cambio, la estructura de los elementos subjetivos cambia de aspecto los casos de fraude.

La hipótesis más simple en que se puede presentar el fraude reduce el elemento personal al mínimo absoluto: hay un solo interviniente, el sujeto activo, que utiliza un proceso (sin suprimir siquiera la contradicción), con el propósito de sustraerse a la acción de una ley.

A medida que intervienen nuevos sujetos el supuesto se va complicando, aunque, en relación inversa, se facilita más la percepción del fraude. Cuando la infracción fraudulenta tiene un destinatario concreto en quien se asiente el perjuicio proveniente de la maquinación (fraude noxal), entonces entra en escena un sujeto pasivo, con lo que existe ya dualidad de personas. Si suponemos aún que se quiere consumir el fraude mediante la simulación del contradictorio, esto es, mediante la *conformidad en el desacuerdo*, entonces hay dualidad de personas activas. Y por último, si a la comedia de las partes se une la prevaricación del juez, la intervención personal adquiere su máximo. En todas estas hipótesis puede ocurrir que exista o no exista sujeto pasivo,

como puede también suceder que el fraude sea obra de las dos partes, una contra la otra (lo que denominamos fraude recíproco).

De todos estos casos la doctrina ha prestado atención preferente al que llama fraude bilateral, que es el que utiliza la simulación como instrumento defraudatorio. El concepto que se suele oponer a éste es el de fraude unilateral, que no destruye la contradicción, porque surge de una parte contra la otra, pero muchas veces se trata realmente de dolo.

Ciertamente, estos dos últimos casos son de gravedad desigual. Con razón afirma Carnelutti: «El mejor remedio contra el fraude es el contradictorio». Precisamente por eso, cuando el contradictorio es fingido, «cuando están de acuerdo las dos partes en el fraude, la cosa cambia bruscamente de aspecto... Aquí el poder saludable del contradictorio falta del todo; de hecho el contradictorio se reduce a una apariencia»⁽¹³⁹⁾.

Lo que cualifica el fraude bilateral es la simulación, que le hace poseer una condición jurídica *sui generis*. En efecto, en el fraude unilateral la anormalidad patológica radica en un *exceso de defensa* que, al no impedir el contradictorio, deja entreabierto la posibilidad de una sentencia justa. La parte amenazada de fraude dispone de la oportunidad de llamar la atención del juez sobre esto, con lo que se debilitan las expectativas del defraudante. En cambio, en el fraude bilateral, precede el *pactum simulationis*, que es un contrato en perjuicio de terceros⁽¹⁴⁰⁾, con cuyo auxilio se previene el éxito de los manejos insidiosos, y subsigue un pseudoproceso mediante el cual se arranca del juez una declaración determinada. Efectivamente, cuando media la simulación, habrá conformidad en los *hechos identificativos*⁽¹⁴¹⁾, es decir, en aquellos que individualizan la *hipótesis legal* aplicable y, por consiguiente, la tesis, que ha de ser la médula de la parte dispositiva de la sentencia, al constar la conformidad en el *supuesto jurídico*, le viene *impuesta* al juez⁽¹⁴²⁾.

Esta relevancia que se atribuye al fraude bilateral está, pues, justificada por la propia naturaleza de las cosas. Con todo, la doctrina ha pasado en silencio otras modalidades de fraude, menos frecuentes, eso sí; pero más sinuosas y de mayor gravedad, por tanto. Cuando el fraude unilateral proyecta sus efectos contra tercero ajeno al proceso, sin mediar acuerdo entre las partes litigantes sino que una de ellas lo ignora; o cuando se actúa una pretensión contraria al interés, que realmente se quiere conseguir, caso que constituye, en definitiva, un verdadero *proceso contra sí mismo*, entonces la sutileza y dificultad de la trama crecen todavía.

Pero aún cabe una circunstancia más crítica. Naturalmente una alusión así obliga a pensar en el fraude del órgano jurisdiccional. El caso es ahora más raro aún, pero gravísimo. Sin embargo, no por excepcionalidad debe excluirse de la investigación. Como observa Prof. Luigi Ferrara,

¹³⁹ *Contro el processo fraudulento*, cit. en *Studi* pp. 26 y 27.

¹⁴⁰ Vid. FERRARA SANTAMARÍA, *Introduzione allo studio dei contratti a danno dei terzi*, en *Rivista di Diritto privato*, 1940, pp. 994 y sigs.

¹⁴¹ *Hechos identificativos son aquellos que individualizan la litis*. Cfr. COSSÍO, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, s. f. pp. 84 y sigs. t. GUASP, *Juez y hechos*, cit. pp. 24 sigs.

¹⁴² Cfr. BECEÑA, *Caratteri generali del processo civile in Spagna*, en *Studi in onore Chiovenda*, pp. 7 y sigs. «Iniciado el proceso, el juez está vinculado a las alegaciones de las partes que determinan el objeto de la contienda»...

abajo todos los aspectos la figura de la culpa; del dolo procesal, en la ciencia jurídica de nuestros días, no puede y no debe» limitarse a los sujetos procesales que son *parte*, sino que por necesidad lógica y legal y además, por eventualidad de los hechos ha de extenderse a todos los sujetos procesales y, por tanto también al juez» (143).

Es discutible que pueda ser el juez sujeto activo del fraude, no sólo por el carácter especial de su intervención en el proceso, sin también y sobre todo, por la proximidad en que se encuentran los actos de fraude de los delitos contra la administración de Justicia (sic) (144).

Realmente hay una profunda diferencia entre el contenido de la infracción fraudulenta cuando el juez participa y cuando no. Elidida la ley por los particulares, falta aún para el éxito del fraude que se le dé estado legal en la sentencia. Como posteriormente se verá, el carácter indirecto del fraude procesal brota, tanto del modo cauteloso de la maquinación como de la interposición judicial, sin cuyo asentimiento jurídico el curso del proceso permanece inmutable (145). Todos los manejos de las partes requieren, pues, cierta cooperación del juez y, por consiguiente, ninguno infringe directamente la norma, sino sólo a través de la decisión jurisdiccional. Por tanto, mientras el juez no se interponga, el resultado fraudulento es inasequible) (146).

Cuando el juez conspira en la defraudación, el fraude no es ya una probabilidad, sino una certeza. Las partes actúan indirectamente contra la ley, porque se limitan a mudar el estado jurídico a través de una mutación del estado de hecho, lo cual es lo único que pueden hacer sin incurrir en la infracción directa. Pero el juez que obra a sabiendas, no cambia únicamente el estado de hecho; incurre además en la mutación del estado de derecho y, generalmente, ha de hacerlo por el camino de la infracción directa. Lo que en la parte sólo es intención exteriorizada, en el juez añade un resultado conseguido. La calidad de la violación es, por eso, distinta. El juez no actúa ya *extra legem*; su acto es, frecuentemente, *contra legem*.

Estas circunstancias peculiares de que se reviste el fraude por la participación del órgano jurisdiccional, no significan una negación absoluta del fraude trilateral, aunque restrinjan mucho su alcance. En ocasiones, la infracción indirecta es posible. Así sucede en el caso que motivó el

¹⁴³ *Delitto e quasi delitto giudiziario, en Luci ed ombre sul diritto nuovo. Milano 1942, pp. 177 y sigs.*

¹⁴⁴ *Estimo enteramente arbitraria la posición de nuestro CP vigente al colocar en el título VII del libro II los delitos judiciales cuando es así que son supuestos especiales del delito contra la Administración de Justicia e incluíbles por tanto en el t. IV. La exclusión del funcionario público, es decir, la reducción de estos delitos a los particulares es incongruente, pues el más hondo atentado a la Administración de Justicia queda así segregado. El art. 338 se refiere a un tipo especial de proceso simulado (en el orden penal), provocado por la simulación, a su vez, de un delito. ¿Por qué no se aprovechó la oportunidad para penar parecidamente la simulación civil que da lugar a un proceso noxal?*

¹⁴⁵ «No puede admitirse en el procedimiento judicial, escrito ni documento alguno presentado por los interesados, sin una providencia terminante a este objeto, ni puede practicarse actuación ni diligencia alguna sin que preceda la resolución del juez o Tribunal mandando ejecutarla.» *MANRESA, Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, II, p. 89. (5ª. edic.).*

¹⁴⁶ *Es el error ontológico de que habla GOLDSCHMIDT, Derecho Procesal civil, edic. espñ. p. 301.*

comentario de Ferrara, en el cual se produjo una divergencia intencional entre la motivación y la parte dispositiva de la sentencia. El tribunal había decidido por mayoría la absolución del reo por falta de prueba, pero el presidente (y extensor), al redactarla sentencia, procedió como si se tratase de fundamentar la inculpación del acusado, concluyendo finalmente por decretar su absolución por insuficiencia de las pruebas acumuladas contra él. Era de esperar que la incoherencia de la resolución hiciera intervenir al Ministerio Público, con lo que —y esto se pretendía— el Tribunal de Casación anularía el fallo que el Tribunal de reenvío, probabilísimamente, tendría que substituir por una condena... a muerte, dada la penalidad del delito (¹⁴⁷).

En este caso no se trata de violación directa de una norma, puesto que el deber de someterse a la mayoría estaba cumplido; el fallo tenía carácter absolutorio. Pero la ley callaba sobre una exposición de motivos contradictoria, lo que la hacía impune por ausencia de una de las condiciones esenciales del delito: la tipicidad (¹⁴⁸).

Por estas razones el fraude procesal y el delito, cuando interviene el juez, se tocan. El Código penal español; vigente merece en este aspecto ser objeto de crítica. Para él, los delitos contra la administración de Justicia se reducen a los cometidos por particulares. Y, al ocuparse de la prevaricación (arts. 351-356...) se refiere a la sentencia o auto injusto en asunto criminal o civil, lo que es moverse en el mundo de la utopía. Por lo demás, si excluimos el cohecho y la denegación de auxilio, es manifiesto que la mayoría de los actos ilícitos del órgano jurisdiccional no son punibles. Mejor que lanzar conceptos abstractos como el de sentencia injusta, cuya determinación tiene que resultar un *mare magnum* laberíntico, sería especificar supuestos tangibles de ilicitud concreta. Pero, en fin, estamos ante el *abstrusismo*, el pecado de la legislación moderna.

Faltos, pues, del apoyo de la legislación penal, no queda más remedio que ensanchar, aunque sea desmedidamente, la esfera del dolo procesal hasta ingresar en ella las infracciones imputables al juez.

3. ¿El proceso viciado de fraude es un verdadero proceso o es nada más un proceso aparente? Este problema, que, referido a la simulación, ha sido ya indicado, se reproduce ahora, otra vez, aunque desde distinto punto de vista, extendido a toda la comprensión del fraude.

Arguyen en pro del carácter real del proceso los efectos jurídicos que de él se derivan, lo mismo entre las partes que con relación a terceros. En cambio, militan por la tesis contraria no sólo la inexistencia de una controversia real o potencial, sino también la consideración de la falta de finalidad, que deja sin razón de ser el proceso fraudulento.

La teoría que no concibe el proceso sin contradicción (¹⁴⁹), goza de gran predicamento, pero no es unánimemente aceptada. Por eso, el decir de Plaza: «El proceso implica una controversia real o potencial, una contradicción entre partes, una situación de verdadera oposición que el juez zanja con su suprema autoridad»; para concluir después que «siendo así, lo que no existió nunca en la voluntad de los que litigan, aunque su declaración *ad extra* fuese muy otra, no puede

¹⁴⁷ Vid. *Lucí ed ombre*, cit. pp. 179 y sigs. I. ESCOBEDO, *La sentenze suicide*, 1942.

¹⁴⁸ FERRARA LUIGI, op. cit. núms. 3 y sigs.

¹⁴⁹ Véase PLAZA mismo: *Derecho Procesal civil*, edic. 2ª, I, p. 12.

producir ningún efecto útil»⁽¹⁵⁰⁾; tiene valor apodóctico para todos cuantos admitan la primera aseveración como un postulado; pero carece de fuerza probatoria para quienes la rechacen, pues, en último extremo, lo que se trata de demostrar es si puede, sin verdadera contradicción, existir un proceso. Ahora bien, este argumento, que empleado —y así lo ha sido— en el problema de la simulación, puede ser certero, es justificación insuficiente para el proceso fraudulento en general, puesto que se dan casos de fraude en donde la contradicción, antes que extinguirse, se recrudece. El mismo procesalista español permite sugerir una solución más precisa. Veamos.

Para que algo exista jurídicamente se necesita el concurso de cuatro elementos: un acto de voluntad, una causa, una finalidad y una forma. El acto de voluntad es la categoría subjetiva válida ante el derecho, que, como una de las manifestaciones del *ethos*, concierne a las voliciones humanas. La forma no es más que el conjunto de condiciones a que se subordina la concesión de los efectos jurídicos; es decir, que mediante la forma, un acto pasa del orden natural al orden jurídico; esto es, nace al derecho. Apurando la realidad, estas: los cualidades bastan, de suyo, para dotar de juridicidad a un acto; una vez que un acto de voluntad se reviste de una forma jurídica, es susceptible de tener alguna eficacia: cuenta ante el derecho. Sin el acto de voluntad o materia primera el acto no tiene entidad: es la nada absoluta; sin la forma, le falta la viabilidad; es la nada jurídica. Cuando voluntad y forma coexisten, el acto al exterior se presenta como bueno; aunque íntimamente sea defectuoso está protegido por una *apariencia*⁽¹⁵¹⁾ y es algo con lo que hay que contar, aunque sea negativamente, para destruirlo.

Ahora bien, el derecho exige, además, entre el acto y su forma, una determinada adecuación, tanto *en el principio* como *en el fin* del acto; esto es, una relación determinada entre la voluntad obtención de los efectos que se vinculan a la forma. Esta relación está expresada por la *causa*, que es el principio del acto, y por la finalidad, que es su determinación. Las dos son los polos en que tiene que apoyarse la forma para ser substantiva, a saber, perfecta, no una cápsula vacía o simple cobertura del acto, sino plenitud de contenido: substancia y accidente

Ya que la teoría de la causa es una de las más debatidas y confusas de todo el derecho, es imprescindible adoptar una actitud concreta. A los efectos de esta exposición se entiende por causa el motivo por el cual el orden jurídico establece cualquier institución de Derecho; y por finalidad la intención concreta que entraña el acto volitivo⁽¹⁵²⁾.

¹⁵⁰ *Contribución*, cit. p.. 860.

¹⁵¹ *Sobre apariencia jurídica, aunque no se acepte aquí el punto de vista material atribuido a esta teoría*, vid. BOLAFFI, *La teorie sull aparenza giuridiche*, en RDComm, í 934, I, pp. 135 y sigs. FISCHER, *Sein und Schein im Rechtsteben*, 1909; JONESCO, *Les effets juridiques de l'aparence en droit privé*, STRASBOURG, 1927; NAENDRUP, *Rechtsscheinforschungen Munster*, 1910; OERTMANN, *Grundsatzliches zur Lehre vom Rechtschein*, en Z. f. d. ges. Hinde'srecht, XCI, (1930); SOTGIA, *Apparenza giuridica e diebiarazione alla generalità*. Roma, 1939, IPSIUS, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, en Rev. Diritt. Privato, 1936, I, pp. 121 y sigs.; STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934; VERGA, *Osservazioni iu tema d'apparenza*, en Rev. Diritr. Privato, 1940, pp. 193 y sigs. En España, lo único especializado que conozco, BERGAMO, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho*, español, en Curso de conferencias (1945) en el Ilustre Colg. Notarial de Valencia, pp. 241 y sigs.

¹⁵² Vid. PRIETO CASTRO, *El fin en el contrato*, Zaragoza, 1932. Cfr. MAURY, *La notion d'equivalence en droit francais*, th, Toulouse, 1920 ZAKSAS, *Les transforman contrat du*

Pues bien, con estos antecedentes, la teoría de la inexistencia de un acto jurídico puede ser perfectamente aplicable al proceso. En efecto, un acto es inexistente cuando le falta alguno de los elementos esenciales (*sine qua non*) para que tenga validez. Estrictamente hablando, absolutamente indispensables son dos: la manifestación volitiva y la forma, sin los cuales el acto jurídico no puede ser concebido. Sin la primera cualidad deja de ser acto; sin la segunda, deja de ser jurídico. La ausencia, empero, de la finalidad o de la causa, hace que el acto sea jurídicamente irrelevante, pero no le priva de su apariencia de tal.

Esto sucede con el proceso fraudulento. Este, como compuesto de voluntad y forma, es capaz de producir algunos efectos (los efectos formales derivados de su apariencia de legalidad), cuya duración es la misma que la duración de su aparente validez. Pero el proceso fraudulento, sea simulado o no, atenta una finalidad distinta de las que la ley previene como admisibles, y aun se agrega a esta ilicitud la ausencia de causa, porque el hecho-madre, que es el fundamento pretensión, es irreal⁽¹⁵³⁾. En consecuencia, faltan al proceso fraudulento elementos esenciales de su existencia jurídica; luego no puede ser considerado como un proceso verdadero, sino como un proceso aparente.

Esta construcción jurídica del proceso fraudulento parece suscitar contra ella una seria dificultad. Es cierto que el fraude procesal, como utilización anormal del proceso, implica una desviación del fin próximo institucional, que es la razón de ser del mismo; pero ¿es posible el supuesto de que la finalidad ilícita coexista con la actuación de pretensiones lícitas en algún caso de fraude unilateral? ¿Cuál sería entonces la calificación del proceso? ¿Cabría también considerarlo aparente?

A la verdad, es necesario resolver negativamente el problema. Para que el fraude unilateral pueda afectar a la totalidad del proceso, es indispensable que lo vicie desde el origen, de tal modo que la litis por discrepancia con la realidad esté indebidamente planteada; esto es, se requiere que la litis iniciación sea improcedente⁽¹⁵⁴⁾, porque, de lo contrario, la maquinación, al no proceder de

contract et leur loi, 1939, núms. 155 y sigs.

¹⁵³ Es corriente hablar de los hechos individualizadores de la litis, pero esta :especulación es ajena al momento. Realmente el hecho-madre de la pretensión es uno sólo, aquel acto humano que irrumpe sobre un estado de derecho y da origen a la tesis legal. Las circunstancias del caso son los elementos que sitúan o enmarcan el hecho-madre, pero éste es uno sólo, porque es un solo acto de voluntad. El fundamento de la pretensión es un solo acto, por consiguiente, y lo que hay que determinar con las circunstancias de hecho es, precisamente, el estado de derecho. Otro problema distinto es el de la prueba del acto intromisivo. Por ende, integran la ley tres esencias: una jurídica, el estado de derecho, es decir la situación protegida; otra antijurídica, que es el acto que contradice aquélla; y una última coactiva que es la sanción del acto ilícito. En la sentencia el fenómeno es paralelo, hay una fase valorativa que estatuye: ha sucedido este hecho, otra de aplicación: la ley ha prescrito para el esta sanción; y otra de sanción concreta: luego sea esta sanción. Esta es la hipótesis que prevén corrientemente los juristas y filósofos del derecho, desde un punto de vista material; pero se olvidan de la sentencia declarativa en donde todo el fenómeno sigue una orientación distinta. Cfr. COSSÍO, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, Buenos Aires, 1944, pp. 66 y sigs.

¹⁵⁴ La litis iniciación es improcedente cuando la pretensión no recaiga sobre una relación jurídica real o se construya la litis desde un punto de vista prohibido por el derecho, esto es,

las dos partes, tiene que estar asentada en alguno o algunos actos procesales concretos, y entonces, se tratará ya de dolo y no de fraude procesal. Esta es otra de las razones por las cuales se debe segregar el proceso fraudulento de los casos de maquinación dolosa, puesto que en el caso de fraude procesal es necesario concluir la inexistencia real y el carácter aparente (mientras tanto) del proceso, y en cambio, en el dolo procesal sólo a partir de un momento determinado se da el vicio y cabe, por tanto, proceder a una reconstrucción o convalidación reparatoria ⁽¹⁵⁵⁾.

Por estos motivos, si todos los fines a que se endereza el proceso o los esenciales, por lo menos, estuvieran viciados de fraude, no sería justo referirse a un proceso real.

En cuanto a la objeción de los efectos jurídicos que surgen, es inconsistente. Y esto por dos razones. Una, porque los efectos jurídicos se deben derivar de la naturaleza jurídica del proceso, nunca anteceder a ella; otra, porque todos los efectos jurídicos que pueden ser tenidos en cuenta se explican satisfactoriamente mediante la consideración de la presencia de la forma. Hay una apariencia de proceso; pues bien, hasta que se, destruya esa apariencia, el proceso fraudulento tendrá eficacia, aunque no propia de su naturaleza, sino producida por asimilación al proceso real; sólo vale porque parece bueno ⁽¹⁵⁶⁾.

b) 1. Algunos Códigos procesales extranjeros ⁽¹⁵⁷⁾, establecen el de la buena fe procesal como uno de los principios rectores del proceso, al que todos los intervinientes deben sujetarse. En la doctrina son numerosísimos los autores que quieren asimismo extraer la ilicitud de las formas patológicas del que denomina Ferrara «deber jurídico de lealtad procesal» ⁽¹⁵⁸⁾.

Hace notar Albanese que la idea de la buena fe es connatural al proceso, pues, siendo su finalidad el reprimir el dolo material, repugna pensar que en él pudiera encontrarse. Concluyese, por tanto, la incompatibilidad del proceso con la idea de la mala fe ⁽¹⁵⁹⁾.

Estas apreciaciones son evidentes, pero están un poco lejos de la realidad para que puedan ser aprovechables. Paralelamente al deber de lealtad, está, como principio inconcuso, presidiendo el contradictorio, la estructura jurídica del proceso. Ahora bien, el principio de contradicción incorpora a la litis afirmaciones contrarias, y **la verdad es una**. Así vistas las cosas, pudiera parecer que el proceso se desentiende de los problemas morales y que el deber de decir la verdad

pensando utilizar el proceso con un fin anormal.

¹⁵⁵ *Es lo que sucede en el recurso de casación por quebrantamiento de forma que, según el art. 1766 de nuestra LEC. cuando se declare haber a él, se mandará devolver los autos a la Audiencia de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, los substancie y determine o haga substanciar y determinar. Vid. PLAZA, **La casación civil**, pp. 486 y sigs. Y lo mismo en la revisión LEC. Arts. 1806 y sigs.*

¹⁵⁶ *Vid. **Proceso y Forma cit.***

¹⁵⁷ *Así ZPO, párrafo 138; el Código procesal italiano, art. 88 y el portugués art. 665.*

¹⁵⁸ *FERRARA LUIGI, **Il dovere giuridico di lealtà processuale**, en *Foro ital.* 1939,1, 587.*

¹⁵⁹ *Op. cit. p. 2.*

no puede aplicársele (¹⁶⁰). En puridad, el proceso se desenvuelve en el mundo de las realidades. Parte de la existencia de dos posiciones antagónicas, aunque puedan ser, nada más, divergencias de puntos de vista. Como apunta Carnelutti (¹⁶¹), para que la mala fe raye los límites de lo lícito, se «requiere cierta intensidad de los medios»; se repite aquí el caso límite entre el *dolus malus* y el *dolus bonus* de los contratantes. Generalmente, el derecho positivo se inhibe ante las faltas a la buena fe que no tienen cierta relevancia. E indudablemente la eficacia jurídica que pueden tener será la nota distintiva. Para el orden jurídico, cuando el ataque a la buena fe tenga eficacia apreciable, empieza a salir ya del campo de lo lícito (¹⁶²).

Cierto es, pues, según esto, que, en el orden de los principios, basta el de la buena fe procesal para fundamentar la ilicitud del fraude. Pero la imprescindible relatividad con que tiene que ser acogido este principio por las necesidades de la contradicción le resta gran parte de su valor jurídico práctico.

Por otra parte, la buena fe va íntimamente ligada a la intencionalidad del agente. Si se toma en cuenta, además, el carácter subjetivista de toda verdad moral, que es conformidad entre el pensamiento y su exteriorización, es clara la inestabilidad lógica en que se coloca esta teoría que hace depender la valoración jurídica de los actos procesales de una investigación teleológica que, además de enigmática, es siempre poco precisa. Es muy fácil afirmar la invalidez de un proceso contaminado de mala fe; lo difícil aquí, es, cabalmente señalar cuándo existe la mala fe.

Es cierto que la idea de dolo y la de culpa lindan en esta vertiente resbaladiza; que los secretos de la voluntad no son impensables, ni ajenos al derecho, y que la relación procesal, como todas las relaciones jurídicas, ha de estar dominada por la idea de la buena fe (¹⁶³). Todo esto es cierto, pero no concluyente. Prueba demasiado. Puesto que todas las instituciones jurídicas han de estar circunscrita en la idea de la buena fe ¿por qué no se, predica la buena fe como fundamento y justificación de las transgresiones de todas ellas?

¿Qué es, en último extremo, la buena fe? ¿Cuál es su razón de obligar? Si aceptamos esta noción como fundamento, tiene que ser como fundamento remoto y entonces un cuestionario de preguntas como las precedentes nos sitúa por entero en el campo de la Moral. Se dirá, en réplica, que, como fundamentación, la del derecho tiene que ser metajurídica; y es verdad. Pero la fundamentación que necesita ser trascendente, no es una cualquiera, sino la *última*

¹⁶⁰ Vid. GUARNERI-CITATI, *Menzogna e dolo processuale*, en RDPC, 1929, II, pp. 77 y sigs. Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch des dtsh. Zivilprozessrechts*, 1927, pág. 60. T. SILVA MELERO, *El deber de decir verdad en el proceso civil*, en RGLI, 1936, pp. 718 y sigs. COUTURE, *El deber de decir verdad en el proceso civil* 1938; Calogero, *Prolita, lealta verídícita del proceso civile*, RDPC, I, 129.

¹⁶¹ Loc. cit. T. ALBANESE, *op. cit.* pp. 4 y sigs. Si bien éste afirma: «No es posible, pues, determinar apriori con criterios absolutos y precisos la línea demarcatoria entre la actividad procesal lícita y la ilícita...».

¹⁶² «El dolo procesal ilícito consiste en un comportamiento desleal dirigido a inducir al adversario a un acto **dispositivo perjudicial** o a impedir la defensa a la contraparte y al juez la formación del justo convencimiento». Albanese, *loc. cit.*

¹⁶³ CUNHA, *op. cit.* p. 17.

fundamentación, es decir, la fundamentación del derecho mismo ⁽¹⁶⁴⁾. Una vez que el derecho esté (por decirlo así) justificado, es ya un orden válido y autárquico, esto es, que exceptuado en ese punto de arranque, en todos los demás debe bastarse a sí mismo. De no ser así, la Justicia formal sería inexplicable y, por ello, todos los sistemas jurídicos serían injustos, puesto que sólo pueden sentir como una aspiración la Justicia ideal, pero no pueden realizarla.

La buena fe es, parecidamente, una aspiración del proceso, aunque considerada en absoluto resulta inasequible.

Por estos motivos, es preferible recurrir a argumentos de juridicidad más positiva que pudieran servir de motivación a una resolución judicial sin atraer la censura de los juristas, como sucedió un día con el deber de lealtad que, al ser, sin más, invocado en una sentencia, hizo decir a un jurisconsulto que hacía sentir su defecto de motivación, porque «es obvio que habría debido examinar todavía si en nuestro proceso aquellas reglas, forma y poderes disciplinarios del magistrado, de los cuales se derivaría la prohibición de la mentira, existen en realidad o no» ⁽¹⁶⁵⁾.

Para llegar objetivamente a la demostración de la ilicitud del fraude procesal se pueden elegir dos caminos. O bien, escogiendo un punto de vista material, se alega la infracción indirecta de la norma, que sufre, una derogación en cada caso concreto de fraude, o bien, ateniéndose estrictamente al derecho procesal, se arguye la utilización anormal del proceso ⁽¹⁶⁶⁾. Las dos formas son compatibles y, de suyo, coinciden en cada uno de los casos de fraude. El fraude procesal —ya se ha indicado— persigue un objetivo que, situado más allá del proceso ⁽¹⁶⁷⁾, es también por definición ajurídico. Por consiguiente, se puede fundar la ilicitud del fraude en la misma norma que indirectamente resulta infringida. Pero al mismo tiempo que infracción indirecta de una ley material (o procesal en los procesos instrumentales fraudulentos), hay también una perversión del fin próximo del proceso. El proceso normal está enderezado a la realización del orden jurídico ⁽¹⁶⁸⁾, el cual, en la ordenación positiva del Estado, subsiste únicamente porque puede asentarse en el proceso. Pues bien, el fraude procesal implica, al

¹⁶⁴ Cfr. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, trad. de L. LEGAZ, pp. 450 y sigs.

¹⁶⁵ GUARNERI-CITATI, *Menzogna*, cit. p. 76.

¹⁶⁶ Es, por otra parte evidente que la utilización anormal del proceso tiene que traer consigo la infracción de alguna norma **procesal**. De lo contrario la desviación del fin no podría ser concebida siquiera.

¹⁶⁷ Lo mismo se puede aplicar esta aserción al proceso autónomo que al proceso instrumental. En el primero es evidente el objetivo de derecho material que haya de ser perseguido. Pero en el segundo no es menos visible que lo que se pretende con la utilización del proceso instrumental ilícitamente ha de ser también una finalidad ulterior que, aunque sea siempre a través del proceso autónoma de repercutir en el derecho material. De lo contrario utilizar el proceso sería un contrasentido.

¹⁶⁸ Compárese esta afirmación con la del resto de la doctrina española y se verá una divergencia de matiz. PLAZA, *Derecho procesal*, cit. pp. 11 y sigs. PRIETO, id. pp. 3 y sigs. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Lecciones de derecho procesal*, I, pp. 9. v sigs. Esta orientación de la doctrina, es ir a buscar el fin remoto del proceso. Tal vez se vaya con esto un poco demasiado lejos, por que tal vez el orden social más que el fin peculiar del proceso lo sea específico de **todo** el sistema jurídico. Cfr. las principales obras extranjeras de la disciplina.

mismo tiempo que violación indirecta de una ley material o procesal, un atentado al propio orden jurídico que el proceso está destinado a proteger. Paradójicamente, quiere hacer del proceso un arma contra el mismo fin del proceso, instalando en la base del sistema jurídico, una contradicción. El proceso y el fraude son antinómicos, por tanto, y éste, al orientarse contra la justicia formal que aquél representa, lanza un ataque contra el mismo sostén del ordenamiento positivo. Precisamente por esto la propia existencia del proceso excluye en absoluto la del fraude, pues la opocisión de medios y fines lleva consigo la incompatibilidad.

Además de esta motivación de tipo general, es posible en cada caso concreto arbitrar otra. Siendo el fraude utilización anormal del proceso, ha de representar el desplazamiento de vigencia de algún precepto positivo referente a la concreta determinación del curso y modo cómo una pretensión debe ser actuada. También se halla en esta norma eludida un fundamento más de la ilicitud de todo proceso fraudulento.

Aparte, pues, de la maquinación contra una ley material, el proceso fraudulento envuelve otra maquinación contra una norma procesal específica. La teoría que ve en el fraude un supuesto de doble abuso de derecho tendría, según esto, en el orden procesal, una justificación mucho más cumplida (¹⁶⁹).

En fin, la dimensión jurídica que se puede asignar al fraude procesal tiene que expresar un valor negativo. Si el proceso fraudulento, por ausencia de algún elemento esencial, es sólo entronizable en el campo del derecho como una apariencia de validez y, en cambio, significa siempre un intento de subvertir el orden jurídico, es categórico que se valore dentro del hecho ilícito.

El fraude, especialmente, que se origina de un contrato en perjuicio de terceros, «es declarado ilegal, como tendente a perturbar la debida administración de justicia, aunque afecta al procedimiento civil y no al penal. Una persona que con el propósito de ir dilatando un litigio, incita indebidamente a otra a interponer una pretensión a que no tiene derecho, comete el delito de *maintenance* (¹⁷⁰), escriben Cheshire y Fifoot, exponiendo la posición del Derecho inglés sobre los contratos que tienden a perturbar la debida administración de Justicia (¹⁷¹). Y esta es, indudablemente, la posición más correcta que cabe mantener.

3. La decisión jurisdiccional no es otra cosa que el resultado de la identificación de los hechos hegemónicos (¹⁷²) constitutivos de una litis con la hipótesis legal de una norma. El papel del juez se reduce a la selección de los hechos a través de las aportaciones y demostraciones de las partes y de su propia investigación, y a encontrar el precepto positivo en que los hechos pueden ser acomodados con más exactitud. Una vez hecho esto, al juez no le queda nada por hacer. Virtualmente ha concluido el proceso, pues el fallo, la manifestación autoritaria, no consiste en la voluntad subjetiva del órgano jurisdiccional, sino en la *tesis* de la norma aplicada. El acto soberano que decide la litis está, únicamente, contenido en la ley; el juez no hace más que repetir aquel imperativo y confirmar su vigencia.

De aquí que la resolución judicial sea, en último término, la consecuencia de dos operaciones:

¹⁶⁹ *Vid nota.nº. 56,I.*

¹⁷⁰ *Law of contract, London, 1945; p. 228.*

¹⁷¹ *Cfr. WINDFIELD, Law of torts, edic. 2ª., pp. 676 y sigs. SALMOND, id. edic. 9ª. p. 666.*

¹⁷² *Vid. La reconvencción implícita, cit.*

la integración de la premisa histórica y la subsunción de los hechos en la norma. Entre estas dos operaciones hay un vínculo de dependencia que pone de relieve la singularidad de la premisa histórica. Así, pues, la decisión no es más que un corolario de la determinación de los hechos (¹⁷³).

Por esta causa —y más en el rigor del sistema dispositivo—, el sentido de la decisión judicial puede ser de antemano fundadamente supuesto (¹⁷⁴). Todo está en preparar antes adecuadamente los hechos, de tal manera que la sentencia sea, ni más ni menos, supeditada al arreglo previo de las partes. El juez monta el rompecabezas pero como las figuras se las proporcionan las partes, la resolución lógica (que es la normal) resulta forzada.

Cuando la sentencia se pronuncia inadvertido el fraude hay, por eso, apreciación judicial errónea (¹⁷⁵). Pero ¿qué clase de error es el cometido? ¿Se trata de *error in iudicando* o de *error in procedendo*?

Si el error *in iudicando* significa equivocación de dictamen, defecto lógico imputable a la subsunción (¹⁷⁶), y el error *in procedendo*, vicio de actividad que supone incumplimiento de la disciplina jurídica que preside el proceso (¹⁷⁷), resulta palpable que con el fraude procesal se consuman el uno y el otro. Ahora bien, no se origina aquí una mera coexistencia de dos infracciones independientes, sino de una unidad que se resuelve en dos manifestaciones distintas. La razón es muy clara. Los errores *in procedendo* o *in iudicando* se cometen en el proceso, y, por decirlo así, existen para el proceso, lo vician a partir de un momento dado, o impiden que la Justicia material se realice. El fraude procesal altera las cosas. Se sirve del proceso como de un medio, se lo subordina de tal modo que es el proceso el que existe para el fraude. Aquí, pues, no hay errores parciales; hay *error total* (¹⁷⁸).

¹⁷³ Cfr. GUASP, *Juez y hechos*, cit. pp. 29 y sigs. COSSÍO, *Teoría egológica*, cit. pp. 85 y sigs. y *El Derecho en el Derecho judicial*, cit. pp. 84 y sig. con un criterio diverso, pues el partir de la experiencia jurídica le lleva a considerar el *poder inmenso* del juez, recusando la tesis que ve en los magistrados «autómatas silogísticos de los preceptos legales». Su postura sorprende en un filósofo, al que, antes que nada, corresponde el examen de la deontología, y parece la de un jurista práctico. Es difícil, con todo, redargüirle, porque se basa en un hecho real: la inmutabilidad del acto de soberanía, pero no se olvide tampoco el régimen de recursos que hace muy peligrosa y en ocasiones imposible la desviación de la ley esp. formal.

¹⁷⁴ Cfr. CALAMANDREI, *La genesi lógica della sentenza civile*, en *Studi sul processo civile*, I, pp. 1 sigs.

¹⁷⁵ Vid CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, pp. 167 y sigs.

¹⁷⁶ Vid CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed errore in procedendo*, en *Studi sul proceso civile* pp. 213 y sigs.; t. CARNELUTTI, *Limite del rilievo dell'error in iudicando in corte di casziaone*, en *Studi*, I, pp. 367 y sigs.

¹⁷⁷ Vid CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed errore in procedendo*, en: *Studi sul proceso civile* pp. 213 y sigs.; t. CARNELUTTI, *Limite del rilievo dell'error in iudicando in corte di casziaone*, en *Studi*, I, pp. 367 y sigs.

¹⁷⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Nullità della sentenza derivata da processo fraudolento*, en *RDPC*, 1934, II, pp. 46 y sigs.

Cuando se dan los supuestos existericiales del proceso fraudulento, los hechos habrán sido manejados arbitrariamente y, por consiguiente, se puede deducir el carácter apócrifo de la premisa histórica. Entonces, si la premisa histórica es fingida, la sentencia está imposibilitada de referirse a una situación real. La porción de la realidad que se acota con ella es únicamente ficticia. La resolución afecta a un complejo circunstancial utópico; el acto soberano no se refiere a nada; luego la sentencia *no existe*, esto es: es esencialmente nula. Ahora, según el viejo aforismo: *quod ab initio viciosum est non potest tractu témpore, convallescere* ⁽¹⁷⁹⁾. Por otra parte, una sentencia inexistente ha de estar desprovista de todo efecto jurídico *propio*. Y, en efecto, a pesar de la contradicción aparente de lo real, la sentencia ganada en un proceso fraudulento no produce por sí ningún efecto jurídico. Su valor radica exclusivamente en la *forma*, pero el efecto capital de toda sentencia no se consigue. La validez de una sentencia que decide un proceso fraudulento es la validez provisional de una apariencia de titularidad; o es propio de la sentencia, sino un corolario de su forma ⁽¹⁸⁰⁾.

Así, pues, los efectos positivos de una sentencia son los puramente formales. Los efectos negativos, en cambio, nacen de dos hechos conjuntos: la inexistencia jurídica del proceso fraudulento y la ilicitud de la maquinación. Por el primero cabe destruir la validez formal; por el segundo, sancionar la violación indirecta.

Si la decisión jurisdiccional se puede considerar inexistente por defecto de causa, ya que no existe la premisa histórica, es consecuente deducir la validez de cualquier procedimiento revocatorio, con tal que el derecho positivo no le oponga un obstáculo expreso. Cuando quepa la reforma en defensa de la ley material o en defensa de la ley procesal, el fraude se puede comprender en estas hipótesis; cuando quepa por adulteración del material de hecho o por indefensión de una parte, también en estos casos es incluible el fraude.

Por consiguiente, la sentencia que surge de un proceso fraudulento es susceptible de todos los medios de impugnación de que el derecho positivo disponga. Más adelante se verá si, con el auxilio de la cosa juzgada, puede alcanzar alguna vez estado de derecho, problema complejo éste que requiere ser considerado con mayor extensión.

En cuanto a las sanciones jurídicas, además de la nulidad, es evidente, que debe recaer sobre el litigante fraudulento la sanción específicamente procesal de las costas, no sólo en el proceso en que se haya cometido el fraude, sino incluso en cuantos procesos sean necesarios para deshacer los efectos perjudiciales que de él derivan. Así se impone el resarcimiento de gastos en favor del litigante defraudado, más los daños y perjuicios que se le haya ocasionado con el fraude. En estos principios están de acuerdo todos los autores ⁽¹⁸¹⁾ y nuestra LEC, para la cual la base de la condena en costas es la temeridad o mala fe da amplio fundamento a la formulación de esta hipótesis.

Es en el artículo 1.902 del CC. donde la Jurisprudencia ha insertado el principio del resarcimiento, en cuya virtud pesa sobre el litigante de mala fe el gravamen de reparar el daño

¹⁷⁹ D. L., 17, 29.

¹⁸⁰ Cfr. MÁRQUEZ, *Nulidad, y subsanación «ex officio» en el proceso civil en RDPI n.º 1*, pp. 15 y sigs., si bien incompleto, porque se limita a la nulidad referida a los actos.

¹⁸¹ Vid. CHIOVENDA, *La condena en costas*, trad. espñ. de XIRAU; T. PLAZA, *Los daños y perjuicios procesales*, en *RDPr*, 1945, pp. 508 y sigs.

Causado por culpa o negligencia ⁽¹⁸²⁾. La terminología del CC. no autorizaba evidentemente la extensión interpretativa; pero, en cambio, el sentido lógico de la disposición constriñe a colocar aquí el fraude procesal, pues, indudablemente, a falta de otra disposición reguladora, se tiene que recurrir a una aplicación extensiva, pues no se puede considerar excluido el fraude (lo más), cuando la culpa (lo menos) está debidamente sancionada.

Por otra parte, como Xirau advierte, son varios los casos en que la LEC condena en costas, daños y perjuicios. Así, p. e., artículos 385, 625, 1.412... etc. ⁽¹⁸³⁾.

En resumen, los efectos positivos de una sentencia originada en un proceso fraudulento, son, por virtud de su forma, los mismos que los de una sentencia justa, pero pueden ser objeto de revocación por cualquiera de los recursos arbitrados contra las sentencias, y la prueba y determinación del fraude trae consigo la condena en costas del defraudante, tanto en el proceso revocatorio como en el proceso fraudulento en que se consumó la infracción (la cual impone la obligación de resarcir al vencedor que incurrió en fraude) y además se habrán de indemnizar los perjuicios ocasionados; esto sin perjuicio de la sanción penal o corrección disciplinaria que sea procedente.

¹⁸² Vid. BECEÑA, *Costas en el procedimiento civil*, RDPriv, 1922, pp. 33 y sigs.

¹⁸³ Vid. XIRAU, *notas a CHIOVENDA, La condena*, cit. pp. 227 y 233.

V

Diagnóstico y prevención del fraude

- SUMARIO:**
- a) La maniobra fraudulenta: 1. El mecanismo del fraude procesal y sus límites frente al delito de estafa; 3. La actividad judicial como objeto del fraude; 3. La maquinación y sus formas.
 - b) La investigación del fraude procesal: 1. Indicios y diagnóstico en cada tipo de proceso; 2. La prueba del fraude.
 - c) Medidas preventivas en el tratamiento del fraude: 1. Los poderes procesales y su influencia en la prevención del fraude; 2. Otros medios de prevención.

a) 1. Toda maquinación fraudulenta, aun en la inmensa multitud de formas que puede presentar, supone, como aglutinante común, la deformación artificial de un estado de hecho o bien su constitución aparente. En esto está la universalidad del fraude, el elemento esencial que lo caracteriza. Ahora bien, antes de enjuiciar teóricamente aquellas notas *quidditativas* que son expresión del modo de proceder en casos de fraude, conviene describir algunos concretos para inducir a continuación la regla abstracta a la que se acomodan. Así se dan juntamente explicación y confirmación a las hipótesis.

Un excelente *ejemplo* de fraude unilateral de trama ingeniosa y escurridiza, al borde del fracaso, motivó un substancioso comentario de Calamandrei ⁽¹⁸⁴⁾ y puede servir también aquí de pauta.

De la exposición de Calamandrei resulta que, cronológicamente, la maniobra fraudulenta se desarrolló así: Preparando el fraude, *A* condujo un día a *X* y a *Y* a la fábrica de tejidos de *C* y, una vez allí, *A* celebró con *Z*, en presencia de los dos testigos (que desconocían a *C*), una conversación, haciendo pasar a aquél por éste, y en la cual, el supuesto fabricante afirmaba haber recibido de *B* orden de consignarle para *A* una cierta cantidad de género. Después de esta *preparación*, *A* demanda a *B* por inobservancia de contrato, suplicando la condena al resarcimiento de daños, pues «obligado contractualmente a entregarle una cantidad de piezas de tejido, no lo había efectuado. En la prueba testifical, llamados *X* e *Y*, describen con la mejor buena fe la escena a que creen haber asistido y, sobre la base de su testimonio, es condenado *B* al resarcimiento de los daños.

Prescindiendo ahora de cómo la maquinación fue descubierta, interesa nada más resaltar el procedimiento empleado.

Como el proceso implica la actuación de una pretensión fundada ⁽¹⁸⁵⁾, la primera dificultad que tiene que vencer quien desee aprovecharlo para consumir una maniobra fraudulenta, es, necesariamente, disponer el *fundamento* de la pretensión. Ahora bien; cada pretensión tiene por causa (voy a seguir aquí la terminología de Carnelutti) un conflicto intersubjetivo de intereses que es, al mismo tiempo, fin próximo de la actividad procesal ⁽¹⁸⁶⁾. Se precisa, por consiguiente, o bien la existencia de una zona conflictual, o, por el contrario, aparentarla primero y obrar después como si estuviera constituida. No basta, sin embargo, ataviar los hechos o fingirlos hasta que, desde un supuesto realmente imaginario, coincidan con la *hipótesis* de una norma. La decisión jurisdiccional depende, antes que nada, de la prueba. Por eso es indispensable

¹⁸⁴ *Fonte della scoperta e prava della scoperia del dolo nella revocazione, en Studi, II, páginas 389 y ss. y en RDPC 1928, II.*

¹⁸⁵ *Vid. GUASP, Comentarios, cit. p. 15.*

¹⁸⁶ *Vid. Sistema, II, pp. 214 y ss. Una interferencia en mi terminología.*

preconstituir además algún medio de prueba que pueda arrastrar la convicción del juez. Estos fueron los trámites que se siguieron aquí. El tratamiento jurídico del proceso fraudulento desde que se logró descubrir, no podía ser más sencillo. El defecto de *causa* de la pretensión originaba naturalmente la irrelevancia jurídica del proceso y la anulación, por tanto, de todos los efectos jurídicos que hubiera podido producir. También, a consecuencia de esto, se imponía una reversión de la condena en costas y daños, valorando unas y otros según el conjunto de procesos requeridos y habidos para ganar la revocación de la sentencia ganada en fraude ⁽¹⁸⁷⁾.

Pero todos estos no son más que los meros efectos jurídicos civiles que debieran sobrevenir al defraudante por la anormal utilización del proceso. Ahora bien, por medio de su maniobra se producía un perjuicio patrimonial logrado por medio de un engaño; ¿no hay tras esto un verdadero delito de estafa?

Muchas veces se ha intentado construir la teoría de la estafa procesal a partir de la realidad de estos dos hechos. Sin embargo, no se ha logrado aún formar un estado de opinión más, o menos definitivo, porque las soluciones aportadas son numerosas y contradictorias. Esquemáticamente se puede trazar el siguiente cuadro de doctrinas:

A) Tesis negativista, que declina la posibilidad de la estafa procesal alegando *a parte subjecti* la falta de relación causal eficiente entre la maniobra fraudulenta y la resolución judicial, y *a parte objecti*, la ausencia de daño material procedente del pretendido acto delictuoso, ya que el engaño da lugar sólo a la deformación del conocimiento del juez y el perjuicio material (elemento del delito) brota únicamente de la sentencia, que es un acto jurídico ⁽¹⁸⁸⁾.

B) Una posición enteramente contraria afirma la absoluta posibilidad de la estafa basándose en la causalidad indirecta que reputa bastante para la producción del delito, y en la existencia de un lucro ilícito surgido del fraude ⁽¹⁸⁹⁾.

C) Una *teoría intermedia* establece un distingo, admitiendo la estafa cuando el medio utilizado como instrumento defraudativo es suficiente para forzar la convicción del juez, ya por la naturaleza del proceso (contumacial, ejecutivo, monitorio), ya por la del objeto falseado (prueba), y negándole, en cambio, cuando no concurren estas circunstancias, esto es, cuando la falsedad afecta solamente a los hechos y existe oportunidad para contradecir ⁽¹⁹⁰⁾.

A la vista del caso práctico enunciado, la posición aceptable parece la tercera, aunque los

¹⁸⁷ Cfr. CHIOVENDA, *La condena en costas trad. espñ. de XIRAU*, pp. 406 y ss.

¹⁸⁸ Vid. p. e. KOHLER, *Treu und Glaubem im Verkebr*, 1893, pp. 50 y ss. BINDING, *Lehrbuch d. gem. d. Strafrechts Best*, t. Leipzig, 1902, 1, p. 350. MEYER, *Lehrbuch. Strafredhts*, Leipzig, 1907, p. 478; HAMM, *Betrug gegen den Prozessgegner durch Täuschung des Richters*, en *D. I. 2*, 1908, p. 1028; ZANI, *Della truffa processuale*, en *RDPC* 1926, II, página 258. COSTA, *op. cit.* p. 184; ALBANESE, *op. cit.* p. 74.

¹⁸⁹ ROMMEL., *Der Betrug*, 1894, pp. 55 y ss.; HOFFMANN, *Das Prozessbetrug*, 1914, pp. 43 y ss WURZER, *Die Lüge in Prozess*, 1920, p. 494; RIETZSCH, *Prozessbetrug und Wahrheitspflicht*, en *Deut. Strafr.* 1934, p. 9.

¹⁹⁰ GÖRRES, *Über des. Verschulden in Prozess*, en *Z. f. d. Z. P.*, 1905; MICHEL, *Des Strafbare Betrug im Zivilprozess*, en *Strafrechtl. Abhandl.*, 1898, p. 17; HEGLER, *Betrug in Vergleich*, en *Darstellung des dut. und ausländ. strafrechtl.*, Vil, p. 405.

argumentos generalmente esgrimidos en su defensa sean flojos. Verdaderamente, al depender la decisión del complejo techo prueba, está —sobre todo con el principio dispositivo— en cierta manera determinada, cuanto más si las pruebas falsas aportadas son las únicas que pueden presentarse, por la dificultad de acreditar los hechos negativos o por otras razones cualesquiera. En el mejor de los casos, cuando el juez investiga de oficio, se da la posibilidad de que descubra la superchería; empero, si no la descubre y sí la sentencia está determinada por los hechos, si el juez está obligado a no salirse del *thema decidendi* y éste se le impone, ¿cómo se puede negar la conexión causal entre el artificio y la sentencia? Cualitativamente es de rigor afirmar que este extremo no arguye contra la identidad lógica que puedan presentar el fraude y la estafa. Si de hecho el fraude procesal no es una figura *tipificada*, se podrá sostener su impunidad; nunca que conceptualmente no pueda coincidir con la estafa.

Mucho más correcta que las otras posiciones negativistas es la tesis de Manzini al señalar que «estando limitada la punibilidad del fraude procesal a los casos previstos en el artículo 374, es evidente su voluntad de excluir de la sanción los demás supuestos posibles de fraude procesal»⁽¹⁹¹⁾. Estos argumentos son incontrovertibles por el principio de la tipicidad que gobierna la penología; pero no se puede decir otro tanto de la siguiente de sus afirmaciones, cuando sostiene que sólo en la ejecución *voluntaria* (¿no será paradójica esta fórmula?) de la sentencia y no la coactiva, puede hablarse de estafa, porque «estando el sujeto pasivo compelido a dar o hacer, faltaría evidentemente un requisito esencial de la estafa y aun no existiría, por falta de violencia o amenaza, motivo (para calificar el hecho) de *coacción*»⁽¹⁹²⁾ ⁽¹⁹³⁾.

Sin desconocer la sutileza de esta doctrina, que extrae, del elemento de voluntariedad que provoca el engaño en la consumación de la estafa, un resorte psicológico para excluir el fraude legal, hay que confesar que esta delimitación, que el gran penalista italiano establece, sólo vale para una determinada posición de las cosas. No podríamos discutir su aplicabilidad para el Derecho italiano y aun para el Derecho español, en donde, como todas las manifestaciones tipificadas del delito de estafa consisten en un atraerse la voluntad capciosamente para que de *grado*, aunque *inadvertidamente*, se avenga una persona a realizar un hecho que le infiere pérdidas, resulta que no hay medio de asimilar un caso a los otros tipificados cuando carece de esta cualidad. Con todo, no se puede negar la contingencia de esta línea fronteriza que queda a merced de las pautas legislativas. Por esto, desde un punto de vista contrario, la más reciente doctrina alemana es de otro parecer y la Jurisprudencia de este país, interpretando el párrafo 138 de la ZPO («Las partes han de hacer sus declaraciones sobre las circunstancias de hecho con toda plenitud y conforme a la verdad»⁽¹⁹⁴⁾) ha manifestado ser posible la estafa procesal aun en el caso de mentira procesal (*prozesslüge*)⁽¹⁹⁵⁾. Tal vez esta opinión sea también demasiado avanzada

¹⁹¹ *Trattato di Diritto Pénale italiano secondo il código del 1930*, IX, parte 1ª, pp. 565 y siguientes.

¹⁹² MANZINI, *loc. cit.*

¹⁹³ Cfr. ESCOBEDO, *op. cit.*

¹⁹⁴ Vid. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal*, cit. p. 791.

¹⁹⁵ Cfr. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, 1941, p. 272. GOEDEL, *Prozessbetrug*, en JW. 1937, p. 1760; WOLF, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Prozessbetrug*, en JW. 1938, página 1921.

No se concibe que la falta de verdad de una parte sea causa de un perjuicio patrimonial, si no va seguida de una adveración con medios de prueba falseados, más que en el supuesto de una inactividad tal de la parte perjudicada que dé lugar a la actuación de la *ficta confessio*, y en este caso hablar de la estafa procesal me parece excesivo.

Por estos caminos, que el *orden público* del proceso acabará por imponer, los efectos del fraude procesal pueden en muchos casos salirse del campo estrictamente civil y alcanzar la esfera de lo penal.

Otra excelente modalidad de fraude procesal, que puede servir de modelo de colusión y de lo que hemos denominado proceso contra sí mismo, es la siguiente: Un deudor que, próximo a declararse fallido, quiere eludir el pago a sus acreedores, imagina, de conformidad con su abogado, el siguiente ingenioso sistema: Demandará al propio abogado con notoria temeridad, multiplicando incidentes y cuestiones, para, después, encubierto por la condena en costas, verificar, como inocentemente, la sustracción de gran parte de sus bienes (¹⁹⁶).

La previsión de las disposiciones vigentes en materia de quiebras ha logrado en buena parte restringir, por medio de los efectos retroactivos de la declaración de falencia, muchas posibles situaciones de fraude de acreedores; pero, ni aun a pesar de la nulidad de pleno derecho, establecida como presunción general para los actos de administración y dominio (art. 136 del CCo. de 1829), ni siquiera por la especificación casuística de las anulabilidades, está directa o indirectamente previsto como nulo el proceso fraudulento, ni, por tanto, existe obstáculo jurídico alguno que desbarate *a priori* la maquinación. Sólo queda, por tanto, a los acreedores el recurso de la acción pauliana, que está gravada por el evento de probar el difícilísimo *consilium fraudis*.

En este caso la esencia de la maniobra, como derivada de fraude bilateral y, por ello, de simulación, es un convenio anterior al litigio aparente (*pactum simulationis*), por el cual se pretenden suplantar los hechos reales por hechos apócrifos. Ahora bien; aquí la contradicción existe de verdad, puesto que a ella está condicionado el éxito del fraude), lo que se finge aquí es el *conflicto de intereses*, con lo que se quita ya la razón de ser del proceso (¹⁹⁷).

Desde el punto de vista penal no se podría en este caso aludir a la estafa, simplemente por estar tipificado como defraudación en los Códigos el hecho de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores (¹⁹⁸), lo que, una vez más, demuestra lo relativo de todas estas delimitaciones que sólo arrancan de una especificación legislativa.

En estos y otros supuestos se ve, pues, cómo el objetivo del fraude procesal está en corromper la premisa, histórica como medio para lograr que se extraiga del proceso un fin anormal, de suyo inasequible. La deformación de la premisa histórica es en el fraude unilateral parcial, mientras que en el fraude bilateral es completa. En los demás casos de fraude se puede reducir a una u otra

¹⁹⁶ *Aún se ha dado el caso, más complicado todavía, del que recurre a simular una riña, de la cual el testafierro sale herido y extendido el parte médico convenientemente, se intenta derivar de un proceso penal una condena pecuniaria.*

¹⁹⁷ *El proceso no es dable sin una causa determinada. Siendo esta irreal, el proceso no puede ser más que ilusorio. Cfr. MORTARA, Principii di Procedura civile, ed.5ª. (1904), n.º. 4º.*

¹⁹⁸ *CP. art. 519 y disposiciones sobre quiebra en Códigos penales de Francia (arts. 402...), Portugal (447...), Argentina (176...), etc.*

(¹⁹⁹).

2. Vistos panorámicamente los sistemas de actuación de que se vale el fraude, conviene descender a un examen de los pormenores e indicios que permitan diagnosticarlo. Lo primero a considerar es su modo de infiltrarse hasta la sentencia.

Descomponiendo las operaciones lógico-jurídicas realizadas por el juez para decretar la resolución de una litis, se hallan tres distintas, aunque sean facetas de un mismo acto, que suelen integrarse en el denominado silogismo judicial (²⁰⁰). Las tres actividades que el silogismo judicial entraña, paralelas a la conducta de las partes en el proceso, son: primero, la premisa menor, que consiste en la determinación de los hechos; luego, la premisa mayor, que aporta la calificación jurídica del estado de hecho, y, finalmente, la conclusión, por la que, subsumidos los hechos en la norma, a la hipótesis legal investigada anteriormente se hace seguir la tesis que constituye el imperativo de la norma para la situación interferida y la restauración del orden deontológico.

El fraude procesal nace con la primera de las tres actividades y proyecta luego su influencia sobre las demás, que traen por ello un vicio originario. Vamos, pues, a seguir la génesis de la premisa histórica, que vale tanto como sorprender en su campo de acción al, fraude procesal.

La premisa de hecho del silogismo judicial, que es, indudablemente, la pieza fundamental en que el acto de autoridad se apoya, consta, de dos momentos decisivos, diferentes entre sí por la posición que el órgano jurisdiccional en ellos desempeña. En el orden del tiempo antecede el período de *aportación* de los hechos, en el cual la intervención judicial es meramente ordenadora; subsigue después el momento de su *adveración*, en donde *debe incrementarse* (²⁰¹) la inquisición oficial presidiendo la *colaboración* (²⁰²) de las partes, hasta que, posteriormente, el concurso de éstas se suspende y el juez, sólo ya ante el material completo del conflicto, verifica neutralmente la determinación y valoración de los hechos.

Es en la aportación y adveración en donde el fraude, constante, acecha. Y al éxito de la maniobra contribuye el modo de ser del proceso. El proceso está abierto a todos los que tengan

¹⁹⁹ *La razón es que, realmente, la división del fraude en bilateral y unilateral es completa y, como agota la realidad, cualquier otro supuesto es insertable en una división o en la otra.*

²⁰⁰ *Vid., los reparos que GUASP opone, Comentarios, p. 950.*

²⁰¹ *Cfr. CALAMANDREI, Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, en Studi, página 321 y ss. esp. n.º. 10 y ss.*

²⁰² *Escribe COSSÍO: «Son los procesalistas —no la experiencia jurídica— quienes han afirmado que el juez liberal, en el proceso civil, sólo podía hacer lo que expresamente le estaba permitido, quedando prisioneros de esta concepción al presentarla como ontológica y al no advertir que, en verdad se fundaba sólo en la axiología liberal». (Teoría egológica cit. p. 216, nota). Se confunde aquí lo que el juez puede físicamente con lo que puede jurídica y lícitamente. Ahora bien, los procesalistas no han mermado poderes al juez al deferirle el de dirección procesal; así el juez pasa a ser en la investigación de la realidad jurídica el verdadero protagonista que hace de las partes un elemento de cooperación.*

formalmente la titularidad sobre un bien garantizado⁽²⁰³⁾ o pretendan haberla de derecho. Ahora bien, la legitimación activa, una vez que la capacidad procesal y la postulación se poseen, depende inicialmente, en último término, sólo de una declaración de voluntad, puesto que la deducción de la pretensión, dentro de las condiciones formales exigidas, basta para que se actúe procesalmente⁽²⁰⁴⁾. Por tanto, es sencillísimo provocar un litigio de mala fe⁽²⁰⁵⁾. Basta con que la pretensión sea, en lo externo, fundada. Tan pronto como exista un estímulo suficiente para vencer la restricción que la condena en costas lleva consigo, entonces el *proceso abusivo* tendrá lugar.

De dos maneras cabe deformar el conocimiento judicial de una litis. La una afecta a la aportación, la otra a la adveración de los hechos. En cualquiera de los dos casos padece la litis una *pseudomorfía*. En efecto: la aportación de hechos puede ser informada de fraude por cualquiera de estos dos caminos: primero, por la alegación de hechos inexistentes o la omisión de los existentes; segundo, por adulteración artificial de los hechos en un conflicto verdadero realizada de tal suerte que el hecho-madre de la pretensión resulte substituido. Para cualquiera de las dos hipótesis el contenido del conflicto intersubjetivo no corresponde a la realidad, absolutamente en el primer caso; relativamente en el segundo.

Cuando son los elementos demostrativos los que se alteran por el fraude, más todavía se perturba la verdad de la litis, pues, como en el caso anterior, se trata de advenir hechos inexistentes o de modificar ilegalmente los reales, aparece también aquí el intento delatorio de la verdad.

En todas estas circunstancias, las maniobras fraudulentas se acomodan sutilmente al carácter que, en cada un de las fases, la actividad jurisdiccional posee. Así, en la aportación de los hechos fundamentales individualizadores de la litis, el juez carece de intervención, porque, siendo ante todo intersubjetiva la colisión, también las alegaciones tendrán este carácter⁽²⁰⁶⁾. Entonces el fraude, por medio de la simulación, se presenta aparentando un litigio, pero confiado en su impunidad. A medida, en cambio, que va creciendo la intervención del órgano jurisdiccional, el fraude se retrae más; sobre todo, influye la circunstancia de que el falseamiento de hechos supone la existencia de una contraparte. Como precisamente la contradicción procesal acarrea

²⁰³ Vid. *Proceso y forma*, cit. V, 3 y sigs.

²⁰⁴ Esto no quiere decir que se acepte aquí la tesis de CARNELUTTI (*Instituciones*, página 34 y ss.), según la cual la pretensión es un acto y no un derecho. Precisamente partimos de la tesis contraria; por eso decimos eficaz la pretensión con sólo ser formalmente admisible. Esta posición se refuerza en el derecho español por la imposibilidad de rechazar a *lúmine* la demanda.

²⁰⁵ Se alude aquí a la mala fe procesal tal y como se entiende en nuestra LEC (artículos 36², 78, 1646²; T. S. 26-10-906, 3-12-925, 1154², 1474), prescindiendo de otros supuestos del fraude. Es decir, aludimos a los casos en que el proceso, cumple por sí mismo el propósito del defraudante, que sólo persigue el de causar molestias o dilaciones a la parte contraria. Cfr. ALBANESE, pp. cit. p. 35 y ss.

²⁰⁶ No es ésta una cuestión de lógica jurídica, sino una intuición jurídica fruto de la experiencia. Hay una imposibilidad de hecho, no de derecho. Cfr. CHIOVENDA, *Identificazione della azione. Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, en *Saggi di diritto processuale*, I, p. 157 y ss.

la duda del juez sobre la exactitud de las alegaciones, valen poco las afirmaciones de una parte que imputa de falso a la otra, aunque, si los hechos básicos de la litis tienen un contenido real, una investigación a conciencia puede poner de manifiesto la verdad. Aquí el peligro es mayor y, por ello, el fraude reviste sus más complicadas formas.

La premisa histórica —Como se ha dicho— y una norma legal se corresponden ⁽²⁰⁷⁾. La justa decisión de una litis consiste cabalmente en establecer esta ecuación con acierto. Pero el punto crucial de esta operación no está en subsumir los hechos en la norma, sino en la correcta determinación que de ellos se haga. Luego, adueñarse de la premisa histórica es adueñarse de la decisión.

La voluntad del juez y la de los defraudantes, aunque por caminos diferentes, convergen en un mismo resultado. El juez aspira a identificar la resolución y los hechos; las partes, a identificar los hechos a la resolución.

3. En la premisa histórica del proceso está, pues, concentrado el destino de la maniobra fraudulenta. Todas las actividades de las partes que tiendan a este fin afectarán indudablemente a los elementos de hecho constitutivos de la litis. Ahora bien; los procedimientos para alcanzar este resultado difieren radicalmente entre sí. En primer término, según el fraude sea uní o bilateral, la actitud de las partes varía; luego, en razón del empleo de la simulación, que puede ser anterior al proceso o desenvolverse durante él; por último, según se trate de aportar hechos inexistentes o de amañarlos arbitrariamente para tergiversar la decisión. Tales diversos supuestos ofrecen, sin embargo, un punto de partida común. Todo caso de fraude requiere previamente una labor preparatoria; antes que nada se prefija cuidadosamente un plan a seguir; el fraude jamás se improvisa, sino que siempre se proyecta. Y aun esta fase preparatoria supone dos etapas: una de conocimiento de la ley que trata de eludirse; la otra, de examen de los posibles resquicios latentes entre sus disposiciones y la realidad a que se refieren y la selección del medio más cómodo de sortearla. Hasta este momento son iguales todas las formas del fraude; pero, desde ahora, al llevar a la práctica lo pensado, discrepan. Con todo, para seguir un orden expositivo, se puede descomponer la maquinación, cualquiera que sea, en dos etapas: extra o intraprocesal, puesto que estas dos situaciones se dan siempre al ser valorables únicamente en el proceso aquellos hechos que, desde fuera, llegan al mismo.

Extraprocesalmente, en el fraude bilateral, lo primero que se ha de realizar es el convenio (*pactum simulationis*), al cual hayan de atenerse las partes ⁽²⁰⁸⁾. Se distribuyen, pues, los papeles en la comedia que se va a representar. Ahora, la segunda necesidad que surge es dar una base de hecho a lo estipulado; esto es, hacerlo pasar por auténtico, para lo cual se requiere una relativa justificación documental —hasta lograr una legitimación aparente—, la cual ni siquiera necesita ser sólida, pues no existirá la contradicción que ponga de manifiesto su debilidad. A esta razón hay que amoldar el material de prueba deductiva o formal, que haga pasar por cierto lo que no lo es. Conseguido esto, las partes están en condiciones de comparecer.

En el fraude unilateral, extraprocesalmente se puede operar aislada o en comunidad y la predeformación de los hechos puede ser debida o no a la simulación material. En todo caso es necesario que el conflicto de intereses sea fingido (de mala fe en su conjunto), ya que en el supuesto contrario, sólo cabría referirse al dolo procesal. La ficción de la controversia ha de

²⁰⁷ Vid. *Beceña, Apuntes de un curso, Lec. 18. Elementos de la sentencia.*

²⁰⁸ Vid. *FERRARA SANTAMARÍA, op. cit.*

hacerse aquí, necesariamente, no sólo por falsa alegación de los hechos, sino también —a causa de la contradicción que subsiste— mediante elementos de prueba espurios. Aquí, pues, la principal actividad versa sobre la prueba.

La deformación parcial de los hechos no cabe extraprocesalmente, ya que sería dolo, no fraude procesal. La deformación fraudulenta sólo cabe en el proceso instrumental, nunca en el proceso autónomo, porque solamente en aquél, dada la especial naturaleza de su carácter, se puede desviar por completo la finalidad institucional sólo con que sean las alegaciones o pruebas parcialmente veraces. Ahora bien, este supuesto, extraprocesalmente, no tiene entidad.

Intraprocesalmente, el fraude bilateral se caracteriza por la falta de desacuerdo. No hay cuestión en torno al problema fundamental; no la hay en las principales líneas de la prueba, y, con harta frecuencia tal es (la falta de litis, que sobreviene el allanamiento. En el fraude bilateral todo viene preparado y aderezado desde fuera: ahora no queda más que representar la comedia

En el fraude unilateral, en cambio, las cosas suceden de muy otro modo. El punto álgido que salvar está dentro del proceso y consiste en superar la contradicción. Aquí las actividades preparatorias son muy sencillas; pero la crisis se produce cabalmente en el momento del proceso. Por eso en tales casos el elemento probatorio acusa desequilibrio manifiesto. Ello es una consecuencia de los hechos que, como problema negativo de prueba, es tan difícil de acreditar para la parte defraudada, en tanto que la defraudante trae ya predispuestos sus falsos medios de convicción.

La deformación del; conocimiento en el proceso instrumental puede tener por objeto, ya la demora de la decisión en sí misma, ya la interpolación de hechos apócrifos capaces de subvertir el contenido de la sentencia o hacerla imposible en algún defecto (²⁰⁹).

b) 1. El análisis que precede permite ya la explicación de aquellos indicios y presunciones que pueden servir de ayuda en el diagnóstico del fraude. En su exposición se seguirá una distribución análoga a la que ha servido de base anteriormente.

¿Qué anomalías típicas ofrece el fraude bilateral que permitan diagnosticarlo? Examinando atentamente cada uno de los períodos en él señalados, será posible inducir los fenómenos inusitados intercalados maliciosamente entre la trama procesal con el fin de hacer pasar por hechos jurídicos situaciones irrelevantes.

Durante el período extraprocesal del fraude bilateral, los indicios Utilizables para el diagnóstico tienen un marcado carácter psicológico. En efecto, el *pactum simulationis* implica una relación de confianza íntima entre las partes, la que, frecuentemente irá unida a un vínculo parental o de estrecha amistad, o a una comunidad de intereses, la cual, extrañamente, continúa todavía después y a pesar del litigio.

Este síntoma que, naturalmente, aislado tiene poca importancia, es, unido a otros, de sumo valor, pues su inexistencia puede hacer dudar con fundamento del carácter defraudativo de la maniobra.

En la fase intraprocesal, el estudio de las dificultades que tienen que vencer los defraudantes ante el juez, descubre los puntos débiles de la trama que han de servir para desentrañarla. Como a las partes defraudantes interesa únicamente una decisión de contenido determinado, el riesgo fundamental que atraviesan será otra de sentido contrario o de estructura tal que imposibilite la

²⁰⁹ *Esto ocurre especialmente cuando el interés principal está en razón de la rapidez de la resolución..Vid. nota 44.*

maquinación. De aquí que cuanto más fundada y real aparezca la controversia mayor evento desfavorable amaga. Por ello, dado el fin que en el proceso se persigue, la contradicción, o se anula con el allanamiento, o se debilita considerablemente, en proporción al peligro que amenace su mantenimiento.

Cuando no hay allanamiento y se simula la contradicción, el fraude pesa sobre los medios de prueba, cuya fuerza de convicción crece al compás del contradictorio. Entonces la desproporcionalidad de los materiales demostrativos, aportados por una y otra parte, es tal, que hace pensar en lo absurdo de mantener una pretensión frente a otra *tan* fundada. He aquí, pues, otra circunstancia propicia para sospechar la colusión. Otras veces se confía el resultado a un conjunto sólido de pruebas frente a la pretensión endeble del colitigante. Y muy rara vez se acudirá a la información testifical por el recelo instintivo que tiene el fraude a la publicidad. El cuadro general de la sintomatología del fraude bilateral en el proceso es posible, según esto, esquematizarlo así:

1) Admisión esencial de los hechos; debilitamiento sistemático de una parte o sorprendente ineficacia jurídica de sus alegaciones; la contradicción procesal se plantea en torno a cuestiones verdaderamente accesorias, que harán pensar en la absoluta ineptitud de la defensa, o bien, convenidos los hechos, la oposición radicarán tan sólo en la interpretación jurídica de los mismos, hecha en este caso desde puntos de vista que se desmoronan al menor embate.

2) En el período probatorio se manifiesta igualmente el cuidado de las partes en la eliminación de riesgos; predominan los elementos quirografarios, con fuerza bastante para arrastrar la convicción del juez y decidir la litis; prepondera también la prueba histórica sobre la prueba crítica, porque en la primera se despersonaliza la valoración, mientras que la segunda ofrece vías a la labor de enjuiciamiento subjetivo.

3) El *curso* del proceso es *anormalmente normal*; los incidentes se omiten y evitan con todo cuidado; las excepciones, o no se oponen o no son viables; la relación entre las partes es amistosa; si existe violencia verbal que suple la motivación jurídica deficiente, fácilmente se ve que es embeleco de palabras que suenan como artificio.

Considerados en conjunto todos estos síntomas, proporcionan una presunción bastante firme de fraude y que aparecerá robustecida por el poco interés que cada parte demuestra en la investigación oficial sobre los fundamentos de la litis ⁽²¹⁰⁾.

Contrariamente al fraude bilateral, en el fraude unilateral todo sucede de distinta manera. En él el éxito es mucho más difícil; pero también por eso mismo sea, paralelamente, más difícil de sospechar. Realmente, el diagnóstico del fraude unilateral plantea un problema casi insuperable. Sólo es posible fijar muy débiles presunciones; lo demás hay que dejarlo al instinto del juzgador.

La nota característica del fraude unilateral es la creación ficticia de una controversia, la alegación de hechos inexistentes apoyada en medios de prueba falseados. De aquí se deduce una doble consecuencia.

Una de las partes (la defraudante), que *escoge* la pretensión y el momento oportuno para actuar, está en evidente relación de superioridad con referencia a la otra, que se encuentra frente a la necesidad de acreditar un hecho negativo, pero que, al mismo tiempo, asistida por la razón y temerosa de la injusticia que le amenaza, contradice con todas sus fuerzas.

²¹⁰ Puesto que la aportación de pruebas es mucho más restringida en la *cantidad* que en un proceso normal.

Aquí, al revés que en el fraude bilateral, se contradice demasiado. Hay pasión y deseo de que el juez despliegue su actividad máxima, y, precisamente, la parte que adopta esta actitud, aparece en el proceso, por su escasez de medios de defensa, como si fuese temeraria o de mala fe.

Tal vez el punto en donde sea más fácil al juzgador determinar la existencia del fraude, lo proporciona quizás el procedimiento instrumental. La, razón está en que la especial naturaleza de este proceso permite, mejor que ningún otro caso, encontrar la relación que con el proceso autónomo a que se subordina pudiera tener, y así, si es de conformidad será admisible, y fraudulento en el caso contrario.

El tipo de proceso instrumental más susceptible de perversión es el *incidente*, recurso el más utilizado para desviar el proceso de su finalidad normal

El entresijo del proceso está penetrado por el principio de acción y reacción de los intereses discordes. A la combinación de los dos fía el Estado la justa composición de la litis. Es decir, las normas legales constitutivas de la ordenación procesal serán defendidas (además de con la intervención judicial) por cada una de las partes contra los atentados de la otra. La finalidad que Carnelutti asigna a todo proceso de «justa composición de la litis» es la peculiar de los incidentes. Todo incidente debe tener por fin restablecer el equilibrio de la contradicción procesal —cuando el curso del proceso principal significara la indefensión de una parte— o mantener en el proceso el régimen jurídico preestablecido que se considere como de orden público. Pues bien, todo incidente cuya finalidad es otra desvía el proceso de su curso normal y es, por consiguiente, fraudulento.

En la legislación positiva española el uso abusivo de incidentes es una enfermedad crónica del proceso. A pesar de la disposición del artículo 743, en relación con el 742, según los cuales se repelerán de oficio los incidentes que no se refieran inmediatamente al asunto principal (medialidad) o a la validez del procedimiento, las demás prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil vienen a hacer utópica esta esperanza. Si por imperativo del artículo 743 la providencia que rechace el incidente es susceptible de reposición y apelación, es claro que uno de los fines que con el incidente cabe pretender, ya está conseguido: la dilación en el fallo ⁽²¹¹⁾.

Sin embargo, en el artículo 746 se puede tallar algo semejante a un remedio. Una interpretación restrictiva del sentido de dicho artículo, puede ser un obstáculo paralizador. La misma esencia del proceso incidental aconseja que se le oponga alguna traba, y nada mejor para ello que partir de la convicción del carácter fraudulento del incidente hasta que no se dé cumplida justificación de su necesidad procesal.

Esta misma actitud puede ser aplicada a la casi totalidad de los procesos instrumentales. Puestos en parangón con el proceso autónomo de que dependen, han de mostrar su adecuación a la finalidad legal que se persigue con ellos para que sean admisibles. Mas como el fondo de su actividad defraudativa ha de recaer precisamente sobre un proceso autónomo y nunca inmediatamente sobre el derecho material sino de un modo indirecto (bajo la forma de proceso abusivo), resulta que la maquinación se consuma aquí dentro del proceso, en la presencia judicial, por lo cual es sencillo, en razón de su fin y de su justificación, decidir sobre su

²¹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *La reforma de la LEC, en Estudios de derecho procesal*, pp. 239 y sigs.

normalidad o fraudulencia (²¹²).

Aparte de todos estos factores indiciarios, propios y específicos de cada modalidad del fraude, existen elementos comunes predicables como presunciones de cualquiera de ellas.

El primero y más importante de los indicios está en la determinación del móvil. En efecto, como se ha dicho ya, se persigue con el fraude una finalidad que está más allá de la mera resolución y ejecución, en su caso, de lo resuelto. El proceso fraudulento es un medio y no un fin. Pues bien, cuando, sea por intervención de tercero, sea por las alegaciones de la contraparte, este interés extraprocesal ilícito se ponga de manifiesto, *se habrá revelado con ello la clave interpretativa de todo el proceso*. Evidentemente, al ser el proceso fraudulento un proceso anormal, los defraudantes habrán dejado algún cabo suelto, es decir, existirán actitudes o actos que no puedan satisfactoriamente explicarse desde la perspectiva de un proceso ordinario; aparecen fuera de la ley de causalidad que gobierna la sucesión normal de las cosas en el proceso; son actos anómalos concebidos desde el punto de vista de la buena fe. En cambio, considerados a la luz del móvil ilícito alegado, todos los actos procesales del o de los defraudantes se presentan con claridad formando parte de una maniobra. Ya, en relación a la causa ordenadora, son fáciles de explicarse; no hay ahora secretos en el proceso; todo es claro y perceptible. Es a la luz del *móvil* como hay que decir la última palabra sobre la existencia del fraude. Cuando sólo es posible explicar los actos de las partes partiendo de la existencia de una finalidad fraudulenta y ésta encaja en las anomalías del proceso de tal modo que da cumplida interpretación a todas, la presunción de fraude lograda por otros indicios es de tal fuerza, que alcanza la seguridad humanamente posible.

Amén de tales razones, han de pesarse también cuidadosamente por el juez las mismas circunstancias personales de los litigantes; especialmente la situación económica y la moralidad.

La primera no sólo consiste en averiguar el estado de la fortuna de las partes, sino también los incrementos patrimoniales que les sobrevienen después del proceso y el modo cómo se producen. La fijación de estos hechos proporcionará en muchos casos argumentos incontrovertibles de haberse procedido fraudulentamente, como en la hipótesis de simulación procesal ocurre cuando se hace figurar en una relación jurídica a un insolvente, de quien no se sabía que tuviera que ver en el negocio y que aparece de pronto actuando (en provecho de otro) —como testafarro—, amparado en el beneficio de la pobreza.

Finalmente, conviene observar las circunstancias posteriores al proceso, que muchas veces son sobradamente elocuentes. Así ocurre en el fraude noxal cuando algún litigante condenado al pago de cantidades acaba declarado en quiebra o concurso. Entonces es un momento propicio para decidir sin esfuerzo de todos los síntomas presentados, si le animaba o no el propósito de desembarazarse de sus bienes en daño de los acreedores.

2. En la prueba del fraude está, quizás, uno de los problemas capitales y acaso el más arduo que plantea la lucha contra él. Realmente, en este aspecto, las legislaciones positivas encuentran todo por hacer. Aplicar el sistema vigente en materia de la prueba de las obligaciones convencionales de carácter privado es uno de los errores más graves, que la ciencia jurídico-procesal pudiera cometer. Como advierte con buen humor Calamandrei, «la carga de probar la inexistencia de toda una serie indeterminada e indeterminable de hechos abstractamente posibles... constituye,

²¹² *Es evidente, sin embargo, que la utilización de incidentes no se restringe como debiera. En esto hay general conformidad de los tratadistas.*

no una prueba diabólica, sino una prueba superior a, las mismas potencias infernales»⁽²¹³⁾.

En efecto, acreditar la existencia del fraude procesal es lo mismo que acreditar la inexistencia de los hechos constitutivos de la litis, lo cual supone una operación de carácter negativo (lo que fue denominado *probatio diabólica*, según la alusión del procesalista italiano), de tal índole que solamente una sucesión fortuita de contingencias pudiera permitir.

Tal imposibilidad de hecho frente al tema de la prueba demanda un tratamiento procesal de otra traza. En el proceso penal el juzgador actúa por indicios y presunciones, y no espera que se le proporcionen los elementos de convicción, sino que sale a buscarlos él mismo⁽²¹⁴⁾.

A la verdad para la represión del fraude se debe propugnar el mismo sistema. La consideración del fraude procesal como delito estaría justificada sobradamente, pues, atendiendo al contenido esencial de los dos conceptos, no existe ninguna diferenciación radical. Entre lo penal y lo privado la línea límite es indecisa y, en su relatividad, el único factor decisivo de lo punible es, en definitiva, la insuficiencia de la sanción civil, y, ahora bien, ésta está demostrada hasta la evidencia en el fraude procesal.

El decidirse por este camino suscita dos problemas, según que la presunción de fraude surja en el curso del proceso o después de su terminación. Si se produce la primera hipótesis, la solución más correcta que cabe tomar es que el juez se cerciore, sin detener en lo posible la marcha del proceso, de la realidad y causa fundada de la controversia, así como de la limpia preconstitución de los medios de prueba, condicionando al resultado de sus investigaciones el de la decisión.

Cuando la presunción de fraude tiene lugar después de conclusos los autos, la inquisición oficial sin excitación de parte legítima debe ser excluida, pues si el juez actuara de propio impulso se quebrantaría el principio de la irrevocabilidad de las resoluciones autoritarias.

Ahora bien, en el concepto de parte legítima debe incluirse tanto el tercero interesado como el Ministerio Público, quienes necesitarán aportar indicios suficientes para sospechar en el proceso una maniobra. La enumeración taxativa de los medios de prueba reconocidos en las leyes vigentes⁽²¹⁵⁾, tiene valor cuando se trata de formar la convicción sobre la existencia o inexistencia del fraude; pero para proceder inicialmente a la investigación, basta con que por estos medios de prueba reconocidos surja la presunción de la naturaleza fraudulenta de la litis.

Más que nunca se ha de afirmar aquí la teoría de la convicción psicológica del juez en cuanto afecta a la valoración de la prueba. En este aspecto, las siguientes palabras de Guasp parecen escrita *lex profeso*: «Si el órgano jurisdiccional no debe pronunciar su fallo sino cuando los elementos probatorios aportados produzcan en él una convicción de tal fuerza que elimine cualquier posible sospecha en contrario, infinidad de litigios se encontrarían sin posible solución. De aquí que el conocimiento judicial de los hechos no necesite ser de una certeza absoluta, sino, como Goldschmidt indica, basta con una simple *verosimilitud*»⁽²¹⁶⁾⁽²¹⁷⁾.

²¹³ *Studi*, cit. p. 405.

²¹⁴ Vid. FENECH, *Derecho Procesal Penal I*, p. 26.

²¹⁵ LEC arts. 578 y sigs. CC arts. 1215 y sigs. Era mejor una asimilación a la LECr.

²¹⁶ GUASP, *Juez y hechos*, cit. p. 98.

²¹⁷ GOLDSCHMIDT, *Derecho. Procesal*, cit. p. 256.

En cuanto a la doctrina de los medios de prueba utilizables como «elementos demostrativos de la existencia del fraude procesal, convendría trazar una separación, según que los aportados sean de naturaleza *formal o deductiva* (218).

La prueba formal, caracterizada por crear una *apariencia* de titularidad, yendo de *antes a después*, está destinada precisamente a reflejar el estado jurídico de las cosas, es decir, a proporcionar un instrumento de convicción que acredite la existencia de un determinado acto o negocio. Esto no impide que muchas veces, contra su misma finalidad, se use para disimular o encubrir bajo sus apariencias constitutivas, el verdadero estado de las cosas. Ahora bien; ocurre asimismo alguna vez que la prueba formal, sin salirse de su verdadero sentido, es empleada como medio de establecer la verdadera identidad de una situación jurídica que, con fines más o menos lícitos, encubrieron las partes en otra ficticia. Esta es siempre insegura y, para evitarse los peligros que pudieran sobrevenir, Cuidan los interesados, para entre ellos, de proveerse de algún medio capaz de deshacer, cuando sea necesario, sus efectos. Hay, pues, una *declaración* de las partes, que es la cobertura con que se simula la realidad, y la *contradecларación*, la salvaguarda de la verdadera posición que ocupan, que destruye los efectos de aquélla mediante la estipulación por ambas de su naturaleza fingida; es decir, en la primera se miente y en la segunda se proclama la verdad para cuando convenga servirse de ella con preferencia a la mentirá (219).

La existencia de las *contradecларaciones* es muy frecuente como instrumento defensivo en favor de las mismas partes, y no es raro que se encuentren en el proceso fraudulento, especialmente cuando media la simulación procesal.

Ahora bien, las contradecларaciones constituyen una prueba formal de la existencia de fraude; pero difícilmente la proporcionarían más que a los defraudantes. Por eso en la eficacia de la prueba formal hay que establecer una gradación, según sean los simulantes o terceros quienes hayan de aportarla. Para los primeros, el medio de convicción básico, desde este punto de vista, han de ser las contradecларaciones. En cambio, para terceros, que salvo contingencias improbabilísimas, no dispondrán de tales elementos de juicio, la prueba formal, cuando quepa, se reducirá a algún principio de prueba por escrito

Por el contrario, la prueba deductiva, que, *de después a antes*, trata de recorrer en sentido inverso el camino de los contratantes para ir recogiendo los indicios que de los hechos puedan existir, es, en general, rechazable entre los defraudantes, pero será con la mayor frecuencia, el instrumento único que quepa utilizar a terceros.

Es evidente, pues, que en la mayoría de los casos la determinación de la existencia del fraude procesal ha de sostenerse en indicios y presunciones simples, de los cuales casi siempre se obtiene sólo una probabilidad. En efecto, la misma prueba deductiva es, como el *símil*, un hecho que sugiere otro; pero la convicción que produce proviene únicamente de una determinada correlación mental, cuyo fundamento objetivo es muchas veces insignificante.

Por esto sería conveniente política a seguir romper aquí el mecanismo de la carga de la prueba, de modo que, establecida la presunción de fraude por los factores conjeturales de diagnóstico (señalados ya), se distribuyera entre las partes el deber de aportación, correspondiendo ahora a

²¹⁸ Vid. *Proceso y forma*, cit. VI, 1.

²¹⁹ MATTIROLLO, *Derecho Judicial civil*, edic. españ. III, pp. 42 y sigs. FERRARA, op. cit., en *La prueba de la simulación*, CC arts. 1219, 1230. GIORGI, op. cit. I, pp. 299 y sigs.

la que sostenga la normalidad del proceso la carga de acreditarlo así.

Dentro del ámbito de nuestro derecho positivo, aparte de las presunciones legales de fraude preceptuadas en algunos supuestos de ejecución universal, que a duras penas podrían referirse a negocios procesales, como se ha visto ya, creo que dando la debida elasticidad al artículo 340 de la LEC, pudiera obtenerse no sólo la imputación a las partes de la carga de presentar determinados documentos, sino, incluso, todos los elementos probatorios que acerca del hecho de la normalidad del proceso les fuera posible exhibir. De este modo, sin quebrantarse el principio de la neutralidad del magistrado, se abriría cauce al de orden público procesal, tan importante de mantener.

c) 1. La dificultad de la prueba del fraude hace que las medidas represivas que contra él cupiera adoptar, carezcan realmente de una eficacia práctica valorable. Por eso, en un sistema protector, los remedios preventivos conviene aproximarlos al primer plano. Ahora bien, de todos ellos el fundamental está en la tutela jurídica que, tanto respecto de la forma como de los intereses privados legítimos, el juez ha de desempeñar en el proceso. Esta misión requiere una capacidad de acción y unos poderes procesales más robustos sobre la *policía del proceso*.

«El principio dispositivo —escribe Carnelutti —que domina nuestro sistema procesal, por razones de todos conocidas, vinculando al juez, en cuanto concierne a la posición de los hechos, a las afirmaciones de las partes y a la prueba por ellas suministrada, facilita en gran medida el fraude procesal». «Cuando, p. e., actor y demandado están de acuerdo al decir que el crédito existe aunque el juez sospeche, hasta si sabe que no existe, tiene las manos atadas»⁽²²⁰⁾. Todas estas reticencias están justificadas aquí. El principio dispositivo, que ha demostrado ya de sobra su ineficacia virtual como norma directora de las actividades procesales, recibe aquí, ahora, un nuevo reparo y otro nuevo embate.

La concepción lógica y la fundamentación jurídica del principio dispositivo impide extender su aplicabilidad más allá de los límites estrictos de las facultades jurídicas del derecho material que puedan ostentar las partes. En efecto, los teóricos del principio dispositivo no encuentran una razón más sólida para la defensa de su tesis —excluidas las prácticas, que son predicables asimismo del principio inquisitivo— que la que se basa cabalmente en ser «el interés substancial un interés exclusivo de las partes», por lo cual, «es dable que se limite el Estado a disciplinar el proceso, dejando a las partes el absoluto dominio de él, y reduciendo la propia intervención a la constatación de la observación de la ley»⁽²²¹⁾.

Ahora bien, aun admitida esta fundamentación, el principio dispositivo está circunscrito por las condiciones mismas de aplicabilidad; es decir, que se extiende hasta donde se extiende ese poder de disposición que lo justifica pero no más allá. Siempre que exceda estos términos entra en el terreno del abuso y ya es incongruente parapetarse en aquel terreno para justificarlo.

Siempre que en el proceso exista alguna manifestación de fraude las partes carecen del poder de disposición sobre el derecho material. En la órbita de competencia que el derecho material les señal no está concedida esa facultad: luego el derecho de disposición de las partes no excluye la intervención judicial en la investigación de las maquinaciones fraudulentas, porque, si así no fuese, en el proceso (simulado) noxal, en que las partes están de acuerdo para perjudicar a terceros y en el proceso en fraude a la ley, llegaría a suceder que, como el alcance del dispositivo

²²⁰ *Contro el processo...*, cit. p. 30.

²²¹ Vid. SATTA, *Introduz. allo studio del Dir. Proc. civ.*. 1939 pp. 40 y sigs.

sería ilimitable, al ser además ilimitado (por estar entregado a la voluntad de las partes), haría del juez un juguete mecánico que, cruzado de brazos, se contentaría con servir de intermediario público para dar relevancia a un acto ilícito.

Es desorbitado, pues, según esto, otorgar una primacía absoluta al principio dispositivo. Consagrarlo así es erigir en dogma de la práctica la indefensión ante el fraude procesal y encogerse de hombros ante la violación de las normas de orden público que presiden y deben presidir el proceso. Por tales inconsecuencias es preciso torcer por otros derroteros.

Si el éxito de toda maniobra fraudulenta depende de dos causas principales, el engaño del juez o su impotencia para remediarla, es inconcuso que la remoción de ambas constituye el primer paso que se ha de dar para la prevención del fraude. Pues bien, estas dos causas apuntadas tienen, en cuanto son corregibles, una procedencia común. Del mismo modo que la impotencia del juez proviene del riguroso empleo del principio dispositivo, también la mayor parte de la culpa de los engaños que padece arranca de la misma causa. Mientras el juez no pueda ir más allá de las declaraciones de las partes para advenir desde sus propios puntos de vista, no se saldrá de la incontabilidad que hoy padece, por regla general, el proceso civil, y que constriñe al juez a tener por bueno lo que por intuitivo razonamiento repudia.

Estos motivos postulan un incremento de los poderes procesales del Tribunal, es decir, la objetivización del proceso. La concepción subjetivista ha probado ser enteramente insatisfactoria. Hoy —sentada con carácter definitivo la autonomía del Derecho procesal— es insostenible reducir la institución del proceso a un negocio jurídico o relación de naturaleza contractual con efectos adscritos exclusivamente a las partes. Eso cupo sostenerlo bajo la estrecha visión del proceso como contrato o cuasicontrato, pero huelga una vez afirmada su institucionalidad⁽²²²⁾. Establecida esta condición no puede discutirse su finalidad trascendente; efectos públicos y efectos privados se entrecruzan. No se trata sólo de una declaración jurisdiccional intersubjetiva, sino que a esto se añade la realización del orden jurídico total en un caso concreto. Junto a las ideas subjetivas vivificadas en la pretensión, la idea objetiva representada por el Derecho⁽²²³⁾.

En estas perspectivas se robustecen los poderes del órgano jurisdiccional. Lo importante no es ya el factor individualista: las partes no son desde este punto quienes imperan soberanamente en la litis: su voluntad será, es cierto, el elemento dinámico que la suscite, pero al juez, órgano del Estado y acelerador del derecho, compete valorar todos los actos de aquéllas a la luz del ordenamiento positivo, porque lo importante es que durante el curso del procedimiento las actividades de cada interviniente plasmen en la forma legal preestablecida, que es el modo adecuado para que el derecho material se corrobore jurisdiccionalmente.

El éxito de la actividad judicial preventiva podrá ser considerada con escepticismo, al menos desde el terreno de la práctica; su eficacia podrá ser dudosa y, aun, si se quiere, muy improbable que el juez se preocupe de realizar seriamente esta nueva tarea que se le viene encima. Ahora bien, esto no será jamás obstáculo de la hipótesis que aquí se propugna. Los problemas jurídicos no son cuestiones de probabilidades, sino de deberes. Reconocida la necesidad de arbitrar un remedio, debe aplicarse, aunque se desconfíe de su valor práctico. La sola posibilidad de que la

²²² *Institución jurídica positiva, por tanto de derecho público, necesaria en su mantenimiento para que el orden jurídico se realice. Cfr. GUASP, Comentarios, p. 22.*

²²³ *Cfr. GUASP op. et loc. cit.*

maniobra fraudulenta sea descubierta, obra como contraestímulo y sirve de prevención. Por otra parte, parece exagerado el criterio de los que hablan de la impotencia judicial en el descubrimiento del fraude. No sólo en el proceso simulado, en donde el diagnóstico no es de gran complejidad, sino aun en el fraude unilateral mejor tramado, se abren resquicios a la sospecha. Es, pues, esperable que la extensión del inquisitivo sirva de cortapisa a las actividades defraudatorias.

2. Al estudiar las medidas preventivas de alcance general en la teoría del fraude a la ley, se ha dejado pendiente, de propósito, el estudio de las que sirven de prevención en el proceso.

En general, la doctrina funda poca esperanza en las diversas formas de prevención. «Pocos remedios preventivos ofrece nuestro derecho positivo —advierte Carnelutti—, pero no muchos más podrá: ofrecer el proceso futuro»⁽²²⁴⁾. Lo mismo afirma Cunha con relación al proceso simulado, al pasar revista a las medidas, un tanto utópicas, que se han propuesto⁽²²⁵⁾. No es, con todo, en caso de simulación procesal, cuando son menores las expectativas de frustración. La prevención del fraude es directamente proporcional a la simplicidad de su diagnóstico, y son otras formas, no el fraude bilateral, las que desde este punto de vista pueden preocuparnos.

Como quiera que sea, casi todos los procedimientos preventivos excogitados se reducen, en última instancia, al ejercicio del inquisitivo; a que se despliegue una actividad judicial de oficio dirigida a investigar la veracidad de los hechos básicos de la litis. En este sentido, pues, se ha de afirmar que la investigación oficial es siempre un deber cuando la simple admisión de los hechos o el allanamiento y demás síntomas preavisados induzcan a pensar que se trata de proceso fraudulento bilateral. La misión atribuida en los otros al contradictorio debe ser suplida en estos casos por el juez mediante una cuidadosa valoración de los hechos y, sobre todo, de los resultados prácticos que puede producir la sentencia, hasta que, descubierto el fondo de la situación litigiosa, sea posible desbaratar los efectos ajurídicos o se ponga de manifiesto la inocuidad del fallo, dejando así accesible el camino de la decisión.

Otra manera de deshacer, en parte, la eficacia noxal que pudiera arrancarse de la cosa juzgada, sería dirimirla de antemano en cuanto sobresalga en su ejecutoriedad el gravamen estricto que le impone la condena. Es decir, instar decididamente su relatividad.

De ordinario, el pacto simulatorio, cuando es utilizado en perjuicio de tercero y no en mero fraude a la ley, pretende hacer salir de la sentencia —a despecho de que nadie debe ser perjudicado sin oírle— un daño objetivo contra la persona distinta del verdaderamente condenado. Esta destinación ulterior de la resolución jurisdiccional se evita, ni más ni menos, por una reafirmación de aquel principio; esto es, instituyendo jurídicamente la necesidad de la previa audiencia en el caso de que la sentencia o la terminación del proceso sean una consecuencia de falta de contradicción y por ellas se transfiera de algún modo, la ejecución a persona no condenada directamente.

De modo paralelo a la inquisición judicial conviene reforzar todos aquellos instrumentos obstativos del fraude. Al Ministerio Público, a quien se atribuye la sugestiva misión de encarnar la defensa del Derecho, hay que entender atribuidos igualmente⁽²²⁶⁾, poderes inquisitivos y de

²²⁴ *Contro el processo...*, cit. p. 32.

²²⁵ *Op. cit.* p. 205.

²²⁶ *GOYET-ROUSSELET-PETIN, Le ministère. Public, 1939, pp. 42 y sigs.*

revocación cuando la ley ha sido defraudada. Especialmente tratándose de las sentencias de mera declaración, que, por estar exentas en muchos casos de consecuencias perjudiciales para el vencido, es fácil adaptar a fines fraudulentos es bueno extremar las cautelas.

Otra forma de prevención nada desdeñable es fijar para los actos fraudulentos una sanción adecuada, que de ninguna manera se limitará al beneficiado por ellos, sino a cuantos, a sabiendas, participen del fraude. Generalmente no es la parte, sino su defensor o apoderado quienes ingenian los manejos defraudatorios, aunque recaiga en aquéllas la consecuencia del acto. Ahora, bien, el principal estímulo del fraude acucia a la parte y no a su representante procesal. Por tanto, si la responsabilidad jurídica de la maniobra gravitara preferentemente sobre él, se evitaría con más facilidad el fraude, porque su estímulo, menor, cede más pronto.

Más difícil es aplicar estas medidas al fraude unilateral, en donde el diagnóstico está erizado de dudas. Hay, sin embargo, un caso en el cual es necesario intentar alguna solución. Se alude a los incidentes que no persiguen más finalidad que dar largas a una sentencia (²²⁷). En estos casos el propósito defraudativo se consigue siempre que den lugar a una paralización del procedimiento y por eso no hay posibilidad después, aunque se rechacen, de destruir su eficacia, pues en estos casos la sanción de costas —ya prevista— es insuficiente.

El remedio aquí, consiste, a mi ver, en admitir como excepción al pronunciamiento previo del incidente, el carácter fraudulento del mismo, de suerte que una fundada sospecha de su improcedencia obste los efectos perjudiciales que pudieran sobrevenir, sin motivar a la vez el que se causaría de repeler inmotivadamente, de oficio, el incidente.

Todas estas observaciones han de hacerse *ex iure condendo* por la imprevisión de las leyes procesales, aunque en la de Enjuiciamiento civil la vaguedad de sus declaraciones generales permita, en algún caso, seguir este criterio restrictivo, siquiera sea pequeño el beneficio que reportará, ya que el artículo 745¹ se basta y se sobra para proporcionar, fraudulentamente, toda clase de pausas al litigante de mala fe (²²⁸).

²²⁷ *Caso típico del momento el de aquel que alarga por todos los medios, especialmente sirviéndose de incidentes, la resolución de un litigio en que se demanda la entrega de bienes con la esperanza de aprovecharse mientras de los productos vendiéndolos ahora de **straperlo** y resarciendo después a precio de tasa.*

²²⁸ *Vid. en RDPr. II, 1947, pp 334, la sentencia -que sobre simulación transcribe F. RODRÍGUEZ VALCARCE, considerando el problema “desde la clínica”.*

VI

Medios de impugnación y medios obstativos

SUMARIO: a) Régimen de recursos contra el proceso fraudulento: 1. Ilícitud positiva del fraude procesal; 2. Recursos admisibles y su clasificación; 3. La revisión civil y el fraude procesal.

b) La revocación total del proceso fraudulento: 1. La impugnación en la misma instancia y el principio de irrevocabilidad; 2. La acción de nulidad como específicamente aplicable; 3. El uso de la acción Pauliana.

a.) 1. «Es muy difícil construir con respeto para la Ley procesal, una doctrina del fraude en la legislación española, aunque algunas veces se patentice el propósito de frustrar sus efectos»⁽²²⁹⁾. En realidad, el problema de la calificación jurídica del fraude es obra del derecho material. Por razones de sistema, la teoría general debe aceptarse, sin más, en el campo del proceso, que, por este motivo, sólo la afrontará de modo fragmentario. La posición del Derecho procesal no es, en esto, autónoma; está, por el contrario, relacionada con las medidas que se adopten contra el fraude a la ley. Si en el derecho material se consideran los actos fraudulentos como afectados de nulidad absoluta, es natural que la legislación procesal, partiendo ya de tales premisas, se abstenga de formular una declaración análoga. Bastará con fijar el sistema de recursos arbitrados en defensa de la Justicia formal, para que tanto las infracciones directas como las indirectas sean impugnables

A pesar de todo, la LEC. dispone en su primer artículo: «El que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa como en la voluntaria, deberá verificarlo ante el Juez o Tribunal que sea competente, y **en la forma ordenada por esta ley**». Este mandato no hace más que imponer obligatoriamente, como cuestión de orden público, las normas relativas a la competencia y a las formas de comparecer en juicio. Establécese, pues, la inderogabilidad de las normas procesales por obra o convención de las partes, aunque, como estima Guasp, «este carácter imperativo y no dispositivo que se afirma del conjunto de normas procesales no ha de aplicarse también a cada uno de los preceptos singulares que lo componen»⁽²³⁰⁾. Ahora bien; como principio general, hay que afirmar el carácter absoluto e inderogable de las disposiciones formales. Sólo cuando la misma norma lo estatuya o se deduzca de su fin la naturaleza dispositiva del precepto, cabe pensarlo sometido a la voluntad acorde de las partes.

Esta característica de las leyes procesales permite sentar como primer postulado en la doctrina del fraude que, cuantas veces se intente una utilización anormal del proceso, hay que considerar quebrantado el principio de la obligatoriedad de la forma, con la consiguiente nulidad de los actos. Así, pues, si bien el artículo 1º. de la LEC. no resuelve directamente el problema de la patología procesal⁽²³¹⁾, indirectamente lo aborda, sin embargo, puesto que, coordinando los imperativos procesales con los del derecho material, no cabe adoptar otra consecuencia.

Aun fuera de la armonización con el derecho material, el fraude procesal resulta terminantemente prohibido, no porque exista un artículo determinado que lo diga así (declaración de principios, si bien se mira, innecesaria), sino porque contradice violentamente **todo el sistema procesal** sobre el que está constituida nuestra LEC, lo cual tiene muchísima más

²²⁹ PLAZA, *Derecho procesal*, cit. p. 473.

²³⁰ GUASP, *Comentarios*, I, p. 91.

²³¹ Vid. GUASP, *loc. cit.*

importancia. En efecto, el fraude procesal implica siempre, como se dijo ya, un contrasentido, al dar lugar a un proceso sin causa. No dice expresamente la LEC. cuándo existe causa suficiente para proceder por vía judicial; pero ¿sería necesario que lo dijera? ¿Qué significación tiene, si no, todo el derecho material, como no sea *precisamente* prefijar la causa por la que se puede acudir al proceso? Luego es suficiente la determinación, sin necesidad de recurrir a otra. Hay la posibilidad de suscitar un proceso cuando los supuestos previstos en una norma positiva han ocurrido *realmente* de hecho; cuando el supuesto de la norma y la realidad son idénticos. O, en otras palabras, cuando la pretensión procesal acusa hechos que se han producido realmente en la vida; cuando la situación de antítesis que da por cierta el proceso lo es. Todo esto no lo dice verdaderamente la LEC, ni, con tanta previsión, ninguna otra ley procesal, pero todas lo presuponen y la nuestra lo tiene por entendido en su artículo 1º., pues el pensamiento del artículo impone evidentemente la conclusión de que, para comparecer en juicio (obsérvese la impropiedad terminológica), el requisito fundamental es la *existencia* de un *asunto* de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria. Y si la LEC. se basa por entero en la existencia real de esos *asuntos* (digámoslo con la misma imprecisión) ¿no será la suma incongruencia suponer que sin ellos pueda ser válido un proceso? ¿Habrá necesidad de un artículo que lo diga así o será bastante, por el contrario, la observación elemental de que sin ellos se habrá trabajado en el vacío jurídico más absoluto, intentando hacer algo con nada?

Creo, pues, indispensable afirmar que la misma esencia del sistema jurídico repugna y reprueba el fraude procesal, sin que sea preciso atender a otros motivos, más o menos fundados, como viene haciendo la Jurisprudencia ⁽²³²⁾.

2. Todas las especies de fraude procesal han de consumarse por medio de una sentencia o resolución análoga. Es cierto que con anterioridad otra resolución judicial puede darles entrada, como sucede en el caso de la providencia que dispone el curso de una demanda fraudulenta; pero, desde este momento hasta el de la resolución definitiva, el fraude no ha sido consumado, al menos en la instancia. Por consiguiente, será indudable que el objeto del recurso contra el fraude haya de ser una resolución definitiva, puesto que sólo después de su consumación cabe afirmar que exista. Luego, el fraude procesal seguirá las mismas, vicisitudes que una sentencia y quedará sometido al mismo régimen de recursos.

Los recursos que se pueden utilizar contra el fraude procesal no se dirigen exactamente a la misma, finalidad. Unos tienden a impedir que la apariencia ⁽²³³⁾ de cosa juzgada surja o se consolide —apelación, casación, revisión— ⁽²³⁴⁾, y otro tiende a que la apariencia de cosa juzgada se destruya y con ella los efectos ajurídicos que de la sentencia deriven —acción de

²³² SS. 15-2-886; 18-5-894; 18-6-907; 4-9-911; 9-8-913; 9-7-913; 29-4-911; 18-6-917; 25-6-930; 31-3-932; 31-1-941; 18-2-943; 27-9-943; 5-10-943; 26-10-943; 6-3-946. Aunque la mayor parte se refieren al dolo y no al fraude. De esta última puede verse un comentario de PRIETO en la RGLyJ número de Julio-Agosto.

²³³ Se dice apariencia, porque, sobrentendido el fraude sería incongruente hablar de cosa juzgada como se verá en el capítulo que sigue.

²³⁴ Se incluye el recurso de revisión porque, realmente, no se dirige contra la cosa juzgada, en cuyo caso no podría prosperar, sino a. impedir que se consolide como apariencia y surta posteriores efectos. También en este caso la explicación del capítulo siguiente aclara estas ideas.

nulidad—. Los tres remedios enunciados en primer lugar son obstativos del fraude, porque generalmente tienden a interrumpirlo adelantándose a sus efectos. Por este motivo, aunque sean útiles en el caso de fraude unilateral, no lo son apenas en el bilateral, salvo en el caso de **personación compleja** ⁽²³⁵⁾, siendo una de las partes ajena a la colusión de las otras, caso poco frecuente en realidad.

Por este motivo, el remedio más adecuado y cómodo, como el más general, que puede emplearse contra el fraude, consiste en el ejercicio de la acción de nulidad. En virtud de esto, dividiremos la materia en estos dos apartados, sin perjuicio de estudiar a continuación las posibilidades que ofrece la acción pauliana cuando el fraude de acreedores se persigue por medio de un proceso.

El recurso de **apelación**, que antes que nada resalta en su fisonomía de una segunda instancia, es, sin duda, susceptible de usarse como medio de obstar el éxito del fraude, pues, al ser innecesaria su motivación y careciendo de alguna fase en que controvertir su admisibilidad, abre fácilmente el camino de una discusión nueva del pleito. No son muchas, sin embargo, las posibilidades que ofrezca, pues la restricción del conocimiento, centrado a los problemas, de la primera instancia, dificulta la libre investigación y la aportación de nuevos elementos de juicio. Con todo, en algún supuesto del apartado 4º. del artículo 862 de la LEC., o cuando aparezca algún documento que arroje cierta luz sobre el fraude, con arreglo a los artículos 863 y 506 combinados, puede ser, aunque la brevedad del plazo para la alzada lo obstaculice mucho, un portillo muy hacedero el de la segunda instancia, que pueda bastar al propósito liberador del defraudado.

Mucho más difícil de justificar ha de ser la procedencia del recurso de casación, donde hay ya módulos limitativos y una fase preliminar destinada a la determinación de la admisibilidad. Ya sabemos ⁽²³⁶⁾ que el error producido por el fraude no encaja exactamente en el concepto del error **in procedendo**, ni en el del error **in judicando**, sino que reviste una forma peculiar y autónoma que se ha denominado **error total**. En la esfera de la casación, pues, paralelamente, antes de nada, se presentará la cuestión de fijar si el recurso interponible lo será por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Una primera solución que se ofrece estaría en recurrir al **mixto** de las dos causas, estimando que el error total es una suma de las dos clases de infracciones. Esta conclusión sería desacertada, ya que el recurso de casación por quebrantamiento de forma y a la vez por infracción de ley, está trazado sobre el hecho de concurrir estas dos entidades en un solo proceso, pero independientes la una de la otra. En cambio, el error total supone una inseparabilidad esencial que no permite referir las infracciones a dos momentos distintos del proceso. Es mejor, por tanto, recurrir a otra construcción.

Ahora bien, la casuística completa del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina, según se desprende del artículo 1.692, no permite encuadrar el fraude dentro de este marco delimitativo, a no ser como aplicación indebida de la ley, para lo cual es menester forzar el sentido del apartado primero de dicho artículo. Esta consideración abrevia las diligencias interpretativas y persuade a pensar en el recurso de casación por quebrantamiento de forma como vehículo más apropiado para la impugnación del fraude, pues efectivamente el número segundo del artículo 1.693 presta el apoyo necesario, ya que careciendo el proceso fraudulento de controversia real hace ineludible la falta de legitimación por una o ambas partes, con el consiguiente defecto de **personalidad**, tal como nuestra Ley lo entiende.

²³⁵ Vid. **Proceso y forma**, cit. VI, 8.

²³⁶ Vid. **Capítulo III**, 2ª. parte b) 3.

Así, pues, la sentencia viciada de fraude es, según esto, recurrible en casación, por quebrantamiento de forma. Durante la substanciación del recurso no se dará ninguna diferencia; pero ésta surgirá en el momento de declararse la realidad del fraude. La disposición del artículo 1.766, que se refiere al *reenvío* de los autos para reponerlos al estado que tenían cuando se cometió la falta, es aquí innecesaria, pues, sentada la falta de litis, corresponde decidir la nulidad de todo el proceso y su imposibilidad jurídica de ser, con lo cuál basta la decisión resolutoria anulando el proceso, y el trámite del reenvío pierde su razón de existir.

Por otra parte, al Tribunal de última instancia le queda siempre la posibilidad de hacer una declaración de nulidad *ex officio*, aunque no se dirijan a ello las pretensiones de las partes.

3. Los recursos de apelación y casación están condicionados a un plazo demasiado estrecho para servir eficazmente a la impugnación del fraude. Con mucha probabilidad se agotarán sin que surja ningún elemento probatorio que asegure la convicción judicial. Esto no sucede con la revisión, la amplitud de cuyo ejercicio garantiza la afectividad.

El recurso de revisión en nuestro derecho positivo está específicamente destinado a dirimir el dolo y el fraude procesal, y cualquiera de las hipótesis del artículo 1.796 tiene siempre delante un manejo doloso de una parte. La expresión del número cuarto de dicho artículo es, a este respecto, sobradamente aleccionadora al aludir a *una maquinación fraudulenta cualquiera*. Laudablemente se han concebido estas nociones con la debida abstracción para que sean fecundas. Objetivamente, pues, en lo que mira a la maquinación, no existe ningún límite a la admisibilidad del recurso; pero, en cambio, por obra de la legitimación, se origina una restricción importante.

En efecto, por la propia naturaleza de la revisión, al ser conceptuada como un recurso⁽²³⁷⁾, queda sólo legitimado para actuar el perjudicado por la sentencia firme o sus causahabientes, como autoriza a creer el artículo 1.801. Al ser así, en la mayor parte de los casos el fraude bilateral queda excluido de la revisión, porque, dirigido contra un tercero, éste carecerá de la legitimación activa adecuada. Sin embargo, a mi ver, el proceso colusorio es recurrible por cualquiera de los simulantes contra el otro, en el caso de pararle algún perjuicio. La LEC. guarda silencio al respecto y, por consiguiente, no se da motivo alguno que pudiera justificar la, exclusión, como sucedía antes en el Derecho italiano, en donde el caso D'Angelo-Pecoraino puso de manifiesto el extremado rigor que supondría identificar la legitimación activa con el fallo adverso. El moderno Código procesal italiano, teniendo en cuenta estas observaciones, ha modificado el criterio, estableciendo la intervención del Ministerio Público en algún supuesto, como en el caso de ser la sentencia obra de la colusión de las partes para defraudar la ley (art. 397)⁽²³⁸⁾.

Por lo que se refiere a la substanciación del recurso, nada hay que advertir, pues ninguna peculiaridad ofrece en los casos de fraude.

Se interpone la demanda de revisión ante la Sala primera del Tribunal Supremo dentro de los tres meses de sucedido o conocido el hecho que la motiva y antes de los cinco años de la fecha de publicación de la sentencia, cuya firmeza se exige también. Los casos que justifican la revisión son los del artículo 1.796. Interpuesto el recurso y acreditado, en su caso, el depósito, el Tribunal

²³⁷ Se habla de *recurso* de revisión en un sentido *positivo* del vocablo, aunque quizás el concepto de acción impergnativa sea más adecuado. Cfr. Helnig, *System des deut'zivil prozessrechts*, p. 81.

²³⁸ ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1946, II, p. 295.

reclama los antecedentes y hace los emplazamientos oportunos (1.801). Se oye a las partes como en los incidentes, y al Ministerio Público sobre la admisibilidad (1.802).

Es la decisión, Como se deduce de los artículos 1.806 y 1.807, la que presenta un rasgo de mucho interés. Según el primero de dichos artículos, «si el Tribunal Supremo estimare procedente la revisión... rescindiré *en todo o en parte* la sentencia impugnada, según que los fundamentos del recurso se refieran a la totalidad o tan sólo a alguno de los capítulos de la misma sentencia». Y según el artículo siguiente, «el T. S., una vez dictada la sentencia que por admitirse el recurso de revisión rescinda en todo o en parte la sentencia firme impugnada»... devuelve los autos para el juicio de reenvío.

Las declaraciones de estos dos artículos ponen al descubierto la exactitud de nuestras observaciones acerca de la diversidad de supuestos de dolo y fraude comprendidos dentro del ámbito del recurso, pues al lado de la rescisión parcial, a que el dolo puede dar lugar, está la rescisión total que tiene que ser un corolario inevitable del fraude. Anda, pues, acertada nuestra LEC. al expresar separadamente las dos hipótesis.

No lo está, en cambio, al exigir en los dos supuestos el juicio posterior de reenvío, pues en el de abrogación total de la sentencia recurrida no se ve ningún posible justificante, ya que la única declaración ulterior que haría falta, a saber, la de daños y perjuicios, es incuestionable que habría de hacerse en otro proceso, aunque la LEC. no lo preceptuara. Lo mejor será hacer del juicio rescisorio una modalidad de la ejecución destinado a llevar a la práctica los pronunciamientos positivos de la revisión.

b) 1. El sistema de recursos previsto en nuestro derecho positivo no basta para asegurar la reprensión, ni aun para satisfacer las exigencias de la justicia concediendo la posibilidad de impugnar todas las hipótesis del fraude. En particular ya hemos visto cómo el fraude bilateral es ajeno a la revisión. Por consiguiente, hay que acudir a otro medio más universal y al mismo tiempo de mayor simplicidad de trámites, si esto es posible, por cuya mediación quepa la oportunidad de destruir la eficacia de un proceso cuando adolece de un vicio total.

En el derecho positivo español esto es sólo posible mediante la, acción de nulidad regulada por el artículo 4º., cuya aplicabilidad, no sólo por su posición sistemática, sino también por la universalidad de su sentido, tiene que alcanzar a todos los actos jurídicos de cualquier clase que sean y, por ello, también al proceso.

Con anterioridad a la teorización propiamente dicha, de la acción de nulidad, se presenta el problema de saber a quién corresponde interponerla. En nuestro derecho positivo, dominado por el, principio de la pasividad oficial, no cabe siquiera plantearlo; pero *ex iure condendo*, la cuestión no aparece tan clara.

Frente a una cuestión de *orden público*, como es la ordenación formal del proceso y su fin institucional pervertido en el fraude, se trata de saber si deberá prevalecer el principio de irrevocabilidad, según el cual el juez no puede modificar el contenido de lo resuelto sin justificada excitación de parte, o si, contrariamente, habrá que conceder prioridad a la Justicia formal tan hondamente afectada por el proceso fraudulento y autorizar la modificación de la sentencia si el juez viene en conocimiento del fraude, sobre todo cuando sea el bilateral.

Realmente, la actitud elegible es dudosa. En los casos en que la maniobra fraudulenta tenga un destinatario concreto y se pueda fundadamente presumir su reacción, la seguridad jurídica aconseja pronunciarse en favor de la irrevocabilidad.

En cambio, en el estricto fraude a la ley cabría orientarse en sentido contrario. Sin embargo,

dentro del oportunismo político del problema, para el momento actual del derecho español, tan alejado de la inquisición de oficio, juzgo preferible adoptar el criterio de la pasividad. Quizás, de una manera semejante a lo que ocurre en la revisión italiana, la intervención fiscal podría ofrecer una solución neutra, siquiera haya que afirmar una desconfianza casi absoluta en la realización práctica de este criterio, pues el Ministerio Público permanece demasiado alejado de los autos para que logre desentrañar la maniobra fraudulenta.

2. En el ejercicio de la acción de nulidad consiste el mejor remedio contra el fraude. Aparte de las ventajas de su universalidad, ya señaladas, otra no menos notable está en reproducir el problema del fraude en el propio campo de acción en que se ha desarrollado éste. Acaso el juez haya tenido atisbos de su existencia que, sin embargo, no pudiera atender por insuficiencia de los medios probatorios o de los indicios susceptibles de la maniobra. La reproducción del problema nuevamente, aportando instrumentos de convicción inéditos, le proporcionará, tal vez, la ocasión de reparar el involuntario desacierto del fallo.

De todas suertes, aunque no sea así, es mucho más fácil reunir en primera instancia los instrumentos probatorios y recoger los indicios extraprocesales (y aun los procesales, pues para el juez que tramita tienen mucha más vida los autos), porque la proximidad a las partes y al medio en que desarrollan su actividad es mucho mayor y acrecienta los factores del conocimiento.

El ejercicio de la acción de nulidad está permitido a cualquiera que tenga interés en la declaración. Dentro de la esfera del derecho privado, la legitimación activa alcanza aquí su mayor extensión, su máxima universalidad; pero se mantiene aun el principio del interés en obrar como soporte de la viabilidad de la pretensión.

Los trámites procesales que han de seguirse para la substanciación de la acción de nulidad habrán de ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 481 de la LEC, los del procedimiento declarativo ordinario correspondiente. A pesar de la falta de una disposición terminante de nuestra LEC. no dudo en afirmar que el Tribunal competente para conocer de la acción de nulidad derivada de un proceso fraudulento ha de ser el que lo substanció en primera instancia. No solo por la conveniencia práctica de poseer el material completo de los hechos, sino, incluso, porque el espíritu del artículo 55 lo requiere, y aun porque es evidente que la determinación de la competencia en el primer proceso es determinante de ella en todos los demás que se deriven como incidencias de aquél, puesto que, realmente, hay que considerar que la acción de nulidad ejercitada contra una sentencia no es más que una forma de recurso *autorizado* contra ella, de tal modo que puede considerarse como una nueva fase de la discusión procesal que la legislación positiva previene.

El artículo 1.467 de la LEC., el único de nuestro sistema positivo, que hace referencia clara a una hipótesis de fraude procesal y asegura el procedimiento cómo rebatirlo, fortalece el criterio de conexión entre las litis y corrobora la exactitud de nuestro criterio al afirmar nulidad total del proceso fraudulento. Indudablemente, el estudio los efectos que produce la declaración de nulidad en el juicio ejecutivo es utilizable como un criterio de analogía que aplicar.

A estos efectos, el artículo 1.473, al preceptuar los pronunciamientos que ha de contener la sentencia en el juicio ejecutivo, dice: «Declarar la nulidad de todo el juicio o parte de él»; a cuya declaración el artículo siguiente hace corresponder esta otra: en este caso, «cada parte pagará (las costas) causadas a su instancia, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, o por vía de corrección, al funcionario que hubiere dado lugar a la nulidad del procedimiento».

Categoricamente hay que señalar que la nulidad total del proceso ocasionada por el fraude trae consigo la imposición obligatoria de las costas a la parte a quien sea imputable. En esto tiene que haber estrecho paralelismo entre lo que ocurre en el juicio ejecutivo y lo que ocurra en el proceso de nulidad. En cambio, este paralelismo se rompe al enjuiciar los efectos *culposos* (digamos así en atención a las manifestaciones jurisprudenciales en torno al artículo 1.102 de CC.) que imponen la reparación del daño causado con el fraude. En el juicio ejecutivo, como consecuencia de la sumariedad con la cognición limitada de la causa, no se encuentra la oportunidad procesal adecuada para realizar una computación del daño y la evaluación de los perjuicios inferidos; por eso, naturalmente, no se mencionan, aun que no cabe, sin embargo, negar su legitimidad. Para hacerlos efectivos sería preciso recurrir a un proceso posterior, que lo sería el declarativo ordinario. Esto no debe suceder con el proceso de nulidad en donde la discusión puede extenderse también a la fijación de la medida de los daños para el caso de que el carácter fraudulento de proceso anterior fuera reconocido. Lo contrario sería gravar con molestias nuevas al defraudado, menguando o dificultando la justa reparación que le es debida.

Otro de los efectos que la acción de nulidad produce es el posibilitar, por medio de su ejecutoriedad, la restauración de la situación jurídica discutida al momento anterior al fraude, en todo cuanto sea posible.

Hay que anotar, por último, que una de las características fundamentales de la acción de nulidad, que le otorga una fisonomía particular, es su imprescriptibilidad. El plazo de interponerla es indefinido; por consiguiente, pues, como Castán advierte, «la inexistencia es perpetua e insubsanable, no pudiendo ser objeto de confirmación ni prescripción»⁽²³⁹⁾. Ahora bien, como se verá después, hay que poner a salvo, en todo caso, los efectos sanatorios de la prescripción adquisitiva que, actuando en sentido contrario, pueden, obrando como excepción, hacer ineficaz aquel principio teórico.

3. Alguna vez nuestro Tribunal Supremo, buscando un medio para impugnar el fraude procesal, ha recurrido al artículo 1.111 del CC, dando la extensión debida a la acción revocatoria, que ha de abarcar, universalmente, a todos los actos que el deudor realice en fraude de los derechos de sus acreedores⁽²⁴⁰⁾.

Evidentemente, aunque sólo a algunas hipótesis de fraude bilateral pueda aplicarse la acción pauliana, no cabe duda de que proporciona notable utilidad.

En efecto, es en el campo del fraude de acreedores, especialmente en las situaciones de concurso y quiebra, en donde el más afortunado juego de presunciones que existe en el derecho sirve mejor, para evitar los efectos del fraude, que en los demás casos la suma de presunciones e indicios de todas clases.

Para que la acción pauliana sea viable, como ha precisado muy bien el jurista mexicano Romero Sánchez⁽²⁴¹⁾, es necesario el concurso de estas condiciones: A), la existencia de un perjuicio patrimonial producido por una sentencia; B), que esa sentencia se haya ganado mediante la

²³⁹ *Derecho civil español común y foral*, 1943, II, p. 644. T. SS. 6-3-909; 11-1-928; 31-10-922 T. ENNECERUS, KIPP y WOLF (trad. Pérez-Alguer), Parte general., II, p. 354.

²⁴⁰ SS. 9-7-913; 18-6-907;...

²⁴¹ *La revocación de los actos realizados en fraude de acreedores*, México, 1941, páginas 152 y ss.

colusión de las partes; Q), que entre la colusión y la sentencia exista un nexo de causalidad; D), que esta misma relación pueda ser establecida entre la sentencia y el daño; y K), que (evidentemente) exista el crédito con anterioridad a la sentencia.

Si concurren todas estas condiciones habrán salido a escena las presunciones de fraude que las leyes positiva previenen. Ahora bien, el problema capital que puede plantearse en estas circunstancias es enteramente distinto. Se trata de que la colusión se acredite, y así las cosas, es claro que seguimos ante la *probatio diabólica* de que anteriormente hicimos mención. Sin embargo, hay aquí un medio bastante preciso con que apreciar y destruir el fraude. Partiendo de la presunción de que los antecedentes próximos a la falencia patrimonial son sospechosos de fraude, se tiene que pensar que los actos del deudor carentes de una justificación cumplida, son dolosos. Así ha de hacerse con el proceso. Cuando el deudor no demuestre la necesidad del proceso promovido por él, o la otra parte, si se ha iniciado a su instancia, entonces, si la sentencia establece un gravamen sobre el patrimonio del fallido que mermando su capacidad de pago disminuya la responsabilidad total prevista en el artículo 1.911, los efectos económicos del proceso deben ser excluidos. De la misma manera, cuando por confesión o allanamiento se venga a declarar la existencia de una deuda falta de fundamento quirografario, y sobreviene la declaración de concurso o quiebra, si los créditos no alcanzan a satisfacerla y no se justifica el hecho que la produjo, la presunción de fraude debería alcanzarla y retrasar su pago a una época posterior cuando se hayan solucionado ya el concurso o la quiebra.

VII

El fraude procesal como obstáculo de la cosa juzgada

- SUMARIO:**
- a) El problema de la cosa juzgada y su limitación: 1. Planteamiento; 2. Teorías y justificación de la cosa juzgada; 3. Relatividad de la cosa juzgada; 4. Fronteras de su eficacia.
 - b) La cosa juzgada con relación al fraude procesal: 1. El límite existencial de la cosa juzgada; 2. El fraude como obstáculo jurídico en la producción de la cosa juzgada; 3. El criterio absolutista y su limitación.

a) 1. Cualquier estudio del fraude procesal sería incompleto investigar la influencia que sobre la cosa juzgada pueda proyectar Toda elaboración ontológica de un problema jurídico carece de una finalidad ulterior a ésta: trazar su perfil eidético para darle por él, el tratamiento práctico que corresponda. Se ha determinado del fraude el ámbito conceptual y el modo de su reconocimiento, y queda, tal vez, la más importante de las cuestiones: prefijar hasta qué punto debe ser combatido.

El fraude procesal, como un supuesto del fraude a la ley, adolece de un vicio de nulidad. Ahora bien, la declaración de derechos que surge de una sentencia ganada en fraude, ¿es afectada por la fuerza de la cosa juzgada o, por el contrario, el fraude procesal impide que la cosa juzgada se constituya? Se trata de saber, según esto, cuál de los dos principios obtiene valor preponderante, si se concede prioridad al principio de *orden público* que preside el funcionamiento de la institución procesal, o si, por el contrario, la inmutabilidad de la cosa juzgada se impone sobre toda otra consideración.

Las relaciones de causalidad que puedan existir entre las dos figuras serán, en último término, el canon dogmático justificativo.

Todo esto está en estrecha correspondencia con las teorías y justipreciación de la cosa juzgada. Conviene, pues, antes de nada, despejar la incógnita que plantea la fundamentación objetiva de dicho instituto.

2. Cuando se quiso dar una base racional al problema inquietante de la cosa juzgada, la doctrina jurídica se vió frente a una doble dificultad. Había, en primer término, que precisar la esencia de aquella institución, esto es, cómo debiera ser considerada jurídicamente; era necesario después encontrar el porqué de su inconvencionalidad, la razón de su mantenimiento coactivo, aun en el caso de evidenciarse el error lógico o el carácter antijurídico de la sentencia.

Siguiendo a Guasp⁽²⁴²⁾ se pueden agrupar en dos direcciones las teorías explicativas de la cosa juzgada. Una primera concepción *lógica*, que valora el grado de verdad en que se asienta la decisión, y una concepción *jurídica*, que atiende a la medida de la influencia ejercida sobre el derecho.

Dentro de la dirección lógica, tan preocupada por el dualismo entre la realidad y la sentencia, lo principal era la certidumbre del fallo, su coincidencia con el derecho material.

En su «Sistema de Derecho Romano actual», definía Savigny la cosa juzgada como una «ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación»⁽²⁴³⁾.

²⁴² GUASP, *Los límites de la cosa juzgada*, *Cursillo de conferencias en la Universidad de Madrid, abril de 1946. (Inéditas).*

²⁴³ *Sistema de Derecho Romano actual*, edic. esp. de MESÍA y POLEY, V, p. 168.

Esta manera de concebir incidía, precisamente, en el mismo vicio dialéctico que Savigny quería evitar. La cosa juzgada, sentida como ficción, es inaplicable al supuesto de conformidad entre la resolución jurisdiccional y el deber ser positivo.

Por otra parte, los fundamentos de mera política legislativa, que el ilustre romanista concede a la inapelabilidad, hacen su construcción aún más endeble.

Ya Pothier⁽²⁴⁴⁾, anticipándose a esta concepción, había incorporado a las legislaciones modernas a través del Código Napoleónico⁽²⁴⁵⁾, otra teoría: la de la presunción de verdad, que recogiera en el pensamiento de los glosadores medievales. La fuerza de la cosa juzgada se debe, según este punto de vista, a que la declaración formulada en la sentencia se presume cierta, y esta presunción *juris et de jure*, al no admitir, dentro de su radio de acción, ninguna prueba en contrario, resulta indestructible y vinculante⁽²⁴⁶⁾. La razón de este modo de proceder radica para esta hipótesis, en la necesidad de impedir la perturbación social que provendría de una serie ilimitada de procesos sobre una misma cosa.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1.251, se adhiere con firmeza a esta doctrina, estableciendo que: «contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión»⁽²⁴⁷⁾.

Un regreso a estas concepciones representa Arturo Rocco⁽²⁴⁸⁾, para quien la causa de la inmutabilidad de la cosa juzgada reside en la equivalencia jurídica que existe entre la certeza subjetiva y la realidad la cual tiene por fundamento la inasequibilidad de la verdad objetiva, pues, en defecto de ésta, el Derecho positivo se contenta con aquélla y la protege incondicionalmente.

Todas las concepciones lógicas llevan consigo el gravamen de un punto de partida defectuoso. La veracidad que se puede traducir en la sentencia es esencialmente relativa, puesto que, aunque en el momento de ser dictada fuera plenamente acomodada al Derecho, el curso del tiempo, modificando el régimen jurídico o las condiciones fácticas, es capaz de producir un cambio que destruya la equiparación entre lo establecido y lo legislado.

En nuestros días la doctrina dominante se atiene a una visión estrictamente jurídica del problema, aunque sea escindida en dos corrientes de opinión. Por una parte se pretende dar una fundamentación, desde un punto de vista del derecho material, al dualismo que puede surgir entre la realidad y la sentencia. Por otra parte, se tiende a explicar, nada más, el fenómeno procesal que origina la imposibilidad de la discusión. Así se habla de las teorías material y procesal de la cosa juzgada.

La teoría material de la cosa juzgada ha tenido dos expresiones fundamentales. Se ha sostenido

²⁴⁴ Vid. *Obligations*, núms. 850 y sigs.

²⁴⁵ Artículo 1351.

²⁴⁶ Vid. GLASON TISSIER ET MOREL, *Traite theorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédé civile*, III núms 774 y sigs.

²⁴⁷ Y esta es también la atrasada opinión de la Jurisprudencia

²⁴⁸ *Trattato della cosa giudicata*, Modena, 1900 y en *Opere giuridiche*, Roma, 1932, II, pp. 33 y sigs.

antes que nada que la decisión jurisdiccional daba lugar a una *novación* de pleno derecho, de tal modo que la relación jurídico-material controvertida resulta siempre sujeta a una condición que pende del fallo. Esta tesis, que pudo ser aplicable al Derecho romano, es inaceptable en el moderno, según los críticos, porque deja sin explicar las limitaciones subjetivas de la cosa juzgada y convierte en constitutivas todas las sentencias ⁽²⁴⁹⁾.

Pagenstecher ⁽²⁵⁰⁾, aplicando asimismo principios del derecho material, sostuvo paralelamente que por la cosa juzgada se produce una situación jurídica semejante a la que surge de la transacción, por la cual las partes convienen, cediendo y aceptando, fortalecer una relación material confusa. Lo mismo que la hipótesis precedente, es ésta quizás adaptable al proceso romano, obra de un contrato (más tarde de un cuasicontrato), pero resultará siempre forzado extender su aplicabilidad al derecho moderno, porque ¿qué queda de la transacción una vez que se arranca la voluntariedad del consentimiento?

Las teorías procesales de la cosa juzgada dimanaban de Hellwig. Este ilustre procesalista sintió la inexactitud de salirse del Derecho procesal para encontrar la clave de una de las instituciones básicas del proceso y, alterando las directrices antiguas, se fija en la imposibilidad de replantear la litis, devenida de la vinculación de todos los órganos jurisdiccionales a raíz de ser dictada la primera sentencia firme ⁽²⁵¹⁾.

En esta misma tendencia patrocinó Ugo Rocco otra hipótesis de gran interés, entendiendo que la cosa juzgada, al señalar el momento de cumplirse la prestación jurisdiccional, es causa de extinción o de modificación del derecho de acción civil ⁽²⁵²⁾.

Con independencia de todas estas construcciones, ha tentado Merkl, siguiendo las sugerencias de su doctrina del sistema legal jerárquicamente escalonado, apoyar la cosa juzgada en una vigencia permanente propia de toda norma jurídica —y la sentencia lo es en concreto—, por cuya cualidad son esencialmente inmutables, excepto en los casos previstos por el ordenamiento positivo. Ahora bien, como la mutabilidad no está prevista para la sentencia, ésta tiene que ser inmutable ⁽²⁵³⁾.

No cabe aceptar por entero ninguna de las soluciones propuestas porque, o dejan el problema pendiente trasladándolo sólo a otro punto más lejano, o dan un rodeo lógico para dejarnos en el

²⁴⁹ Vid. WENGER, *op. cit.* pp. 308 sigs. *Gai. III, 180*.

²⁵⁰ *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlín, 1905; t. *L'efficacia del giudicato contro il vincitore nel diritto processuale civile germánico*, *Studi in onore de Chiovenda*, pp. 624 y sigs.

²⁵¹ *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1901; al contrario sostiene la superioridad de la teoría material ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*, en *RDPC*, 1935, I, pp. 215 y sigs.

²⁵² *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, 1917; t. *Derecho procesal civil*, trad. esp. de FELIPE DE J. TENA, México, 1944, pp. 280 y sigs.

²⁵³ *Die Lehre von Rechtskraft* 1923; cfr. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925.

mismo lugar donde estábamos ⁽²⁵⁴⁾.

Todas estas teorías son insatisfactorias, pues dejan sin explicar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada. Intentaré, por esto, desarrollar otra, teniendo a la vista que sólo será exacta cuando comprenda y explique satisfactoriamente todos los fenómenos de la realidad a que es aplicable.

En este aspecto, los efectos que hay que tener en cuenta son la imposibilidad de retroceder y de avanzar, esto es, de volver atrás en el proceso para reproducirlo, o de ir más adelante utilizando una nueva instancia o recurso.

La existencia de un momento a partir del cual el pronunciamiento de una resolución judicial sea inmutable, brota del mismo fin institucional del proceso, puesto que el orden jurídico es inasequible si cabe multiplicar el número de los litigios abriendo ilimitadamente la posibilidad de reproducir la misma controversia. Esto equivaldría a impedir la seguridad social, lo que sería contradecir el fundamento mismo del proceso, ya que la ordenación positiva del Derecho se dirige, en último término, hacia esta finalidad.

Desde la perspectiva de su inmutabilidad, la cosa juzgada no es más que una manifestación del acto de soberanía, entendida ésta como la decisión en el caso límite ⁽²⁵⁵⁾. En efecto, una construcción jurídica de la soberanía necesita desvincularla del elemento personal o corporativo y considerarla como una propiedad del acto jurídico en que se concreta la última instancia. En este aspecto no existe ninguna persona o acción en que resida la soberanía; pues, de ser así, todas las decisiones adoptadas por ella acusarían esta cualidad. Lo que ocurre, por el contrario, es que determinados actos jurídicos, procedentes de muy distintas personas, son susceptibles de expresar la voluntad del Estado y protegerla, proyectando a este fin toda su fuerza coactiva. La sentencia es uno de los actos susceptibles de ser soberanos, de llegar a ser una manifestación de la voluntad estatal ⁽²⁵⁶⁾. Ahora bien, la voluntad estatal es, por necesidad, inderogable; luego, desde el momento en que la sentencia traduzca esta voluntad, lo será también.

Saliendo al paso a un reparo, es preciso advertir que la ley *sólo a través de la sentencia* es voluntad estatal, hasta entonces es, a lo más, pensamiento deliberativo del Estado, y por ello *puede cambiar* ⁽²⁵⁷⁾.

²⁵⁴ *Una crítica aguda en Rocco (Ugo), op. cit. y LIEBMAN, Efficacia ed autorità della sentenza, Milano, 1935. La tesis que este ilustre procesalista sostiene es del mayor interés, pues afirma, trasladando el problema de la c. j. que ésta debe concebirse como una calidad de los efectos de la sentencia, y no como un efecto más de la misma. La distinción, desde el punto de vista en que se coloca, puede ser fecunda; pero, personalmente me parece preferible adoptar otro criterio. Vid. sobre esta cuestión, CARNELUTTI, Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza, en RDPC, 1935, I pp. 205 y sigs., y réplica de LIEBMAN, Ancora sulla cosa giudicata, en la misma Rev. 1936, pp. 237 y sigs. Vid. t. la interesante posición de Betti, en Riv. dir. comma. 1929 I, 544 y sigs.*

²⁵⁵ *Vid. CARL SCHMITT, Teología Política, en Estudios políticos, pp. 35 y sigs.*

²⁵⁶ *Vid. conforme, CORSINI, La giurisdizione, Milano 1936, pp. 181 y sigs.*

²⁵⁷ *Cfr. Contrariamente, ROCCO, Sentenza civile, p. 44. En Schönke, Zivilprozessrecht, 1943, 263 n. puede verse la exposición de los motivos políticos por los cuales la acción de la cosa juzgada se interrumpe.*

Según estos principios, el problema tan obsesivo del poder legitimador, de la cosa juzgada se contesta llanamente desde una consideración que supera y alcanza la concepción material y la procesalística.

La privación al vencido de reproducir la *res judicata* es *la expropiación forzosa por causa de necesidad pública del derecho a actuar una pretensión*. Aquí, mejor que en el Derecho administrativo, cabe hablar de expropiación forzosa, puesto que la indemnización económica viene excluida en el caso de sentencia injusta por la necesidad de que la declaración se hiciera en otro proceso, cosa ésta incompatible con la misma razón de la inmutabilidad.

Esta expropiación forzosa del derecho de pretensión explica satisfactoriamente tanto los efectos procesales como los efectos materiales de la cosa juzgada. Realmente, los efectos procesales de la cosa juzgada, opere de oficio u opere como excepción, se reducen a que el Tribunal, sin pasar a conocer las razones de fondo alegadas, deniegue otra resolución sobre el mismo. Ahora bien, supuesta la existencia del derecho material, la privación de su ejercicio sólo puede explicarse por una expropiación verificada en beneficio del bien común, al que todo derecho subjetivo se subordina.

Pero aún más, aunque se prescindiera de la existencia o inexistencia del derecho material, el resultado es idéntico, porque, como la declaración de inexistencia no se puede anteponer al proceso, sino que tiene que ser una consecuencia del mismo, el obstar la posibilidad del proceso, sin saber si el demandante tiene o no razón, es también expropiarle de su derecho de defensa.

Los efectos de la cosa juzgada sobre el derecho material no se producen directamente, sino que son un corolario de los fenómenos que en el orden procesal sobrevienen. Verdaderamente, decidido que la ejecutoriedad no es un efecto de la cosa juzgada, sino de toda sentencia —si bien cada una lo haga a su modo⁽²⁵⁸⁾—, puesto que sentencias que no producen la cosa juzgada son susceptibles de ejecución, es preciso también admitir que sólo de un modo reflejo influye la cosa juzgada en el derecho material, ya que la imposibilidad de modificar la situación jurídica constituida por la resolución judicial surge cabalmente de la inadmisibilidad de una pretensión sobre el mismo conflicto⁽²⁵⁹⁾. Por este motivo, expropiarle a uno el derecho de pretensión equivale a expropiarle el derecho material, *en el caso de que lo haya tenido*⁽²⁶⁰⁾.

3. La cosa juzgada supone, en definitiva, el establecimiento de un *statu quo* para una determinada situación jurídica. Ahora bien, esto no impide que el contenido de una sentencia tenga un radio de acción limitado. En este punto se la puede considerar afectada de una cláusula *rebus sic stantibus*.

Entre el principio de irrelevancia de la cosa juzgada con relación a terceros, heredado de la mejor

²⁵⁸ *El único problema aparente brota de la sentencia en el proceso instrumental; pero aquí hay también ejecutoriedad, aunque sea sui generis.*

²⁵⁹ *En el caso de conflicto de intereses distinto la necesidad pública no existe y es, por consiguiente, innecesaria la expropiación.*

²⁶⁰ *Sobre la cosa juzgada en general y sus teorías, Vid. en España, LEÓN Y OLARIETA, Observaciones filosóficojurídicas acerca de la autoridad de cosa juzgada, en RGLJ, pp. 5 y sigs.; CALDERÓN, en id., La función negativa de la cosa juzgada, 1906, pp. 369 y sigs. GÓMEZ ORBANEJA, Las teorías de la cosa juzgada, 1931; SILVA MELERO, en RGLJ, 1936, pp. 37 y sigs.*

doctrina romanística ⁽²⁶¹⁾, y las opiniones modernas de la *repercusión* ⁽²⁶²⁾ o *eficacia refleja* de la sentencia (con relación a terceros) ⁽²⁶³⁾, corre toda una gama de teorías que tratan por diversos caminos de dar explicación a un doble fenómeno jurídico: la eficacia real de la sentencia más allá de la persona de las partes y la necesidad de que estos efectos, *como cosa juzgada*, tengan influjo sólo entre los litigantes.

La solución de este problema depende nada más de coordinar debidamente estas apariencias antagónicas. Siguiendo una trayectoria ideológica análoga a la de Liebman ⁽²⁶⁴⁾, que me parece el camino más aceptable que puede seguir la investigación, intentaré realizar aquella coordinación.

Para afrontar acertadamente estas cuestiones, precisan distinguirse los efectos de la sentencia en dos clases. Toda sentencia, como acto jurídico, engendra una doble serie de fenómenos. En un sentido, su eficacia tiene una extensión absoluta, y en este aspecto nadie puede ser considerado como tercero, pues su valor es universal. En otro sentido, su eficacia es relativa, se circunscribe a las partes y a quien de ellas traigan causa, pero no alcanza a los demás, porque su validez es concreta.

Ahora bien, los efectos absolutos de la sentencia no tienen nada que ver con la cosa juzgada, sino que son insusceptibles de producirla. En verdad, los efectos absolutos de la sentencia se salen del campo procesal para entrar en el derecho material, y en cambio, ¿qué tiene que ver la expropiación forzosa del derecho de pretensión, que se hace a personas concretas, con la validez universal de una sentencia, cuando es así que si la expropiación fuera de carácter general, como lo sería en el caso de extensión a terceros de la cosa juzgada, excluiría ya necesariamente la utilidad pública? Luego se impone concluir que cosa juzgada y efectos absolutos están en contradicción.

Los efectos absolutos de la sentencia son únicamente aquellos que se derivan de su *forma*. Toda forma —para decirlo de acuerdo con la doctrina más general, ya que es imposible exponer aquí las propias ideas— constituye para la persona favorecida con ella una apariencia de titularidad, la cual es la única *presunción* jurídica que puede ser correctamente admitida. Pues bien, la forma como proyección extraprocesal de la protección jurídica ⁽²⁶⁵⁾, es una defensa apriorista de la titularidad presuntiva valedera *erga omnes* y que se traduce en una liberación de la carga probatoria. Con esto, la sentencia adquiere universal eficacia, puesto que para destruir sus efectos es imprescindible una actuación procesal previa.

Ahora, esta actuación procesal, que no puede menos de concederse, implica precisamente la no extensión de la cosa juzgada al ámbito de validez formal de la sentencia, con lo cual la

²⁶¹ Vid. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, pp. 511 y sigs.

²⁶² SEGUÍ, *Intervento adesivo*, 1919, pp. 113 y sigs. Cfr. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen des Rechtskraft*, pp. 3 y sigs.

²⁶³ CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, en *Studi*, I, pp. 438 y sigs.

²⁶⁴ *Op. cit.* párrafo 6.

²⁶⁵ Vid. *Proceso y Forma*, cit.

inmutabilidad tiene que adscribirse a límites subjetivos bien determinados. El problema de la fijación de estos límites desaparece con sólo formularlo a la luz de dos principios básicos del proceso. En primer término, el principio de contradicción, que excluye del alcance de la cosa juzgada a todos los que no hayan tenido la oportunidad procesal de oponerse. Después, el principio de la legitimación para actuar que, al requerir la titularidad, al menos formal, para intervenir como demandante en un proceso, impide la oposición a las resoluciones que versan sobre la existencia de un estado jurídico.

Teniendo presente, además, que la substitución procesal es una de las formas de contradicción, aunque sea contradicción para otro, es factible señalar ya los límites subjetivos de la cosa juzgada.

En primer lugar tiene fuerza vinculante entre las partes, entendiendo por tales, no sólo cuantos han intervenido en el proceso, sino también aquellos a quienes se ha dado la oportunidad de intervenir, aunque se mantuvieran en rebeldía. Con el mismo carácter afecta a los sucesores de las partes, lo sean por derecho material o procesal, es decir, los causahabientes o los que hacen gestión procesal para terceros. (CC. 1252³, -TS 21-5-913. 26-5-933).

Cuando se dice que la cosa juzgada se extiende universalmente en el ejercicio de acciones de nulidad o declarativas de un estado jurídico, por provenir de procesos dominados por el **principio inquisitivo**, se incurre en una inexactitud. La cosa juzgada no se extiende jamás a terceros, aunque el contenido de las sentencias constitutivas y declarativas de un estado o revocatorias del mismo impongan a terceros **como un hecho objetivo** la existencia o inexistencia de una situación jurídica ⁽²⁶⁶⁾. Lo que ocurre en estos supuestos es que los terceros, precisamente por el hecho de serlo, dada la naturaleza especial de esta clase de sentencias, carecen para su impugnación de la **legitimatío ad causam**. Es por este motivo por lo que no les es dado entablar un nuevo proceso sobre lo mismo, no porque actúe la cosa juzgada.

La cosa juzgada es, por tanto, relativa, quedando limitada su fuerza a quienes han tenido oportunidad de contradicción y a sus sucesores materiales o procesales. Ahora bien, la relatividad de la cosa juzgada es predicable también entre las mismas partes. Como hemos dicho, opera solamente **rebus sic stantibus**. El conjunto de condiciones de hecho, no de derecho, ya que la mutación del régimen jurídico no influye, ha de mantenerse incólume si se quiere conservar la estabilidad de lo decidido. Averiguar el influjo de la mutación de los hechos es trazar las fronteras de la eficacia objetiva de la cosa juzgada.

4. El artículo 1.252 del Código Civil español se ocupa de describir parcamente los límites de la cosa juzgada. Prescindidos los subjetivos, de que ya se hizo mención, es requisito para que la institución opere «que concurra la más perfecta identidad entre las **cosas** y las **causas**...» entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que la cosa juzgada se invoque.

Según esta prescripción de nuestro Código, la cosa juzgada se reduce a evitar la repetición de un proceso, cuando las condiciones objetivas y causales son las mismas que en el anterior. Este imperativo requiere una exégesis que esclarezca en qué supuestos se produce tal identidad.

Es en la pretensión procesal donde se hallan los elementos de juicio suficientes y necesarios para decidir esta cuestión. Existirá identidad objetiva cuando el bien de la vida o interés que se persigue con la pretensión coincide o está comprendido en la extensión del fallo precedente, de modo que o se reproduce el **petitum** enteramente o se promueve una cuestión accesoria de

²⁶⁶ *Contra GOLDSCHMIDT, Derecho procesal cit. p. 395.*

aquella, de tal naturaleza que va implícita en la resolución de la anterior (a causa de ser una consecuencia natural del derecho reconocido, como si se pretendiese por ejemplo, la posesión de una cosa después de haber sido denegada la propiedad).

La identidad causal se refiere, no a los fundamentos de pedir, que son la calificación jurídica de los hechos, la cual atañe exclusivamente al juez y surte los efectos de cosa juzgada, sino únicamente a la exposición de motivos en que la pretensión se apoya, esto es, a los **hechos constitutivos de la litis**. La inmutabilidad de lo juzgado decide definitivamente una litis y, verificada la composición de un conflicto intersubjetivo de intereses, éste no podrá nunca replantearse. Ahora bien, ¿cuándo hay plena conformidad en el contenido de las dos litis? La respuesta está, como antes, ejecutoriada en la pretensión. Cuando las circunstancias no experimenten una mutación; mientras no hayan sobrevenido nuevos hechos y en tanto que la situación jurídica material no cambie, es decir, **rebus sic stantibus**, otro nuevo proceso no podrá intentarse con éxito. Pero ¿en qué hipótesis se afirmará la modificación de los hechos?

Para responder a esto se han de distinguir dos casos diversos, según sean **anteriores** o **posteriores** al pronunciamiento judicial los hechos modificativos. En el primer caso, los hechos que se aleguen han de ser substancialmente desemejantes, de tal manera que con ellos se individualice claramente una relación jurídica sujeta a la regulación de normas diferentes.

En efecto, los límites objetivos y los límites causales, que han de considerarse superpuestos, no interrumpen que, con posterioridad a la sentencia firme, pueda ser actuada una pretensión que verse sobre la misma cosa, con tal que los hechos nuevamente presentados configuren una relación jurídica que, **sin estar incluida en el ámbito de la otra**, requiera un tratamiento jurídico diverso. Toda otra variación de los hechos, aunque sea susceptible de afectar el fondo de la resolución, no puede exceptuarse de la cosa juzgada si no transforma en otra distinta la relación material origen de la litis.

Como regla práctica para decidir esto, cabe decir: si los hechos que se trata ahora de alegar pudieran incorporarse a la pretensión primera como una circunstancia más de la misma, son inadmisibles; si, por el contrario, fuera menester constituir para ellos una pretensión aparte, no estarán comprendidos en la eficacia de la cosa juzgada.

En el caso de que los hechos acaezcan posteriormente al pronunciamiento judicial, son, no sólo alegables en el supuesto de originar una relación jurídica diferente, sino, aun en el caso de que no la modifiquen plenamente; lo son también si producen, por un supuesto legal diverso, una resolución de fondo que no coincida con aquella. Es decir, que, al contrario que antes, los hechos jurídicos ocurridos después de la litis, siempre que les conceda la ley una valoración diversa que a los constitutivos de aquella, están fuera de la circunscripción de la cosa juzgada ⁽²⁶⁷⁾.

No son éstos los únicos límites de la cosa juzgada. Aunque de carácter extraordinario, cabe reconocer como tales aquellas razones justificativas del recurso de revisión que, hasta cierto punto durante el plazo de admisibilidad, son la única paralización intrínseca de la inimpugnabilidad ⁽²⁶⁸⁾.

²⁶⁷ *Porque la c. j. no inmutabiliza las relaciones jurídicas de modo que impida la creación de otras nuevas; al contrario, cierra el antes, obstando los efectos de toda posible relación anterior a la declarada, pero no clausura el después: el objeto de la sentencia sigue su vida jurídica normal.*

²⁶⁸ *Art. 1796 de la LEC.*

Salvo el supuesto de maquinación fraudulenta, que ha de entenderse especialmente predicada del *dolo procesal*, todos los demás casos del artículo 1.796 son el expreso reconocimiento de las fronteras *morales* (valga la expresión) de la cosa juzgada ⁽²⁶⁹⁾.

b) 1. El párrafo anterior está, por completo, destinado a dilucidar los efectos de la cosa juzgada una vez constituida. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto, no es éste el mejor camino para resolver las cuestiones que el fraude procesal suscita.

Las limitaciones objetivas, subjetivas y causales son; nada más las determinantes de las condiciones extrínsecas indispensables para la validez jurídica de la inmutabilidad de una sentencia. Con todo, no pueden ser consideradas como las únicas, puesto que la cosa juzgada, para constituirse requiere la producción de una serie de acaecimientos y se hace depender de otro cúmulo de factores intrínsecos. Estos, que son los presupuestos de su fuerza, los límites existenciales a que sujeta el orden jurídico el *ser* de la institución tomo tal, integran el elemento nuclear quididativo, que sirve de sostén a la eficacia de la cosa juzgada.

En efecto, la sentencia, como cualquier estado de derecho, implica para su perfección jurídica la consolidación de dos categorías, saber: *substantividad* y *forma*. La substantividad expresa la coincidencia entre la realidad y el hecho físico que es hipótesis normativa; la forma entraña la normalidad en la proyección exterior del estado jurídico, su conformidad con las disposiciones legales que regulan su desenvolvimiento y apariencia, su potencialidad jurídica considerada externamente ⁽²⁷⁰⁾.

Cuando la substantividad y la forma se reúnen, entonces se origina la *titularidad*, que es la vinculación abstracta de un estado jurídico a una persona determinada.

Pues bien, para la existencia jurídica de la cosa juzgada es necesario unir el elemento substantivo al elemento formal. Este, es un principio de Derecho que ha de tenerse por inconcuso, ya que el acto jurídico carente de substantividad es absolutamente nulo —*un no acto*—. Sin embargo, como ya se indicó, la forma se supone, *juris tantum*, unida a la substantividad y, en consecuencia, los efectos que devienen de una situación formal y de la titularidad son jurídicamente equiparables. Por este motivo, una sentencia formalmente perfecta vale, por esta sola razón, y debe producir temporalmente —con arreglo al principio anteriormente enunciado— todos sus efectos. Ahora bien —y éste es el punto álgido del problema—, si entre los efectos útiles que dimanar de la sentencia está del mismo modo incluido el efecto de cosa juzgada, indubitadamente la *forma* experimentaría una *convalidación* y aun la sentencia incompleta sería inatacable.

Aparte de ser un postulado del Derecho la invalidez de los actos originariamente nulos, esto es, *inexistentes* ⁽²⁷¹⁾, ya que no cabe dar un valor ontológico a lo que no tiene capacidad de recibirlo, no es posible pensar en que la cosa juzgada sea un efecto formal de la sentencia, puesto que la sentencia no puede existir jurídicamente si carece de substantividad. Es más, todos los efectos formales tienen carácter condicional, son relativos e impugnables; luego la cosa juzgada, que es la inimpugnabilidad misma, no se debe considerar adscrita a la forma.

²⁶⁹ Vid. LIEBMAN, *op. cit.* pp. 115 y sigs. LIPARI, *Contributo alla teoria della eccezioni contro il giudicato*, RDPC, 1924, I, pp. 182 y sigs.

²⁷⁰ Vid. *Proceso y Forma*, *lec. cit.*

²⁷¹ Vid. LESSONA, *Nullità ed inesistenza di sentenza*, en *For. Ital.* 1911, I, 10 y siguientes.

La propia teoría de los límites externos de la cosa juzgada conduce a este resultado, pues, la impugnación de una sentencia por el «legado de su nulidad supone una diversidad causal en relación a la primera litis, salvo en el caso de que en ella se hubiese planteado asimismo la nulidad; y entonces sí que la declaración de existencia cierra definitivamente la vía de recurso y verifica la convalidación, no dando efectos a lo nulo, sino sentando su realidad. Es decir, la nulidad de derecho material no puede ser debatida sino por terceros, porque la cosa juzgada la afecta; pero en cambio es discutible la nulidad procesal hasta que ella misma sea objeto de la cosa juzgada.

2. Estos criterios proporcionan las bases lógicas inmediatas de donde deducir las relaciones entre la cosa juzgada y el fraude procesal. La solución del problema depende, ante todo, del análisis de los efectos que el fraude ocasiona en el proceso.

Ya hemos visto con anterioridad cómo el fraude procesal actúa jurídicamente sobre el proceso. Toda vez que una maquinación fraudulenta destituya el curso del proceso de su fin normal la serie de actos que lo componen aparece desprovista de causa y adolece, por consiguiente, de nulidad absoluta. Ahora bien, puesto que el fraude ha de viciar el proceso en su totalidad es indispensable que el momento consumativo de la maniobra sea anterior a la litis iniciación, ya que de lo contrario, afectando solamente actos procesales concretos, se estaría ante un caso de dolo.

Pues bien, brota, como resultado de todo esto, la falta de correlación entre la sentencia y la litis a decidir. Si el proceso tiene como misión actuar una pretensión fundada y ésta es consecuencia inmediata de un conflicto intersubjetivo de intereses, entonces, evidentemente, para que un proceso exista jurídicamente se requiere la existencia real de un conflicto de esta naturaleza. En virtud de este principio, cuando la litis no es real, sino el resultado de una convención clandestina entre las partes —fraude bilateral—, o cuando la litis, prevenida mediante artificiosa preconstitución circunstancial, no responde a un contenido fáctico objetivo o despoja el proceso de su fin institucional —fraude unilateral—, entonces el proceso carece de causa y, al faltarle uno de los requisitos esenciales, es de derecho irrelevante: jurídicamente no existe. Por tanto, la resolución jurisdiccional desprovista de una verdadera litis carece de substantividad y es, de consiguiente, nula de pleno derecho. Podrá, con carácter provisional, producir los efectos jurídicos que se derivan directamente de su forma, pero una vez acreditada la falta de causalidad eficiente, todo efecto útil debe ser rescindido. Ha de quedar a salvo, por consiguiente, el ejercicio de la acción de nulidad que —a pesar de la timidez de nuestro Tribunal Supremo⁽²⁷²⁾—debería borrar o paralizar la eficacia del proceso en su totalidad.

Una vez sentada esta insuficiencia existencial del proceso fraudulento, el resultado es indudable: la cosa juzgada está imposibilitada de producirse, pues le habrá faltado uno de los elementos indispensables, que es, precisamente, el presupuesto fundamental de su constitución: el desenvolvimiento de un proceso real.

Este camino evita el trámite indirecto de recurrir a los límites subjetivos de la cosa juzgada, que es el procedimiento seguido con más frecuencia⁽²⁷³⁾ y con el cual no se destruyen totalmente los efectos provenientes de la forma ni se ofrecen bastantes garantías al orden público. Hay un defecto de motivación en estas hipótesis. Los límites subjetivos de la cosa juzgada pueden

²⁷² SS. 22-1-1908; 24-10-932; en cambio, 31-12-907, con más lógica, parece favorable a esta tesis en un supuesto concreto de contradicción de sentencias.

²⁷³ Ved. BETTI, *op. cit.*

utilizarse en el caso de fraude bilateral cuando un tercero quiere desbaratar el perjuicio que se le infiere en la sentencia; pero, ni las partes simulantes pueden alegarlos en el supuesto de fraude bilateral, ni en el fraude unilateral es acogible como medio de invalidación. Es a la luz de este criterio como Carnelutti tuvo que lamentar la deficiencia de una reacción jurídica adecuada; porque, aunque la inactividad sea, como solución, correcta, deja, en cambio, la boca amarga ⁽²⁷⁴⁾.

Los límites objetivos o causales, que no siempre pueden ser aplicables, plantean un problema de fondo diferente, y si justifican la acción de nulidad como algo que versa sobre un tema distinto del ya juzgado, necesitan un vínculo con el derecho material objeto del fallo que apunta el peligro de ser un impacto interpuesto ante la fuerza de la cosa juzgada. Obligarían, además, a recurrir al ejercicio consecutivo de dos acciones distintas: una declarativa de la existencia del fraude procesal y otra posterior, en el caso de prosperar aquélla, dirigida a la anulación de sus efectos ⁽²⁷⁵⁾.

Estos motivos aconsejan un cambio de dirección. Considerando el fraude como un obstáculo impeditivo que priva de substantividad a la sentencia, con sólo la acción declarativa, seguida, en caso necesario, de su ejecución, *ope legis* los demás efectos anulatorios van implícitos en ella.

3. Salvada la incompatibilidad del fraude procesal con los efectos de la sentencia —cuestión sencilla en la orientación general que se ha dado al problema del fraude—, se presenta la mucho más compleja de precisar las consecuencias jurídicas que sobrevienen a la declaración de nulidad. En primer lugar, parece deducirse, por aplicación del principio de que los actos nulos son enteramente ineficaces y no pueden ser objeto de subsanación por el transcurso del tiempo, que una vez admitida la existencia del fraude, todas las, consecuencias derivadas del proceso fraudulento debieran quedar, en absoluto, sujetas a revocación, reponiendo las cosas al estado primitivo.

Este criterio absolutista es demasiado riguroso para ser aplicable. Compete moderarlo a la luz de los hechos, ya que las cosas no pueden en la práctica suceder sin las atenuaciones provenientes del roce con otras entidades jurídicas paralelas :

«Que junto a la sentencia anulable, la cual, por esto, puede convalidarse cuando alcance autoridad de cosa juzgada, existe también la sentencia *absolutamente nula*, o, en otras palabras, *inexistente* (no sentencia), es una verdad que no puede ser combatida)) ⁽²⁷⁶⁾.

Estas palabras de Carnelutti son exactas, pero conducen más lejos de lo que a primera vista parece. Si el defecto existencial de la sentencia se aísla de toda otra consideración, es evidente que ésta, jurídicamente, carece de valor; *debe ser* despojada de todos sus efectos en el mismo momento en que se advierte su falta de substantividad.

Ahora bien, esto, que es cierto en el orden de los puros principios de la nulidad, no es cierto, sin embargo, en la realidad de la vida jurídica, debido a la influencia de otras consideraciones extrañas a la teoría de los actos nulos, pero que, obrando a su lado diversamente, la desvirtúan.

En efecto. Ya en la interposición de la acción de nulidad, hay que distinguir la práctica de la

²⁷⁴ *Contro el processo, cit. p. 33.*

²⁷⁵ *CUNHA, op. cit.*

²⁷⁶ *CARNELUTTI, Nullità della sentenza derivata de processo fraudolento, en RDPC, 1934, II, 47.*

teoría. Teóricamente, el ejercicio de esta acción debiera ser universal, público, atribuido a cualquiera. En cambio, realmente no ocurre así.

La teoría de la *ilegitimatio ad causam* lo impide, puesto que activamente legitimados están únicamente los interesados en la justa composición de una litis (²⁷⁷ y ²⁷⁸), y su número, claro es, está limitado.

Lo mismo se puede predicar del plazo hábil para deducir esta pretensión. Es también principio inconcuso que los actos nulos no son convalidables por el transcurso del tiempo. Y también aquí, a pesar de todo, ha de afirmarse la relatividad. En efecto: Supongamos que merced a un proceso fraudulento, **A** obtiene en su favor la declaración de propiedad de un fundo; la sentencia se ejecuta y **A** entra en posesión de la finca. ¿Durante cuánto tiempo **B** puede, con éxito, promover contra **A** la acción de nulidad que deriva del fraude? Demasiado sencillo sería proclamar la imprescriptibilidad de la acción, pues esta sencillez conduce al equívoco. Al menos, habrá que señalar una limitación. Si lo litigioso es un derecho real sobre bienes inmuebles, es evidente que la prescripción adquisitiva extraordinaria cabe, porque, por imperativo del artículo 1.959 del Código Civil, no necesita para prosperar ni de la buena fe ni del justo título. Luego, ya tenemos un límite evidente para el éxito de la acción de nulidad: la prescripción adquisitiva extraordinaria consumada por el defraudante, tanto tratándose de bienes inmuebles como de bienes muebles, si bien en este caso el plazo se reduce conforme prescribe el artículo 1.955.

Hay que entender que el litigante fraudulento carece de la buena fe y del justo título, pues en el suyo existe vicio invalidatorio (433 CC.), sin que sea aplicable el sentido literal de los artículos 1.952 y 1.953 ya que la sentencia es, como título, bastante para producir la transferencia de derechos y, por su parte, la veracidad y validez a que se alude no se puede adscribir más que a la apariencia del título, porque, en otro caso, los terceros adquirentes se estrellarían contra el vicio originario, sin que lograsen subsanar jamás la deficiencia primera (²⁷⁹). Es decir, el sentido de dichos artículos es éste; es justo título el que formalmente baste para realizar la transferencia, y ha de ser verdadero en cuanto a la manifestación de voluntad y a su forma (²⁸⁰).

Así pues, aunque la cosa litigiosa no haya salido del poder del litigante fraudulento, el ejercicio útil de la acción de nulidad está temporalmente limitado.

Ahora bien, hay una hipótesis distinta en donde la temporalidad queda reducida al mínimo. Cuando intervienen terceros de buena fe, es decir, cuando la propiedad de la cosa litigiosa ha pasado a una persona distinta del defraudante, la solución ha de ser otra porque, para esta hipótesis, el valor sanatorio de la buena fe actúa sobre la forma, substantivizándola mediante una prescripción mucho más breve. Si los terceros lo son hipotecariamente, al ser esta legislación-

²⁷⁷ Vid. en contra, CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, p. 282, y CALAMANDREI, *Reformatio in peius*, cit.

²⁷⁸ Vid. SERGIO COSTA, *Rivocazione della sentenza per falsità di document e legittimazione al gravame*, en RDPC, 1934, II, pp. 128 y sigs.

²⁷⁹ Lo cual sería contra el espíritu del CC que llega a la máxima tutela formal como lo acreditan los arts. 1955, 1956 y 1959.

²⁸⁰ Es decir, que contenga verdadera declaración de voluntad revestida de todas las solemnidades requeridas por el derecho.

aplicable, serán mantenidos en su adquisición ⁽²⁸¹⁾.

Por su parte, los terceros civiles, no existiendo en nuestro derecho positivo precepto expreso que prevea el caso, están sujetos a la rescisión, aunque tampoco de modo absoluto. Este supuesto —uno más. de adquisición a non domino— lo resuelven, siquiera sea negativamente, las disposiciones sobre prescripción. Según el tipo de derecho, se aplicarán las disposiciones particulares reguladoras de la prescripción de buena fe. Esto no impide que esté a salvo —durante treinta años solamente— la acción de resarcimiento contra las partes responsables.

Así pues, no cabe sostener la, perpetuidad de la acción de nulidad en el caso de que se haya ejecutado la sentencia.

Cuando la sentencia no haya sido ejecutada, el plazo de prescripción en favor del defraudante no empieza a correr hasta que lo sea, y frente a él, por vía de excepción, se puede alegar perpetuamente la nulidad de la sentencia.

²⁸¹ *Art. 34 de la Ley Hipotecaria.*

ÍNDICE-SUMARIO

TITULO PRELIMINAR

SUPUESTOS LÓGICOS INTRODUCTIVOS

Capítulo primero. TEORÍA DEL FRAUDE A LA LEY: DIVERSAS INTERPRETACIONES DE SU NATURALEZA.

- a) Prenoción del fraude: 1. Etimología.—2. Concepto en el Derecho Romano.—3. Actualidad.
- b) Planteamiento teórico: Fraude y figuras afines.—2. Fundamento jurídico.—3. El problema de la intención en el fraude.
- c) Insuficiencia de las fórmulas utilizadas y necesidad de su ampliación.
- d) Nueva visión del fraude: 1. Definición y justificación de la misma.— 2. Superación de las posiciones subjetiva y objetiva.
- e) El fraude a la Ley en el Derecho positivo español.

Capítulo segundo. ETIOLOGÍA DEL FRAUDE Y MEDIOS DE PREVENCIÓN.

- a) La teoría del equilibrio jurídico y la génesis de fraude: 1. Las reacciones ante la Ley.—2. Equilibrio ideal y equilibrio jurídico.— 3. Demostración de la teoría.—4. Algunas consideraciones históricas.
- b) Otras causas productoras del fraude.
- c) Examen de las medidas preventivas en el tratamiento del fraude.

TITULO PRIMERO

EL CONOCIMIENTO TEÓRICO DEL FRAUDE PROCESAL

Capítulo tercero. DELIMITACIÓN Y ANÁLISIS DEL FRAUDE PROCESAL.

- a) Estado de las investigaciones sobre la patología procesal: 1. Lo anormal en el proceso y su clasificación.—2. Actos procesales lícitos e ilícitos.—3. Definiciones del fraude: su insuficiencia.
- b) La individualización del fraude: 1. Necesidad de un estudio independiente.—2. El punto de partida.—3. Fraude y dolo procesal. 4. Fraude y simulación procesal.—5. Proceso impropio.

Capítulo cuarto. SÍNTESIS ESENCIAL DEL CONCEPTO.

- a) Concreción conceptual del fraude: 1. Alcance de la cuestión y casuística de las formas patológicas.—2. Elementos constitutivos del fraude procesal.—3. Naturaleza jurídica del proceso fraudulento.
- b) Ilícitud jurídica y efectos del fraude procesal: 1. La tesis de la buena fe: su valor jurídico-procesal.—2. Fundamentos objetivo de la ilicitud del fraude.—3. Análisis de los efectos jurídicos del fraude.

TITULO SEGUNDO

EL CONOCIMIENTO PRACTICO DEL FRAUDE PROCESAL

Capítulo quinto. DIAGNOSTICO Y PREVENCIÓN DEL FRAUDE.

- a) La maniobra fraudulenta: 1. El mecanismo del fraude procesal y sus límites frente al delito de estafa.—2. La actividad judicial como objeto del fraude.—3. La maquinación y sus formas.
- b) La investigación del fraude procesal: 1. Indicios y diagnóstico en cada tipo de proceso.—2. La prueba del fraude.
- c) Medidas preventivas en el tratamiento del fraude: 1. Los poderes procesales y su influencia en el tratamiento del fraude.—2. Otros medios de prevención

Capítulo sexto. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y MEDIOS OBSTATIVOS.

- a) Régimen de recursos contra el proceso fraudulento: 1. Ilícitud positiva del fraude procesal.—2. Recursos admisibles y su clasificación.—3. La revisión civil y el fraude procesal.
- b) La revocación total del proceso fraudulento: 1. La impugnación en la misma instancia y el principio de irrevocabilidad.—2. La acción de nulidad como específicamente aplicable.—3. El uso de la acción Pauliana.

Capítulo séptimo. EL FRAUDE PROCESAL COMO OBSTÁCULO DE LA COSA JUZGADA.

- a) El problema de la cosa juzgada y su limitación: 1. Planteamiento.— 2. Teorías y justificación de la cosa juzgada.—3. Relatividad de la cosa juzgada.—4. Fronteras de su eficacia.
- b) La cosa juzgada con relación al fraude procesal: 1. El límite existencial de la cosa juzgada.—2. El fraude como obstáculo jurídico en la producción de la cosa juzgada.—3. El criterio absolutista y su limitación.