



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**“SIMULACIÓN:
EFECTOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES”**

Memoria para optar al grado académico de Licenciada Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORAS

Silvana Farías Contreras
Yeniffer Hernández Carreño

PROFESOR GUÍA

Ricardo Reveco Urzúa

SANTIAGO DE CHILE, 2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	9
SIMULACIÓN: CONCEPTO, REQUISITOS Y CLASIFICACIÓN	9
1.1 Concepto de simulación	9
1.2. Naturaleza de la Simulación.....	10
1.3. Simulación en el código civil chileno	13
1.4. Requisitos de la simulación.....	15
1.5. Actos jurídicos no susceptibles de simulación	17
1.6. Comparación simulación con otras instituciones.....	19
1.6.1. Simulación y reserva mental	19
1.6.2. Simulación y Fraude a la ley.	20
1.6.3. Simulación y negocio fiduciario	21
1.7. Clasificación de la Simulación.....	22
1.7.1. Simulación en relación a su licitud	22
1.7.1.1. Simulación Lícita	22
1.7.1.2. Simulación ilícita	23
1.7.2. Simulación en relación a la existencia o no de acto oculto	25
1.7.2.1. Simulación Absoluta.....	25
1.7.2.2. Simulación Relativa.....	27
1.7.2.2.1. Tipos de simulación relativa	29
1.7.2.2.1.1. Simulación de la naturaleza	29
1.7.2.2.1.2. Simulación de contenido	30
1.7.2.2.1.3. Simulación en los sujetos de la convención	31

1.7.2.2.1.3.1. Interposición real.....	33
1.7.2.2.1.3.2. Interposición simulada o ficticia.....	34
CAPÍTULO II	37
ACCIÓN DE SIMULACIÓN	37
2.1. Finalidad y Fundamento.....	38
2.2. Naturaleza Jurídica	41
2.3. Características	43
2.3.1 Universalidad	43
2.3.2 Autonomía.....	43
2.3.3 Indivisibilidad.....	44
2.3.4 Acción transmisible y transferible.....	44
2.3.5 Acción declarativa y preliminar.....	45
2.3.6 Acción prescriptible	45
2.4. Requisitos de la acción de simulación	47
2.4.1. Interés legítimo.....	48
2.4.2. Existencia de un daño	52
2.4.3. Titulares de la acción de simulación.	53
2.4.3.1. Definición de parte	53
2.4.3.2. Definición de terceros	54
2.5. Formas de alegar la simulación	56
2.6. Comparación de la acción de simulación con otras acciones.	56
2.6.1 Acción de simulación y nulidad	57
2.6.2. Acción de Simulación y Acción Pauliana	59
2.7. Prueba en la acción de simulación: aspectos generales.....	60

2.7.1. Contraescrituras.....	62
CAPITULO III	65
LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS	65
3.1 Efectos de la simulación para los terceros.....	65
3.2. Tercero beneficiado con la simulación	70
3.3. Acciones que pueden ejercer los terceros	71
3.3.1. La inoponibilidad.	71
3.3.2. Acción de simulación por los terceros	73
3.3.2.1. Interés legítimo de los terceros	73
3.3.3 Prueba de la simulación por los terceros.	75
3.4. Conflictos entre terceros	77
CAPITULO IV	79
EFFECTOS DE LA SIMULACIÓN ENTRE PARTES	79
4.1 Efectos de la simulación entre partes	80
4.1.1. Efectos de la simulación absoluta entre las partes.	81
4.1.2. Efectos de la simulación relativa entre las partes.	83
4.1.3 Efecto entre partes por simulación lícita o ilícita	85
4.2. Efectos del Incumplimiento del acuerdo simulado por las partes.....	85
4.3. Acciones que pueden ejercer las partes	87
4.3.1. Acciones para obtener el cumplimiento del negocio simulado.....	87
4.3.1.1. Acciones ante la imposibilidad de cumplir el acuerdo simulatorio.....	91
4.3.2. Ineficacia del acto simulado	94
4.3.2.1. Legitimación activa: nemo auditur en la simulación	96
4.3.2.1.2. Aplicación del Nemo Auditor en la Acción de Simulación	99

4.4. Prueba de la Simulación por las partes.....	101
CAPITULO V	110
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	110
5.1. Comunidad Humberto Parodi Dapello con Barahona y Parodi Ltda. ...	111
5.1.1. Análisis crítico	112
5.2. “Ulloa con Mendoza Jaque y otra”	113
5.2.1. Corte de Apelaciones de Temuco	114
5.2.2. Corte Suprema.....	116
5.2.3. Análisis crítico	118
5.3. Inmobiliaria Alonso de Ercilla con Berenguer.....	121
5.3.1. Análisis crítico	124
5.4. Fariña Escobar con Fariña Belmar.....	126
5.4.1. Análisis crítico	129
5.5. Ebel con Klotiarencó.	131
5.5.1. Primera instancia	134
5.5.2. Segunda Instancia	136
5.5.3. Corte Suprema.....	138
5.5.4. Análisis crítico	141
CONCLUSIÓN	144
TABLA SENTENCIAS	148
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad los seres humanos hemos tenido que buscar fórmulas para regular la vida en sociedad, abandonar la ley del más fuerte, reemplazar la costumbre del ojo por ojo, y crear normas que tiendan a la justicia más que a la igualdad, asegurando una convivencia pacífica que permita el florecimiento de las comunidades. Dentro de todo este desarrollo normativo que surgió por necesidad, y que en principio se fue transmitiendo por la vía de la costumbre -la práctica-, y posteriormente de la escrituración a la par de que se iba perfeccionando, surgieron las instituciones más básicas y más trascendentes para la sociedad, como fue en un principio el trueque (permuta) que permitía a las personas intercambiar bienes por otros, posteriormente apareció la compraventa, una vez que se ideó la utilización de una unidad denominada dinero, a la que se le asignó un valor objetivo y que permitía darle una cuantía determinada a cada bien, lo que marca un antes y un después en nuestra historia respecto al intercambio de bienes.

Si bien las instituciones jurídicas iban avanzando, de forma aún más apresurada se originaban relaciones que adquirirían importancia para el ámbito jurídico debido a sus consecuencias, por lo que se fueron complejizando las regulaciones e ideando nuevas instituciones que permitían a las personas dar solución a sus necesidades, muchas veces al borde de la legalidad. Dentro de estas producciones nace la simulación.

En el derecho romano ya encontramos los primeros indicios de la simulación, donde las partes empiezan a crear una disconformidad entre lo declarado y lo querido, sin embargo, dado que en esta época, “en general, no dan relevancia a la voluntad del sujeto que interviene en un negocio, sino a los elementos externos y comprobables, reflejen estos o no su intención”¹, los romanos conciben a la simulación como una diferencia entre la realidad y la práctica, una situación muy ajena a lo que hoy entendemos por negocio simulado.

Y así como se desarrolla la historia, siguió evolucionado la forma de ver las relaciones entre partes y el modo de interpretar sus relaciones contractuales, llegando a la época moderna, donde la libertad como principio fundamental invade todas las áreas, incluido el derecho, siendo esta la corriente que inspira a don Andrés Bello al momento de redactar nuestro Código

¹ SAMPER POLO, Francisco. 2003. Derecho Romano. 2° Ed. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 393p

Civil, obra en la que podemos ver la influencia que tuvo en su gesta el derecho francés, donde el principio de libertad contractual impregna la mayoría de sus normas.

Así las cosas, tenemos que nuestra normativa hasta el día de hoy da gran importancia a la autonomía de la voluntad, siendo las partes creadoras de vínculos jurídicos que no siendo contrarios a la ley o el orden público estarán protegidos por el derecho. Es por lo anterior que se pueden crear actos que disfracen otras intenciones de las partes, más si a nadie afectan puede que inclusive nunca sea develado que se trataba de un negocio distinto del expresado.

Bajo el amparo de la libertad contractual es que podemos encontrar una gran cantidad de negocios simulados, compraventas que ocultan donaciones, falsas transferencias de bienes con el fin de ocultar patrimonio, o contratos que generan obligaciones con este mismo fin. Las normas de nuestro Código tal como están estipuladas permiten una infinidad de actos nominados e innominados por el cual las partes pueden ocultar sus verdaderas intenciones y conseguir el mismo fin, burlando cargas tributarias, defraudando acreedores o inclusive a los mismos cónyuges, realizar actos que la ley no permite pero que por la vía de la simulación logran evadir las trabas estipulan normas prohibitivas como la de prohibición de celebrar contratos de compraventas entre los cónyuges.

El que la simulación este permitida por nuestra legislación no quiere decir que siempre sea lícito crear este tipo de negocios, pues cuando se generan perjuicios para terceros o para las mismas partes estaremos en el campo de los ilícitos civiles generadores de responsabilidad. De estas consecuencias se ha hecho cargo la doctrina y la jurisprudencia, especialmente de los efectos que tienen los negocios simulados en los terceros, sin embargo, aún no es claro que ocurre cuando las partes son las que se ven afectadas por el contrato simulado, qué ocurre con el copartícipe que desea se cumpla la obligación pactada de manera secreta, qué acciones tiene, qué ha dicho la jurisprudencia al respecto, siendo estas interrogantes las que por medio de esta obra intentaremos resolver utilizando tanto doctrina nacional, como también autores internacionales que han efectuado grandes aportes a la teoría de la simulación, y que han establecido principios que son plenamente aplicables en nuestra realidad jurídica, complementando todo esto con pronunciamientos emanados desde nuestros tribunales de justicia quienes tienen finalmente la última palabra al momento de resolver aquellas contiendas que se susciten como consecuencia de la simulación.

Nuestro trabajo está dividido en cinco capítulos, comenzando por un análisis de la simulación como institución, su concepto, requisitos, clasificación y otros elementos que fijan su estructura, para continuar con el estudio de la acción de simulación, la que, si bien no está legalmente regulada, si tiene elementos propios que la distinguen de otro tipo de acciones.

Una vez fijado el contenido de la simulación y su acción, nos adentraremos en sus efectos, someramente nos referiremos a los que se producen en relación con los terceros, pues como ya dijimos tanto doctrina como jurisprudencia se han referido a ellos en múltiples oportunidades, y finalizaremos con un análisis detallado de los alcances que para las partes tiene la simulación, con especial énfasis en lo que la jurisprudencia a dicho. Sumamos a nuestro trabajo, a pesar de no ser el objeto principal de este, un anexo donde aplicando lo estudiado comentaremos la aplicación que han efectuado los tribunales de las normas que sustentan la simulación y sus efectos en nuestro ordenamiento.

CAPÍTULO I

SIMULACIÓN: CONCEPTO, REQUISITOS Y CLASIFICACIÓN

1.1 Concepto de simulación

Según la Real Academia Española se entiende por Simulación la “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”², sin embargo, en el ámbito jurídico, esta definición no es suficiente, debiendo ser complementada con que “la palabra simulación viene de la latina *simul* y *actio*, y según su etimología indica el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra”³, de modo que teniendo en consideración ambas definiciones, llegamos al concepto dado por Francesco Ferrara, quien indica que simulación es “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”⁴, siendo esta la definición aceptado por la doctrina y la jurisprudencia chilena, ya que no existe en nuestro ordenamiento una definición del concepto de simulación, si no que éste ha sido una creación doctrinaria y jurisprudencial, que se ha desarrollado al alero de una interpretación lógica y sistemática tanto de algunos artículos del Código Civil como de otros cuerpos normativos.

Es la definición dada por Ferrara la que más se acerca a la realidad jurídica nacional, es la que más representa la institución de la simulación, por cuanto lo que se tiene es una

²REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Simulación. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=XvyuZ0x>> [consultado 28 de mayo 2016]

³ Corte de Apelaciones Temuco. 20 de julio 2016. V.L. N° 645453093 (C. 5°)

⁴ FERRARA, Francisco. 1960. *La Simulación de los negocios jurídicos*. 2° ed. Madrid, Revista de Derecho Privado. 56p

declaración de voluntad distinta a la realmente querida, siendo el consentimiento el elemento central a considerar al momento de definirla, no la causa u objeto como indica la Real Academia Española, criterio que es compartido por nuestros tribunales quienes han señalado en reiteradas ocasiones que, “la simulación consiste en la disconformidad deliberada y consciente entre la voluntad real y la declaración convenida entre partes, con el fin de engañar a terceros”⁵, o también, “la simulación consiste en el hecho de crear un acto aparente que no corresponde a ninguno real, o bien en disfrazar en forma total o parcial un acto verdadero bajo la apariencia de otro. En otras palabras, habrá simulación cuando la declaración de voluntad constitutiva de un acto jurídico se dirige por la persona que la hace a otra con la cual se está de acuerdo para no darle eficacia alguna o para esconder bajo dicho acto aparente otro muy distinto al realmente querido; esa declaración aparente no es más que una mera ficción, realizada con el fin de engañar a terceros, y detrás de la misma existe una contradeción oculta, que expresa la verdadera voluntad de lo convenido en la ficción, cual es la de no celebrar acto jurídico alguno o la de concluir otro diverso del fingido.”⁶

1.2. Naturaleza de la Simulación

La simulación es una institución que guarda directa relación con la voluntad de las partes, por lo que al analizar su naturaleza lo primero que debemos hacer es remitirnos a la teoría volitiva o declarativa del acto jurídico, las cuales son las que sirven de fundamento para la determinación de las características propias de la simulación, sus alcances y efectos. La teoría volitiva plantea que en un acto jurídico lo que primará siempre será la voluntad, incluso por sobre lo que indica la declaración material, de manera que al momento de interpretar un acto jurídico se debe tener en consideración lo que las partes querían expresar por sobre lo que el

⁵ C. Suprema. 30 de marzo 2015. L.P. N° 1694. Sentencia de remplazo. (C.1°),^o “disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre las partes con el fin de engañar a terceros”(C. Apelaciones Concepción. 18 de octubre 2007. L.P. N° 2237. (C. 5°); “la simulación consiste en la disconformidad deliberada y consciente entre la voluntad real y la declaración convenida entre las partes, con el fin de engañar a terceros. También se la ha definido como el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro, o ninguno”(C. Suprema. 30 de marzo 2017. V.L. 673541361. C. 1°); “que la simulación consiste en la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes, con el fin de engañar a terceros. También se la ha definido como el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro o ninguno.”(C. Suprema. 24 de noviembre 2016. V. L. N° 654011737. C.1°)

⁶ C. Apelaciones Coyahique.12 agosto 2011. M.J. N° 28803. (C. 7°)

documento indique⁷. En la teoría declarativa en cambio, sus seguidores exponen que lo esencial en un acto jurídico y en la interpretación que se pueda hacer del mismo es la declaración realizada por las partes, por lo tanto, una vez expresada su voluntad será lo manifestado lo único a considerar, aún y cuando las partes puedan haber querido algo distinto, en palabras simples: lo que se declara es lo que vale⁸.

La relevancia de entender estas dos posturas está en poder analizar la naturaleza misma de la simulación. Lo medular de la institución es que existe una disconformidad entre la voluntad real y la declarada, la que es consciente y querida por ambas partes, por tanto, si nos acogemos a la corriente volitiva del acto jurídico tendremos que la simulación es la expresión de la misma, en donde siempre se debe hacer primar la voluntad de las partes por sobre lo declarado, de manera que el acto aparente no tendría jamás eficacia ya que no se condice con lo que las partes quieren, sin embargo, de ser así esto no otorga certeza jurídica alguna, quedando siempre abierta la posibilidad de defraudar a terceros. Por otro lado, si nos acogemos a la teoría de la declaración siempre primaría el acto simulado, debido a que las partes al expresar su voluntad crean una situación que hace plena eficacia, y aun cuando en el fuero interno éstas hayan querido algo distinto, para el derecho lo importante es lo manifestado, ya que eso es lo que hace nacer la obligación creada por las partes a la vida.

Dado que según lo planteado por la teoría declarativa de la voluntad significaría que la institución de la simulación no tendría cabida, es que algunos de sus exponentes han matizado su aplicación, señalando que la simulación es una declaración compuesta por dos actos, el manifiesto y el oculto, en el primero se realiza una declaración que luego es anulada por una contradecación de carácter oculto. Sin embargo, plantear de ese modo la simulación es un análisis errado de esta institución, ya que, si bien efectivamente existen dos actos, uno manifiesto y otro oculto, ambos son partes de la simulación, y no se anulan entre ellos, sino

⁷ Su mayor exponente es Savigny, quien considera que “la voluntad es el elemento principal del negocio jurídico: lo que el derecho realiza y dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo, mediante el cual se manifiesta la propia autonomía en el campo de la vida social. Sin embargo, la voluntad, como esta interno, necesita explicarse, hacerse sensible, y la declaración sirve a esta función exteriorizadora. La declaración, por tanto, es sólo un medio de revelación, de manifestación; pero lo esencial lo jurídicamente eficaz, es la voluntad. Por eso, en el conflicto entre voluntad y declaración debe prevalecer aquella, y la declaración de una voluntad no verdadera es tan sólo una apariencia de declaración” Savigny, *System III*, En FERRARA, Francisco. Ob. cit. 2p

⁸ Es Kohler quien lleva al extremo esta teoría al señalar que no es correcto hablar de una antítesis entre voluntad y declaración, “no es a las fluctuaciones internas del querer a quien hay que atribuir una significación jurídica, sino a la acción de la voluntad (*Willensaktion*), que entra en el mundo real como producto de la vida voluntaria. La declaración de voluntad es, pues, más que una manifestación, una incorporación, una objetivación, una encarnación del querer”; En FERRARA, Francisco. Ob. cit. 6p

por el contrario, se complementan con el fin de obtener lo querido, lo que los lleva a simular un acto⁹.

De lo anterior, hemos de señalar que la simulación es un acto jurídico complejo, por cuanto viene a crear, modificar o extinguir derechos, pero a través de una manifestación de voluntad única, donde se debe considerar que de manera simultánea nace a la vida un acto aparente y uno oculto, y si bien hay quienes plantean que el segundo no es más que la extensión del primero, que es en donde efectivamente se encuentra la voluntad, no debiendo ser consideradas las estipulaciones del acto aparente¹⁰, parece mejor entender que “el negocio simulado es único, falso en su origen de consentimiento e inexistente, y la declaración contraria no puede modificar la eficacia, sino declarar la ineficacia inicial del acto fingido”¹¹, independiente de si estamos ante una simulación absoluta o relativa, nacen el acto oculto y aparente al mismo instante, donde el oculto sólo hace constar la verdadera intención de las partes, sea esta la de no contraer obligación alguna, o de que esta sea distinta a la manifestada. Sin embargo, dado que el acto aparente nace a la materialidad, este puede generar efectos en terceros, pues las palabras crean realidad y con mayor razón si se encuentran escritas, no significando esto que hay dos actos, donde solo uno valido para los terceros, sino que, conforme a lo ya dicho, para ellos también la simulación constituye un solo negocio, solo que aquellas estipulaciones ocultas no les son oponibles.

Hay quienes indican que la simulación en su naturaleza se trataría de un vicio del consentimiento, sin embargo, catalogarla como tal sería no comprender esta institución, porque los vicios de la voluntad versan sobre aquellos elementos que producen una disconformidad entre lo dicho y lo querido pero no de manera consciente, y si así lo fuese, como es el caso de la fuerza, esta disconformidad ha sido inducida por factores externos que alteran el verdadero querer de aquellos de quienes emana el consentimiento¹².

⁹ La jurisprudencia al momento de resolver acciones de simulación no se pronuncia sobre la naturaleza de la simulación, versando sus análisis en la revisión de los antecedentes sometidos a su conocimiento y verificando que se cumplan los requisitos que permiten custodiar la correcta aplicación de las normas. Sin embargo, muchas veces al momento de definir la simulación señalan como características algunos elementos que pueden inducir al error en el conocimiento de esta institución, como cuando indico que “En la absoluta hay dos acuerdos, uno el aparente y otro que elimina totalmente a éste; y en la relativa el acto oculto modifica al aparente.” (C. Apelaciones Temuco. 24 de agosto 2010. L.P. N° 6232. (C. 9°)

¹⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. 1992. Cuestiones teórico-prácticas de la simulación. Revista de Derecho Universidad de Concepción. LX (191): 19p

¹¹ FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 366p

¹² Andrés Bello en nuestro ordenamiento dejó zanjada la discusión sobre si la simulación sería un vicio del consentimiento al no incluirlo dentro del artículo 1451 del Código Civil, donde sólo se mencionan el error, la fuerza y el dolo.

En conclusión, la naturaleza jurídica de la simulación la podemos encontrar en los cimientos del derecho civil, en especial en el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden pactar todo cuando no se encuentre prohibido por la ley, y tal como nuestra jurisprudencia ha señalado, "...libertad contractual es un principio básico del Derecho el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos, de suerte que las partes pueden obligarse como quieran, y que lo que puedan hacer públicamente también puedan realizarlo en secreto. Todo radica entonces en que el acto o contrato que se desea mantener reservado sea un acto o contrato lícito, en que no se haga fraude a la ley o a terceros; pero cuando es la existencia de un fraude, el vicio afecta tanto al acto o contrato público como al acto o contrato secreto."¹³

1.3. Simulación en el código civil chileno

Nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ya hemos mencionado, no contiene una definición ni mucho menos una regulación sistemática de la institución en estudio, siendo la doctrina en conjunto con la jurisprudencia quienes a partir de la interpretación de determinados artículos del Código Civil han ido elaborando una teoría sobre la simulación.

Dentro de la doctrina estudiada para desarrollar este trabajo, encontramos que existe consenso en que es en el Art. 1707 del Código Civil donde se hallaría la base para que adquiera vida la teoría de la simulación, el que en su inciso primera señala que, "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", obteniendo por una interpretación a contrario sensu de dicha disposición que las partes pueden alterar lo pactado mediante instrumento público a través de otro instrumento con inclusive menos solemnidades, teniendo pleno efecto dicho acto entre ellas, más resguarda de manera expresa a los terceros que pudieran verse afectados con esta manifestación de voluntad que altera lo pactado de manera expresa. No cabe duda que esta es la piedra angular de la teoría de la simulación en el derecho chileno, sin embargo, esta no sería tal si es que no existieran otras normas que, inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad, conceden a las partes la libertad de acordar todo tipo de actos siempre y cuando no estén prohibidos por la ley o el orden público.

¹³ C. Suprema. 23 diciembre 2015. V. Lex. N° 590465442. (C. 22)

Importantes son en la construcción de la teoría de la simulación el artículo 1437 del Código Civil, donde se establece que la voluntad es una fuente de las obligaciones, o aquellas normas establecidas en el Título XII del libro cuarto del mismo cuerpo normativo, donde el artículo 1545 del Código Civil además de ser la máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad, fija la obligatoriedad que tiene para las partes lo pactado al indicar que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”, seguido por el artículo 1546, que al establecer que los contratos se deben ejecutar de buena fe, fija a las partes una pauta de comportamiento que se aplica plenamente al negocio simulado, el cual debe ejecutarse conforme a este principio.

Mención aparte es el artículo 1560 del Código Civil, que señala “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, de donde se puede concluir que cuando existe una contraescritura en la que se hace constar la verdadera intención de las partes, estas deben cumplir con lo ahí estipulado. Inclusive, si no hay documento que acredite la verdadera voluntad de las partes, al unir lo dicho en el artículo 1545 y 1560 se debe entender que siempre para las partes prevalece el acto oculto, debiendo cumplir a cabalidad las obligaciones en el contraídas, siempre que no se trate de aquellas prohibidas por la ley, el orden público o la costumbre.

Respecto a los efectos que la simulación puede tener, además de las normas ya mencionadas se deben considerar las fijadas en el título XX del Libro cuarto del Código Civil, y las que del Código de Procedimiento Civil sean aplicables en aquellos procedimientos donde, ya sea como acción o excepción, la simulación sea fundamento de una pretensión sometida al conocimiento de nuestros tribunales.

En consecuencia, tendremos que, si bien en el código civil chileno no aparece mencionada la institución de la simulación, ésta no se encuentra prohibida, por ende, se entiende que las partes se encuentran autorizadas y les es permitido realizar actos simulados, pero siempre teniendo en cuenta determinadas restricciones que emanan de los requisitos mismos que todo acto jurídico debe cumplir, y sometiendo dichos negocios a lo establecido en las normas ya señaladas junto con otras disposiciones que más adelante analizaremos.

1.4. Requisitos de la simulación

A la luz de la definición de simulación, tanto la doctrina¹⁴, como la jurisprudencia¹⁵ coinciden en que son requisitos básicos de un contrato simulado los siguientes:

- a) Disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada de manera consciente;
- b) Deliberación y conciencia de la disconformidad;
- c) Acuerdo de las partes en el acto simulado;
- d) Intención de engañar a terceros.

Dichos requisitos son importantes de tener en consideración tanto al momento de analizar si nos encontramos o no ante un contrato simulado, como al determinar las correspondientes acciones y responsabilidades que les competan a las partes o en su caso a terceros que puedan ver involucrados sus intereses, ya sea directa o indirectamente con el negocio. En este punto nos detendremos más adelante al analizar las acciones de terceros y de las partes.

El primer y segundo requisito se encuentran relacionados entre sí, generando una dependencia el uno del otro, estos son la disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada¹⁶, la diferencia que se da entre lo que señala el contrato simulado y lo que las partes tienen en mente, acompañada de la conciencia de que dicha diferencia existe. Estos son elementos esenciales al hablar de simulación, ya que, si una de las partes no tiene conocimiento de que lo expresado no concuerda con lo querido, nos encontraríamos en

¹⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. 12p; DIEZ DUARTE, Raúl. 2014. La simulación de contratos en el código civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense. 3° Ed. Santiago. Editorial Metropolitana. 74p-78p; PARRA LABARCA, Ricardo. 1994. La Simulación. Doctrina y jurisprudencia. Chile. Ediciones jurídicas la ley. 209p-216p

¹⁵ “Que de lo expuesto surgen los requisitos que supone toda simulación: a) La disconformidad entre la voluntad real, efectiva o verdadera y la declarada o manifestada; b) la conciencia de esa discrepancia (con lo que se la distingue del error, esto es el conocimiento o sapiencia de que requiriéndose algo se expresa una cosa diferente. Esta posición de los sujetos conforma la diferencia entre lo querido y lo expresado pero falta, precisamente, esta conciencia o actitud deliberada; c) El concierto entre las partes que intervienen en el acto simulado, es decir la comunicación recíproca y acuerdo entre ellos en que lo que dicen es sólo apariencia porque es algo distinto lo que efectivamente se quiere y; d) La intención de engañar a terceros. Como se ha acotado que debe existir concierto entre las partes, es lógico concluir que a quien se trata de engañar es a terceros...” C. Apelaciones Temuco. 7 Marzo 2013. M.J. N° 34709. (C. 6°)

¹⁶ “El hecho de que la disconformidad sea querida por las partes hace que la simulación no pueda confundirse con el erro; y el requisito de que debe ser compartida por las partes determina que sea distinta del dolo. En el dolo una de las partes maquina para arrancar el consentimiento de la otra; en la simulación participan ambas partes.” DUCCI CLARO, Carlos. 2010. Derecho civil. Parte general. 4° Ed. Santiago. Jurídica de Chile. 358p

presencia de otra institución: el error¹⁷, donde también existe diferencia entre la voluntad declarada y lo realmente querido, sin embargo, esto se hace sin la intención de que así ocurra¹⁸. La importancia de indicar en la simulación el requisito es la disconformidad entre lo declarado y lo querido, debiendo las partes tener plena conciencia de esta situación, es que permite rápidamente excluir situaciones en donde las partes intenten eludir la obligatoriedad de un acto aludiendo que por mediar error éste no es exigible, dado que su voluntad se encontraría viciada, pues si se prueba que se dan estos elementos, serán plenamente aplicables las normas relativas a la simulación¹⁹.

En cuanto al acuerdo que debe existir entre las partes respecto de la simulación, éste será una consecuencia directa del requisito anterior, ya que la conciencia de la disconformidad entre lo declarado y lo querido debe ser compartida por las partes, pues se trata de un contrato donde la causa del mismo es el querer disimular la voluntad real, de modo que si sólo fuera una de las partes quien tiene conciencia de dicha diferencia, ya no estaríamos en presencia de un negocio simulado, sino que se trataría de una reserva mental²⁰. Es así como tendremos que al tratarse de un pacto celebrado por ambas partes en conciencia de que es una simulación, ninguna de ellas puede considerar que por actuar en apariencia no está obligada a cumplir con lo pactado de forma oculta, aplicándose plenamente las normas relativas a la responsabilidad contractual, por cuanto hay un acuerdo al cual el derecho le concede efectos jurídicos. En esta materia la Jurisprudencia se ha pronunciado indicando que es el acuerdo simulatorio “lo que constituye finalmente la simulación, siendo su elemento esencial este concierto para crear un acto jurídico que no envuelve realidad alguna o bien que importa una

¹⁷ Error es un vicio del consentimiento que puede ser definido como “el concepto equivocado que tiene de la ley, de una persona o de una cosa” (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. 2010. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Santiago, Jurídica de Chile. 222p.), y que se caracteriza porque las partes no comparten la misma idea de lo que están contratando, es decir existe una diferencia entre lo expresado y lo realmente querido, sin embargo, esto no necesariamente es compartido por la otra parte, si no que suele suceder que solo una de ellas incurre en un error. El error como vicio del consentimiento trae aparejada como sanción la nulidad del acto, específicamente la nulidad relativa, según se estipula el artículo 1.682 del Código Civil.

¹⁸ “...esta posición de los sujetos conforma la diferencia entre la simulación y el error, en el cual también existe disconformidad entre lo querido y lo expresado pero falta, precisamente, esa conciencia de que existe una diferencia entre lo realmente querido y lo declarado;” C. Suprema. 30 marzo 2017. V.LEX. N° 673541361 (S. Reemplazo C. 1°)

¹⁹ “... Esta discordancia ha sido buscada por las partes, de manera que no obedece a la existencia del error de una de ellas, sino que al acuerdo de no producir un efecto jurídico entre las partes, de no obligarse, aun cuando destinada a producir una apariencia jurídica capaz de causar a su vez consecuencias de esta clase. En tal caso, el acto simulado es nulo por falta de consentimiento serio y puede ser reclamado por todo aquel a quien perjudique.” C. Apelaciones Santiago. 28 julio 2011. M.J. N° 28615 (C. 4°)

²⁰ Véase 1.6.1. Simulación y reserva mental

realidad distinta en su forma, contenido o identidad de las partes que en dicho acto intervienen”²¹.

Como tercer y último requisito del acto simulado está la intención de engañar a terceros, la cual se puede definir como “el interés que lleva a las partes a celebrar un acto simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o a presentarlo en forma distinta de la que le corresponde”²², es decir, esta intención es la causa misma del acuerdo simulatorio, pues lo central del negocio es engañar a terceros, mostrándoles o haciéndoles creer que se está pactando algo, mientras que de manera oculta no se realiza ningún negocio, o el que efectivamente se pacta es muy distinto al que aparentemente se manifiesta, pudiendo tener como motivación el evitar algunas formalidades, evitar el pago de ciertas cargas impositivas que algunos negocios traen asociadas, entre otros. Por su parte la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido la importancia que tiene la intención de engañar, puesto que detrás de ella nos encontraremos con la causa *simulandi*, que es el elemento motivacional de la simulación, es “la que lleva a las partes a realizar el contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que corresponde, es el porqué del engaño”²³.

1.5. Actos jurídicos no susceptibles de simulación

Existe una serie de actos jurídicos respecto de los cuales no tiene cabida la simulación, los que dada su naturaleza no es posible que se pueda cumplir con los requisitos necesarios para ser considerado como un negocio simulado, o en palabras de Díez Duarte, “ya porque la perfección del acto jurídico requiere la intervención integrante de la autoridad pública, ya porque el acto jurídico procede de la voluntad de una sola parte, o ya, en fin, porque el carácter de la convención excluye toda consideración de la veracidad del elemento subjetivo de dicha convención”.²⁴

²¹ C. Apelaciones Santiago. 1 de diciembre 2014. L.P. N° 10093. (C. 4°)

²² FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 385p

²³ C. Suprema. 30 marzo 2015. L.P. N° 1694. (C. 3°)

²⁴ DÍEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 89p

Los actos no susceptibles de simulación más conocidos son: los actos de potestad del estado, los actos jurídicos con intervención de un integrante de la autoridad pública, y los actos jurídicos unilaterales.

a) Actos de potestad del Estado: Son aquellos actos legislativos u administrativos dictados de forma unilateral, por lo que no cabe el acuerdo entre partes que es requisito propio de la simulación. Deben cumplir el trámite de la publicación para que sea exigible su cumplimiento, razón por la cual no puede existir un acto oculto o en su caso una norma oculta. Además, la intención de engañar es contraria al propósito de las instituciones del Estado.

b) Actos jurídicos con intervención integrante de la autoridad pública: Este tipo de actos se caracteriza porque se requiere la intervención de un ministro de fe para su ejecución, pues se encuentra comprometido el interés público. En este caso se descartan las ocasiones en que se presenta una intervención pasiva del funcionario público, pues solo ejerce una labor meramente certificadora, como legalizar una firma, requiriéndose en cambio que su función sea activa, que sea parte esencial en el acto, de modo que aquí la simulación no puede existir pues es impensado que una autoridad participe del engaño que se requiere concertar en la simulación.

c) Actos jurídicos unilaterales: Como ya señalamos, uno de los requisitos esenciales de la simulación es que esta sea producto de un acuerdo entre las partes, por tanto, si tenemos que en este tipo de actos jurídicos no existe un consentimiento sino solo una manifestación de voluntad, por una parte, es imposible que se dé la simulación.²⁵ Siempre debemos estar ante un acto jurídico bilateral, aun cuando algunos autores señalen que los actos unilaterales pueden ser también simulados²⁶.

²⁵ "Tampoco debe confundirse entre acto jurídico unilateral y contrato unilateral. Acto jurídico unilateral es aquel que para su existencia sólo requiere la concurrencia o concurso de una voluntad; en cambio, contrato unilateral es un acto jurídico bilateral que crea obligaciones sólo para una de las partes contratantes. En consecuencia, tanto el acto jurídico bilateral como el contrato unilateral pueden ser simulados. Ambas figuras jurídicas son convenciones. Por tanto, puede simularse un contrato unilateral; pero no un acto jurídico unilateral. Sólo el contrato unilateral es convención." C. Apelaciones Santiago. 10 julio 1985. M.J. N° 5786. (C. 5°)

²⁶ Arturo Alessandri señala que no sólo se pueden simular los actos jurídicos bilaterales, e indica que también ésta se puede dar en actos jurídicos unilaterales recepticios, dando como ejemplo, entre otros, la notificación de una cesión de crédito al deudor, sin embargo, si aceptamos dicho planteamiento estamos negando uno de los requisitos esenciales de la simulación, el que exista un acuerdo entre las partes, ahora bien, si podemos señalar que la notificación en si constituye un acto unilateral, sin embargo al hacer partícipe al notificado de la simulación existente tras esta, si se cumple con el requisito de que la simulación sea bilateral, aun cuando la manifestación sea unilateral. Distinto es el caso en que la cesión de crédito es la simulada y se le notifica al deudor, puesto que en dicho caso este tendría la calidad de tercero y dependiendo si tiene conocimiento o no de la apariencia de la cesión es si será considerado de buena o mala fe al momento de analizar cuáles son los efectos que para él se producen. (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Y SOMARRIVA, Manuel. Ob. Cit. 360p)

1.6. Comparación simulación con otras instituciones

Existen ciertas instituciones que pueden ser confundidas con la simulación, ya sea porque comparten ciertos requisitos, porque intentan eludir determinados efectos jurídicos o porque quieren engañar a terceros, siendo necesario analizar algunas donde es más común que se produzca esta confusión.

1.6.1. Simulación y reserva mental

Si bien se trata de instituciones similares que pueden causar cierta confusión, dado que en la reserva mental también existe una discordancia entre la voluntad real y la declarada, acá esta sólo es de uno los partícipes del acto, que será quien mantiene en reserva lo realmente querido sin comunicárselo a la contraparte, en palabras de don Avelino León, “consiste en no aceptar en el fuero interno lo que se manifiesta como la voluntad real”²⁷. Sin embargo, en la simulación, no basta con que una de las partes quiera mantener en reserva su verdadera intención, se requiere que esta sea compartida por ambas, pues se trata de un acuerdo entre ellas con el fin de engañar a terceros, no siendo posible que se dé la simulación si una desconoce dicha situación.

En la reserva mental, el acto jurídico al igual que en la simulación es válido, ya que en virtud del principio de la seguridad del comercio jurídico, las partes deben tener cierta seriedad al momento de efectuar sus declaraciones, o de relacionarse jurídicamente con otras personas, pues de estas nace una responsabilidad respecto de los efectos que se generen entre sí, o en los terceros.

Ahora bien, otra diferencia que tiene la reserva mental, es que para que el acto pueda ser declarado ineficaz, se requiere que la contraparte tenga conocimiento de la discrepancia entre voluntad declarada y la real con posterioridad a la celebración del acto, quedando de manifiesto la falta de compromiso,²⁹ mientras que en la simulación, la contraparte no puede alegar ineficacia del acto simulado por desconocimiento de dicha discrepancia, pues es un requisito que todos los partícipes del acto simulado deben estar al tanto de dicha discrepancia, ya que esta es acordada por ellos con el fin de engañar a terceros.

²⁷ LEÓN HURTADO, Avelino. 1963. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Santiago. Jurídica de Chile. 70p

²⁹ ALESSANDRI R., Arturo Y SOMARRIVA, Manuel. Ob. Cit. 359p.

En consecuencia, esta institución difiere de la simulación debido a que omite uno de sus requisitos esenciales: que la divergencia entre voluntad real y la declarada haya sido acordada entre las partes, por ende, conocida por ambas.

1.6.2. Simulación y Fraude a la ley.

Como hemos señalado previamente en la definición de simulación, ésta es hecha deliberadamente por las partes con la finalidad de engañar, es decir, es sólo una apariencia con la que se busca falsear la realidad, pero que puede ser perfectamente lícita a pesar de tratarse de un engaño si con este no se busca dañar a terceros. En el fraude a la ley, en cambio, es siempre ilícito, consiste en la ejecución de actos ciertos, no ficticios, con los que se busca contravenir la ley, pero de una forma indirecta, Se rodea el objetivo hasta que se llega a él utilizando actos que no son ilícitos en sí, sino que al ejecutarlos de forma conjunta permiten eludir la norma legal, pero no respecto de su disposición literal, sino que logrando efectos contrarios a los esperados por ella³⁰. Las partes que defraudan buscan evitar las obligaciones que impone la norma efectuando actos que aparentemente se ajustan a su letra, más no a su sentido o espíritu, que es lo que en realidad interesa al legislador, por lo que siempre serán calificados como ilícitos y castigados como tales.

El fin de engaño presente en la simulación puede hacer pensar a priori en una ilicitud y en consecuencia en un fraude a la ley, es por eso que se debe tener en cuenta qué si bien se busca mentir a los terceros, no necesariamente se busca dañarlos, y si es esa la situación la ilicitud queda fuera.

En concordancia con lo recién señalado, y con afán de simplificar la comparación de ambas instituciones, se puede recurrir a un listado elaborado por Alessandri que enumera las diferencias existentes entre fraude a la ley y simulación³¹:

1) El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;

³⁰ "En cuanto a diferencias, en el fraude a la ley se advierte un solo acto o contrato que se ejecuta o celebra, y, en cambio, tratándose de la simulación, se distingue el simulado o a la vista de todos y el oculto o disimulado, que es el verdaderamente querido" FUEYO LANERI, Fernando. 1991. El fraude a la ley. Revista de derecho y jurisprudencia 88 (2): 25p

³¹ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Ob. Cit. 369p

2) El acto simulado cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta; este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu.

3) La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito.

1.6.3. Simulación y negocio fiduciario

Los negocios fiduciarios provienen de la “*fiducia*”, que según señala Francisco Samper “consiste en confiar el dominio de una *res mancipi*, a otra persona, que se obliga a restituirla en un momento predeterminado”³². Es decir, mediante el negocio fiduciario una persona entrega a otra una cosa, pero con la condición de que se la restituya al darse cumplimiento al objetivo que ha sido fijado por las partes y que determina la realización del acto fiduciario, este objetivo generalmente consiste en transferir la propiedad con un fin de garantía, sin perjuicio que se pueda utilizar con otros propósitos. Respecto a la validez del acto fiduciario, la mayoría de la doctrina concuerda en que es válido mientras no se persiga un fin ilícito o de fraude³³.

De acuerdo a la definición anterior podemos determinar que estos actos a diferencia de los actos simulados no son ficticios pues se busca que el acto produzca sus efectos propios, transferir el dominio a otra persona por un tiempo determinado, adquiriendo las partes por mutuo acuerdo una obligación personal que limita el uso de estos efectos sólo a lograr el objetivo previamente fijado por ellas³⁴. En este caso no se utiliza los medios comunes como la hipoteca o la prenda para garantizar el cumplimiento, sino que se efectúa conscientemente un acto cuyos efectos superan el objetivo de las partes, pero limitando su alcance a través de un acuerdo obligatorio, que descansa en la fe o *fiducia* del adquirente o fiduciario de no excederse de lo pactado³⁵, y en caso de incumplimiento por parte de este último, el que transfirió la

³² SAMPER, FRANCISCO. Ob. Cit. 343p

³³ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Ob. Cit. 371-373p

³⁴ “...el recurrente sostiene que hay error de derecho porque la sentencia cuestionada no valoró que los actos jurídicos impugnados tenían el carácter de fiduciarios. Explica que por la estrecha relación de familiaridad entre las partes, se dio la situación tributaria y contable que la socia Vanessa Moreno Cáceres fue haciendo retiros más allá de su participación contable en las sociedades. Indoca que se generó una deuda de tipo “familiar” y que constituyó uno de los motivos para reordenar el patrimonio familiar y equilibrar los haberes de acuerdo a los retiros efectivos de cada cual...” C. Suprema. 26 julio 2012. Rol 4397-2012. www.poderjudicial.cl (C. 2°)

³⁵ “La voz fiducia implica confianza, y en tal sentido se refiere generalmente a los contratos *intuitu personae*, en que la fe en el otro contratante es el motivo que decide a la parte a contratar, como en el mandato. – En el contrato fiduciario e indirecto existe una también una confianza, pero en otro sentido; lo que ocurre en ellos es que se utiliza una determinada figura jurídica para obtener otros efectos que los propios de ella, quedando a la sola fe del otro contratante reducirla posteriormente a los realmente buscado por las partes.” ABELIUK MANASEVICH, René. 2001. Las obligaciones. 4° Ed. Santiago. Jurídica de Chile. Tomo I. 158p

propiedad no puede dirigirse contra terceros adquirentes, porque el acto es real y produce todos sus efectos propios, en consecuencia sólo puede solicitar indemnización de perjuicios al fiduciario por vulnerar el acuerdo.

Resulta claro entonces, que nada tiene que ver la simulación con el negocio fiduciario, y solo se le confunde por el hecho que en la simulación, el deudor, con el fin de burlar a los acreedores por medio de un acto simulado, saca de manera provisoria un bien de su patrimonio, pero dado que el negocio fiduciario siempre estará sujeto a una condición de que una vez conseguido los efectos con él buscado se debe retornar la propiedad al dueño primitivo o a un tercero, tendremos que en este último no existe acto ficticio alguno, sino que un acto real y querido por las partes pero limitado en sus efectos, los cuales no exceden en la eficacia requerida para alcanzar los fines perseguidos por los contratantes, en cambio, es esencial a la simulación la existencia de un acto fingido.

1.7. Clasificación de la Simulación

La Simulación ha sido clasificada desde distintos puntos de vista, siendo dos los más importantes, el primero analiza si el engaño busca o no provocar daño a terceros, mientras que el segundo ve si existe algún acto oculto tras el negocio simulado.

1.7.1. Simulación en relación a su licitud

Uno de los elementos de la simulación es que el acto aparente se debe realizar buscando engañar a terceros, pero si con este engaño lo que se persigue además es perjudicar a otros, estaremos en presencia de una simulación ilícita. En esta clasificación la causa *simulandi* será el filtro que nos permite delimitar la licitud del negocio simulado, esto quiere decir que si con el engaño se busca dañar a alguien la simulación será ilícita, mientras que si con el acto simulado se actúa de buena fe, inclusive con fines benéficos la simulación será lícita.

1.7.1.1. Simulación Lícita

Por simulación lícita hemos de entender toda aquella en que las partes cumpliendo con los requisitos respectivos sólo buscan engañar a terceros, pero no dañarlos, de manera tal que

no existe dolo, o en palabras de nuestra jurisprudencia, “es lícita cuando no persigue fines dolosos, es determinada por motivos inocentes o de orden moral...”³⁷

Resulta difícil tratar de imaginar la situación donde pueda ocurrir una simulación lícita, principalmente porque dada la connotación y significado de la palabra engaño³⁸, es que a priori pareciera que no cabe la posibilidad que tras una simulación exista la posibilidad de licitud, sin embargo, no se debe confundir el engañar con el dañar, ya que esta última intención es la que se encuentra sancionada por el derecho y que genera responsabilidad civil, además de otros casos que analizaremos en el apartado posterior.

Como ya vimos al comienzo de nuestro trabajo, uno de los principios rectores de nuestra legislación civil es la autonomía de la voluntad, que encuentra su máxima expresión en el Artículo 1.545 del código civil, lo cual sumado a lo ya dicho respecto del artículo 1.707 del código civil, nos permite señalar que el legislador reconoce la facultad de realizar acuerdos simulados, aunque no lo hace de manera expresa, y que estos siempre tendrán como limite el que se deben efectuar y realizar de buena fe, de lo contrario se caería en un ilícito civil. Además, en virtud de este último punto debemos agregar que otro principio rector de nuestra legislación es la buena fe, y según la presunción establecida en el artículo 707 del Código Civil, donde se señala que “la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”, de manera que mientras no se demuestre lo contrario, de existir simulación siempre se ha de suponer que el engaño no tiene por fin causar daño, y por ende se tratará de una simulación lícita, quedando la tarea de demostrar lo contrario a quien alega la existencia de una simulación ilícita, tal y como veremos más adelante.

1.7.1.2. Simulación ilícita

A contrario sensu de lo que por simulación lícita hemos analizado, tendremos que la simulación ilícita es aquella con la cual se busca perjudicar a terceros. En este sentido se ha pronunciado don Daniel Peñailillo⁴⁰, quien establece que para diferenciar una de otra, la intención de engañar a terceros debe ser con la finalidad misma de dañar, generando por tanto

³⁷ C. Suprema. 1 junio 2010. M.J. N° 24026. (C. 6°)

³⁸ “Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2013. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=FLGoM4q>> [consulta:02 septiembre 2016]

⁴⁰ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Ob. Cit. 14p

un delito civil y si cumple con los demás requisitos que establece el tipo penal, se produce el delito de simulación de contratos⁴¹.

Generalmente, cuando se presenta ante los tribunales una acción de simulación, es por la existencia de una simulación ilícita, puesto que cuando esta institución se utiliza con fines benéficos difícilmente alguien verá afectados sus intereses al punto tal de solicitar que se deje sin efecto un acto simulado, sin embargo, esto no hace que sea una situación simple de dilucidar, en parte por la dificultad probatoria que muchas veces presenta, pero principalmente porque en nuestra legislación tal y como ya vimos la buena fe se presume, y al estar la simulación permitida se debe recurrir a probar que efectivamente las partes actuaron con el fin de perjudicar a terceros, no a las mismas partes, porque en dicho caso lo que tendríamos sería la presencia de dolo manifestado como vicio de la voluntad.

No sólo se puede dar la simulación ilícita por la intención de generar perjuicio, ya que también se puede dar cuando el acto oculto adolece de objeto o causa ilícita, o contravenga una prohibición legal⁴². En este sentido nos parece pertinente mencionar lo indicado por Enrique Alcalde, quien dice que “aun no habiendo un efectivo perjuicio para terceros existen determinadas figuras de simulación que, a priori, no son aceptadas por la ley, en razón de tratarse de mecanismos destinados a burlar una incapacidad legal o infringir una norma prohibitiva”⁴⁴. La Jurisprudencia por su parte, pareciera no estar en contra de dichas afirmaciones, al señalar la C. Apelaciones de Santiago que, la simulación ilícita “tiene por finalidad engañar a terceros, producir una mengua artificial del patrimonio o su acrecentamiento ilusorio para frustrar la garantía de los acreedores e impedirles que puedan satisfacer su acreencia. También puede tener por objeto el fraude a la ley, en cuyo caso lo que se persigue es eludir una prohibición legal”⁴⁵, y en el mismo sentido se pronuncia la C. Apelaciones de Temuco, quien señala que “... ella es ilícita cuando tiene por objeto engañar a terceros o el fraude a la ley, debiendo concurrir los siguientes requisitos...”⁴⁶. Sin perjuicio de

⁴¹ Art. 471 N°2 Código Penal “Será castigado con presidio en relación menores en sus grados mínimos o multas de once a veinte unidades tributarias mensuales: 2° El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”

⁴² “La ilicitud de la simulación provendrá de que el acto real viole la ley por falta o ilicitud del objeto o causa, o por contravención de una prohibición legal, de acuerdo a los artículos 1464, 1466, 1467, 1682 y 1683 del Código Civil. – La ilicitud puede provenir también del perjuicio a terceros de buena fe, la que consistirá en que éstos ignoren la voluntad real de las partes.” DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit. 360p

⁴⁴ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Ob. Cit. 266p

⁴⁵ C. Apelaciones Santiago. 17 junio 2009. G.J. N°348. 178p (C. 2°)

⁴⁶ C. Apelaciones Temuco. 24 de agosto 2010. L.P. N° 6232/2010. (C.9°)

lo ya dicho no se debe olvidar que fraude a la ley y simulación no son conceptos equivalentes, ni muchos menos uno contiene en su interior al otro.

En resumen, podemos establecer que para que concurra simulación ilícita se deben dar además de los requisitos ya establecidos, la intención de perjudicar a terceros o violar la ley, o en palabras de nuestra jurisprudencia, “es necesario señalar que para que se verifique la simulación ilícita es menester que concurren los siguientes elementos: a) discrepancia entre la voluntad interna y la declarada; b) la disconformidad debe ser consciente y reflexionada; c) debe existir acuerdo entre las partes que concurren a la celebración del acto o contrato; y d) la intención de perjudicar a terceros.”⁴⁷

1.7.2. Simulación en relación a la existencia o no de acto oculto

Como ya enunciábamos antes, atendiendo a si existe o no un acto oculto tras el acto aparente, la simulación se puede clasificar en absoluta o relativa, siendo por tanto el elemento esencial de esta clasificación el acto oculto.

1.7.2.1. Simulación Absoluta

Es aquella donde tras el acto simulado no existe ningún otro acto, es decir no se oculta ningún otro negocio jurídico, la voluntad declarada es totalmente ficticia y no esconde tras ella ninguna intención que puedan tener las partes de obligarse realmente. Este tipo de simulación tiene su razón de ser en la teoría misma del acto jurídico, por cuanto éste se define como la “manifestación de la voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”⁴⁸, pues bien, en la simulación absoluta no existe intención alguna de crear, modificar o extinguir derechos, careciendo el acto de existencia misma, no tiene ningún fin⁴⁹.

⁴⁷ C. Apelaciones Chillan. 3 marzo 2010. M.J. N° 23431. (C.7°)

⁴⁸ VIAL DEL RÍO, Víctor. 2003. Teoría general del acto jurídico. 5ªed. Santiago. Jurídica de Chile. 26p

⁴⁹ Que un contrato es absolutamente simulado si carece de un contenido serio y real, existiendo sólo en apariencia, ya que las partes que lo celebraron realmente no quieren hacerlo y lo ejecutan de manera ficticia para perjudicar a terceros. Se trata de aparentar una declaración de voluntad que no se desea contando con la aquiescencia de la parte a quien esa declaración va dirigida. Así no existe en realidad una voluntad de crear los efectos o consecuencias jurídicas que formalmente se expresan.” C. Apelaciones Valparaíso. 8 agosto 2014. M.J. N° 38384. (C. 2°)

No se debe confundir la falta de existencia de intención real de obligarse con la falta de acto simulado, pues, si bien en la simulación absoluta no hay voluntad alguna de obligarse, esto no quiere decir que no exista un acuerdo simulatorio, ya que las partes acordaron crear esta apariencia con el fin de engañar a terceros, y que puede ser con fines lícitos o ilícitos, pero, si no mediara este acuerdo simulatorio no podríamos decir que estamos ante un acto jurídico simulado.

En este tipo de simulación los fines buscados por las partes se pueden clasificar en dos subgrupos, el primero es relativo a quienes a través de acuerdo aparente buscan disminuir el patrimonio del deudor, para poder así burlar a sus acreedores⁵¹; y el segundo se relaciona con los que buscan aumentar el pasivo del deudor con el mismo fin anterior, siendo más frecuentes los actos del primer tipo. Respecto de los que buscan disminuir el patrimonio, generalmente nos encontraremos con actos onerosos, como compraventas simuladas, mientras que el caso del aumento del pasivo está la creación de pagarés ficticios, o la creación de actos donde se simula una deuda y que es cancelada por medio de la dación en pago, sacando así el elemento del patrimonio del deudor⁵².

Dadas las particularidades de la simulación, en especial, que la institución en estudio no tiene regulación en nuestro ordenamiento, es que, al momento de encontrarnos con un acto jurídico simulado absolutamente, dependiendo quien se vea perjudicado por su existencia o por el no cumplimiento del pacto oculto (si se trata de un tercero o uno de los coparticipes de la simulación), es que se debe analizar cuáles serán los efectos y la forma de solucionar los conflictos que de ella se originen. Al respecto, lo más importante de considerar es que al no existir intención alguna por los partícipes de la simulación absoluta de generar efectos jurídicos, salvo la creación de esta apariencia, es que la sanción que generalmente se aplicará es la nulidad absoluta por falta de voluntad, analizando con más profundidad este punto en los capítulos siguientes

⁵¹ Un caso de estos fue el que le toco conocer a la Corte Suprema por vía de casación, donde concluye, “que de lo expresado procede concluir que el actuar de los demandados se enmarca dentro de lo que se ha signado como negocios jurídicos simulados, dentro del orden de la simulación ilícita y fraudulenta, bajo cuyo aparente amapora la deudora Agrícola El Duraznillo Ltda. ha hecho despartecer su responsabilidad patrimonial frustrando, de esta manera el derecho de su acreedora a percibir efectivamette su crédito, en todo o en parte. Tal desarrollo importa una simulación absoluta en los términos referidos en la reflexión quinta, desde que los actos jurídicos se han dado sólo en apariencia, careciendo aquéllos de contenido serio y, en consecuencia, desprovistos de la voluntad real o verdadera.” C. Suprema. 26 mayo 2011, V. Lex N° 333033998 (C. 20)

⁵² Al respecto ver: PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 382-385p; DIEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 141-144p

1.7.2.2. Simulación Relativa

Es aquella que “consiste en disimular un acto; en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto”⁵³, es decir, en este tipo de simulación las partes acuerdan realizar un acto aparente cuando en verdad lo que hacen es realizar otro que ya sea por su naturaleza, formalidades o prohibiciones establecidas en la ley no podrían efectuar de manera directa, recurriendo a la simulación para obtener el resultado deseado.

La simulación relativa se caracteriza porque a diferencia de la absoluta hay dos actos identificables, el simulado o aparente y el real, el primero es el que será conocido por los terceros a quienes las partes buscan engañar y el real, que contendrá las verdaderas intenciones de las partes que se mantendrá bajo un manto, un velo que se debe levantar para poder descubrir el negocio que efectivamente quieren llevar a cabo⁵⁴. El acto aparente cumplirá con todos los requisitos necesarios de un acto jurídico, sin embargo, es suficiente revelar la verdadera intención de las partes para que el acto aparente caiga por sí solo.

Generalmente quienes recurren a este tipo de simulación lo hacen porque no pueden efectuar de manera directa el acto simulado, por lo que aun y cuando el acto aparente cumpla con todos los requisitos una vez levantado el velo, es necesario para que el acto oculto sea válido que este cumpla con los elementos que nuestro ordenamiento le exige, puesto que de lo contrario le serán plenamente aplicables las sanciones establecidas en nuestro código civil⁵⁵. Comparte esta postura Ferrara, quien indica que lo único importante es el acto oculto, ya que al derecho solo le importa que este cumpla con los requisitos que la ley, sin embargo,

⁵³ FERRARA, Francisco. Ob. cit. 205p

⁵⁴ “En este supuesto hay dos actos jurídicos: uno ostensible, público, que trasciende externamente y que las partes no han querido verdaderamente realizar, siendo por ello ficticio, simulado o aparente; otro interno, oculto o disimulado, que es el que sincera y verdaderamente las partes han querido celebrar y acordado guardar en secreto.” C. Apelaciones Santiago. 28 junio 2007. L.P. 1242/2007. (C. 4°)

⁵⁵ “Que las reflexiones anteriores conducen inequívocamente a la conclusión de que la compraventa sólo tuvo por objeto traspasar la propiedad del inmueble materia del juicio, por vía de la apariencia de un contrato de compraventa simulado. En efecto, no está acreditado que los contratantes hubieran dado cumplimiento a sus respectivas obligaciones, y si bien en al escritura se dan por cumplidas, los hechos y antecedentes de la causa llevan a este tribunal a estimar que la celebración del aludido contrato fue más aparente que real, pues no existió la voluntad efectiva de celebrarlo, y la causa no fue otra que sustraer el inmueble del patrimonio hereditario de Pedro Farandato, burlando así los derechos legítimos del demandante.- Determinada la discordancia entre la voluntad real y aquella manifestada en el contrato de compraventa, ha quedado demostrado que el consentimiento fue expresado con la intención de aparentar un acto jurídico distinto. Y el acto realmente celebrado no fue otro que una donación entre vivos, pues se ha transferido gratuita e irrevocablemente un bien en los términos regulados por los artículos 1386 y siguientes del Código Civil.” C. Suprema. 24 noviembre 2016. V.L. N° 654011737. (C. 16)

hay quienes producto de un elemento histórico⁵⁶ han planteado que si el acto aparente cumple con los requisitos de forma estos son suficientes para que el acto oculto también sea válido, lo que a la luz de la normativa actual no convence plenamente puesto que cada vez que un acto simulado afecta a terceros estos reclaman la falta de validez del acto oculto por incumplimiento de requisitos tanto de forma como de fondo, por tanto siempre se debe revisar el acto oculto una vez eliminado el acto aparente.

Dicho lo anterior, podemos señalar que una vez que se levanta el velo queda de manifiesto la existencia de un acto oculto y nos enfrentamos no sólo ante la verdadera intención de las partes, sino que también nos encontramos a un acto jurídico que se debe analizar por separado para ver si cumple con los requisitos establecidos en la ley y para que de este modo los efectos jurídicos buscados por las partes puedan ser exigibles, siendo por tanto esto lo único importante, el acto oculto, ya que sólo si este cumple con los requisitos que se establecen como fundamentales en nuestro ordenamiento y sin contravención a ninguna norma que de ser exigible el acto genere un fraude a la ley, el derecho tutelara sus efectos en post de las partes, haciendo por tanto exigible a estas lo pactado de manera secreta⁵⁷.

Mientras que parte de la doctrina, seguidora de la corriente establecida por Ferrara considera que al derecho solo le importa que el acto oculto cumpla con los requisitos que la ley establece como elementales para la creación de todo acto jurídico⁵⁸, habrán otros como María Cárcaba Fernández, jurista española, quien indica que si es importante que el contrato simulado cumpla con todos los requisitos, en sus palabras “evidentemente el disfraz para ser tal debe adoptar todos los visos de veracidad, pues, de otro modo, no resultando engañados los terceros, no cabría hablar de simulación”⁵⁹. Esto último va en directa concordancia con el principio de la seguridad de los negocios jurídicos y de la certeza de los terceros, además, sin atacar los fundamentos de la doctrina mayoritaria ni lo establecido en normas como la establecida en nuestro ordenamiento jurídico, viene a ratificar un hecho que se reitera en todos los actos simulados, los partícipes para que realmente puedan con el acto aparente engañar

⁵⁶“No debe extrañarnos que en el Derecho romano antiguo la donación pudiera realizarse simuladamente bajo la apariencia de un contrato oneroso, pues entonces no estaba sometida a requisitos de forma. Donación en sentido amplio, era toda atribución patrimonial a título gratuito, y, más que un tipo especial de contrato constituía una figura general que caracterizaba por su fin los negocios más distintos en que se encarnaba...” (Ferrara, Francisco. Ob. cit. 218p)

⁵⁷ Para los terceros aún y cuando el acto oculto cumpla con los requisitos no les será oponible sus efectos según lo estipulado en el artículo 1707 del código civil.

⁵⁸FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 237p

⁵⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. 1986. La simulación en los negocios jurídicos. Barcelona. Librería Bosh. 73p

a terceros deben darle cumplimiento a los requisitos esenciales de todo acto jurídico (por lo menos en apariencia, puesto que tal como ya vimos en la simulación absoluta, la voluntad real y seria de obligarse no se cumple en el acto aparente, y en la simulación relativa esta se manifiesta en otro acto oculto), puesto que de lo contrario este acto no surtiría efectos siquiera contra terceros pues nunca nacería a la vida. Nuestra jurisprudencia, ha zanjado la discusión analizando en primero lugar si es que existe un acto simulado, y de ser así, si el acto oculto cumple con los requisitos necesarios para ser válidos, manteniendo siempre el límite de qué si hay terceros involucrados, sólo les puede ser oponible el acto aparente, en cuanto este no les perjudique.⁶⁰

1.7.2.2.1. Tipos de simulación relativa

Así como en la simulación absoluta podemos identificar dos subgrupos de actos simulados, los que buscan sacar bienes del patrimonio del deudor por la celebración de actos onerosos y los que buscan aumentar el pasivo del deudor), en este tipo de simulación también nos es posible identificar algunos subgrupos de actos, esto, por medio del análisis de la causa simulandi, pues dependiendo de cuál sea esta, será la forma que adquiere el negocio simulado y el elemento que aparentara⁶¹. En particular, analizaremos los que se simulan en virtud de su naturaleza, contenido y sujetos que lo celebra⁶².

1.7.2.2.1.1. Simulación de la naturaleza

Tiene su fundamento en que las partes celebran un contrato distinto del querido en relación a su forma, esto quiere decir que las partes indican celebrar un tipo de contrato siendo que lo

⁶⁰ “Que una vez constatado que el contrato de compraventa fue simulado, esto es, asentado que nunca se pagó el precio y que la verdadera voluntad de las partes fue la de celebrar una donación irrevocable, corresponde entonces analizar si el acto realmente otorgado -contrato de donación- adolece o no de un vicio de nulidad absoluta como postula el demandante.” C. Suprema. 24 noviembre 2016. V.L. N° 654011737. (C.17)

⁶¹ “La simulación tiene causa y es la que, también en doctrina, se denomina “causa simulandi”, entendiéndose por tal el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a al que corresponde: es el porqué del engaño. Por esto se señala que la simulación tiene relación con las personas de los contratantes, con el objeto del contrato; con su ejecución; y con la actitud de las partes al realizar el negocio jurídico.” C. Apelaciones Temuco. 7 marzo 2013. M. J. N° 34709 (C. 6°)

⁶² Tanto los autores ya citados (Francisco Ferrara, Raúl Diez Duarte Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Daniel Peñailillo), entre otros suelen coincidir en que estas son las simulaciones relativas más frecuentes, de ahí la importancia de su estudio.

que se realiza es otro. No existe concordancia entre lo que las partes manifiestan querer con lo realmente deseado, lo que se hace de manera intencional⁶³.

Algunos ejemplos más comunes son aquellos en que las partes celebran una transacción, compraventa o cesión, cuando en verdad lo que buscan es celebrar un contrato gratuito como la donación. Existe un sinnúmero de otros ejemplos, y por ende, un sinnúmero de propósitos, sin embargo podemos resumirlo en que “Generalmente la finalidad que existe es el hecho de disfrazar una liberalidad, en eludir una incapacidad legal para recibir a título gratuito; en otras ocasiones puede defraudarse los derechos de herederos forzosos. No debemos descartar la posibilidad de una intención lícita, cuyo ocultamiento se justifica para evitar comentarios, insidias o celos al favorecido”⁶⁴.

1.7.2.2.1.2. Simulación de contenido

En esta clasificación se altera uno de los elementos que expresa el contrato, ya sea los de la naturaleza o accidentales, manteniendo en secreto la verdadera intención de las partes. Algunos de los casos más frecuentes que se dan en este ámbito son la alteración del precio, la fecha o el objeto del acto a celebrar, siendo el primero es que merece una especial atención dada la frecuencia con que se utiliza y como veremos más tarde porque en múltiples casos genera que terceros se vean deslegitimados para entablar la acción de simulación.

El precio se altera generalmente para evitar una carga tributaria⁶⁵, y por ende este tipo de simulación relativa genera un perjuicio en los intereses del fisco convirtiendo además esta simulación en ilícita, pero además, en algunos casos de compraventa con el fin de obtener un beneficio pecuniario al momento de solicitar créditos hipotecarios alteran el precio del bien inmueble, y en dicho caso ya no solo se estará engañando al fisco, sino también a la entidad financiera, volviéndose más compleja la situación cuando las partes han utilizado un

⁶³ Es por esto que como ya se señaló en el acápite referido a los requisitos de la simulación, no aplica la institución del error. Tampoco debe confundirse la discordancia con contratos confusamente concluidos, que según señala Parra Labarca, son aquellos en que “se presenta una verdadera dificultad para conocer la intención de las partes por las contradicciones existentes entre sus distintas cláusulas”, presentándose, entonces, no una simulación, sino que una falta de concordancia dentro del mismo contrato, lo que provoca dificultad para el intérprete para percibir la intención de las partes. PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 395p.

⁶⁴ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 396p.

⁶⁵ “Que conforme lo que se ha venido reseñando, es posible concluir que el precio fijado en la compraventa de que se trata también fue simulado, pues no aparece que haya habido un precio real ni determinado o determinable, ni tampoco que éste haya sido efectivamente pagado en la forma que se señala en las escrituras. En consecuencia, atento lo prescrito en los artículos 1681 y 1682 del Código Sustantivo, los contratos de compraventa discutidos, también por esta razón adolecen de nulidad absoluta.” C. Apelaciones Concepción. 24 abril 2012. Rol 1934-2010. www.poderjudicial.cl (C. 20°)

intermediario entre ellos, los llamados corredores de propiedades, quienes teniendo conocimiento de dicha operación podrían intentar obtener ventajas al momento de cobrar su respectiva comisión, siendo este último punto analizado en el capítulo tercero del presente trabajo, puesto que se trata de un caso de laboratorio para analizar los efectos que tendrán los actos simulados en los terceros que teniendo conocimiento de la simulación buscan obtener beneficios de ella.

1.7.2.2.1.3. Simulación en los sujetos de la convención

Cuando las partes con el fin de ocultar su participación en un acto jurídico interponen ficticiamente a un tercero en su lugar, se está ante un caso de simulación en los sujetos de la convención, la cual ha sido denominado por la doctrina como interposición de personas⁶⁶. En este tipo de simulación lo que existe es acto jurídico en que un tercero, denominado testafarro o prestanombre, ocupa el lugar de una de las partes con el fin de engañar a terceros, sin que en él exista intención real y seria de obligarse, y donde sólo participa para que la parte real del acto pueda luego por medio de otro obtener el fin deseado. Acá lo que hay son tres actores identificables, por ejemplo, en el caso de que el acto simulado sea una compraventa estará el real vendedor, el testafarro que en el acto aparente será el comprador, y un real comprador al que por medio de otro acto el testafarro traspasara el bien.

Esta clase de simulación es la más compleja de analizar dado que no siempre que una persona actúa en nombre de otra estaremos ante una simulación, de hecho, hay instituciones como la fiducia⁶⁷, o el mandato que el artículo 2216 del Código Civil lo define como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta o riesgo de la primera”, en donde de no mediar poder de representación entre el mandante y mandatario, los efectos del negocio celebrado se radicarán en la persona de este último, sin perjuicio que el cómo realizar el traspaso de dichos efectos al mandante se encontrara regulado en el mandato, por tanto, solo por un lapsus de tiempo el mandatario se hará cargo por cuenta propia de los negocios encargados por el mandante.

⁶⁶ “En la simulación por interposición de persona se hace figurar en un contrato aparente a una persona que es diferente de la que realmente participa en él. Todo ello con el acuerdo de todos los contratantes, cuyo propósito, generalmente es ilícito.” PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 426p

⁶⁷ Véase: Simulación y negocios fiduciarios. 1.6.3.

En el caso específico del mandato, parte de la doctrina confunde la interposición de personas simulada con la que se produce en este tipo de contratos, ya que se considera que en la interposición de personas hay por parte del testafierro una gestión que se realiza en nombre y cuenta de un tercero radicando los efectos de dicho negocio en el patrimonio del mandante sin que tengan conocimiento de los terceros de dicha situación⁶⁸, pero en realidad para que se trate de una simulación este mal llamado intermediario solo prestara su nombre, teniendo claro que el negocio realmente se celebra entre otros y que con el fin de ocultar dicha situación se utiliza su persona en el negocio, más no radicarán jamás los efectos del acto simulado en su persona, como sí ocurre en el mandato sin representación. Para Francisco Ferrara esta confusión radica en que se han mezclado características del mandato con la simulación y viceversa, particularmente se confunde el que el mandatario en determinados actos se puede encontrar investido de la facultad de representar al mandante, radicando los negocios gestionados por el mandatario en el patrimonio de este hasta que realice la correspondiente rendición de cuentas y traspaso de los efectos del negocio a quien se lo ha encargado, situación que generalmente será conocida por los terceros, mientras que en otros casos el mandante no otorgara este poder de representación actuando por tanto el mandatario en nombre propio y manteniéndose oculta por tanto la relación de este con su mandante, pero encontrándose regulada de manera interna⁶⁹.

La característica común que tiene todo contrato celebrado por medio de una interposición de personas es que existe un intermediario entre los que finalmente serán los titulares de los derechos pactados, sin embargo, en el caso del mandato o la fiducia, estamos ante actos reales, actos en donde no necesariamente los tres intervinientes tendrán conocimiento de que los efectos se radican en este intermediario hasta que cumpla el fin con el que se realizó el determinado contrato, sea la condición en la fiducia o el encargo en el mandato, y de ahí que debemos distinguir entre la interposición de personas real o ficticia, siendo esta última la que cumple con los requisitos necesarios para estar ante un contrato simulado.

⁶⁸ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 426p

⁶⁹ FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 253-258p

1.7.2.2.1.3.1. Interposición real

Cuando el intermediario actúa como contratante auténtico, radicando en él los efectos del contrato celebrado, aunque sea de manera temporal, con los derechos y obligaciones que esto conlleva, para luego transferirlos a otra persona que será el titular definitivo de los derechos que en principio se ha mantenido al margen del negocio de una manera directa, estaremos ante una interposición de personas real⁷⁰. En este tipo de interposición hemos de encasillar al mandato y la fiducia, donde según ya vimos efectivamente existe una interposición de personas, ya que en el mandato sin representación tendremos que el mandatario actúa a nombre propio y que los efectos del negocio radican en su persona para luego traspasárselos a un tercero quien será el que le realice en encargo, más en este caso no podemos hablar de que sea una interposición simulada porque el que contrata con el mandatario no tiene obligación de revelar que se encuentra actuando en nombre de un tercero y si bien el mandato en si puede ser un acto simulado esto no infecta la relación con el tercero, quien al no tener conocimiento del acto oculto y de la intención de engañar a terceros no será parte de la simulación, pues el requisito básico en la simulación es que esta apariencia de acto debe ser conocida por los intervinientes. Por otro lado, si lo que tenemos es un mandato con representación con mayor razón no estamos ante un acto simulado pues los tres tienen conciencia del lugar que ocupan en el negocio, y el mandatario en cumplimiento de su función nunca radicará en su persona el negocio celebrado, estando los efectos del acto de manera inmediata en la persona del mandante, sin que exista acto oculto, y dada las normas establecidas en nuestro Código Civil para el contrato de mandato se aplicaran todas las prohibiciones legales que la celebración de actos entre terceros y mandante. Sumado a esto, se puede observar claramente la existencia de dos actos jurídicos distintos: el primero celebrado entre una parte y el intermediario, y otro posterior entre éste último y el verdadero interesado, no existe un acto real y otro ficticio sobrepuesto, sino que tenemos dos transacciones aisladas, que tienen en común la participación de un intermediario que accedió a servir de nexo entre los verdaderos partes, obligándose a disponer de una manera determinada de los derechos y obligaciones que adquirió, el verdadero interesado por su parte, adquiere obligaciones recíprocas para con el intermediario, como por ejemplo resarcir los gastos en que éste último incurra a causa de su intervención.

⁷⁰ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 432p; FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 273p

En el caso de la fiducia también nos encontramos con un contrato en que existe una interposición de persona, pero el fiduciario celebra el contrato con todos los efectos que la transferencia del dominio significa, pero con conocimiento de que cumplida la condición este debe restituir el bien ya sea a la misma parte que le confirma el encargo o a un tercero, según hayan pactado. Nos remitimos en los demás efectos de este tipo de actos a lo dicho con anterioridad, y que nos permite concluir que no existe por tanto un acto aparente, es un acto totalmente real, de ahí que estemos ante una interposición real⁷¹.

La interposición real no se condice con los requisitos de la simulación, y aun cuando exista intención de engañar a terceros y se utilicen las instituciones ya mencionadas lo que tendremos serán negocios fraudulentos, pero no actos simulados. Los requisitos de la simulación, esto es que se trate de un acto donde la voluntad real y la declarada difieran de manera consciente y querida por las partes, todo esto oculto con la intención de engañar a terceros, no se cumple en la interposición real, aquí el sujeto interpuesto tiene un rol activo en el acto jurídico; interviene adquiriendo derechos u obligaciones en su patrimonio, pero con el acuerdo de traspasarlos posteriormente a la verdadera parte, la cual se ha mantenido al margen del negocio. Tanto en el mandato como en la fiducia existe un acto que regula la relación entre los interesados y el intermediario, por lo tanto, debido a la naturaleza obligacional del vínculo que los une, si alguno de aquellos incumple lo pactado el otro sólo puede perseguir la indemnización de los perjuicios provocados como consecuencia del incumplimiento.

La interposición real puede ser calificada como lícita si obedece a motivos igualmente lícitos, o como ilícita cuando se emplea en fraude a la ley, es decir, vulnerando no su letra directamente sino su “espíritu” al querer lograr efectos prácticos impedidos por ella.

1.7.2.2.1.3.2. Interposición simulada o ficticia

Por este tipo de interposición entendemos aquella en donde en la celebración de un acto jurídico se hace aparecer como parte a un sujeto que no lo es realmente, y que solo actúa con su nombre para ocultar ante los terceros al verdadero interesado, que es quien realmente se obliga con las demás partes. El intermediario actúa de forma pasiva, sólo facilita su nombre para que éste figure, pero en su lugar permanece oculta otra persona, la que es realmente

⁷¹ Véase 1.6.3.

parte del negocio, y en cuyo patrimonio se radican realmente los derechos y obligaciones nacidos del acto jurídico⁷². Esta modalidad de interposición de persona efectivamente corresponde a una simulación en la persona de los contratantes, ya que existe un acuerdo entre las verdaderas partes y un sujeto extraño a la relación para que este aparezca celebrando un acto y ocultando de esta forma a uno de los interesados, con el propósito de engañar a los terceros, de modo que si sacamos al contratante fingido aparecerá el verdadero contratante.

El ejemplo clásico de interposición de personas simulado, e ilícito, es cuando se utiliza un intermediario para efectuar la compraventa entre cónyuges, la cual como sabemos se encuentra expresamente prohibida en el artículo 1796 del Código Civil⁷³, sin embargo, por medio de las interposición de personas se intenta burlar esta norma efectuando dos contratos de compraventas, en donde en ambos intervendrá un tercero, el llamado testafarro, quien de manera sucesiva celebrara contratos con cada uno de los cónyuges. Pues bien, en este ejemplo se cuestiona si es que existe verdaderamente una interposición simulada, y la respuesta correcta parece ser que sí, porque si bien hay quienes podrían considerar que lo que efectivamente se realiza es una interposición real, donde el intermediario celebra contratos reales de los cuales surgen efectos, esto no sería correcto, pues, este palo blanco sabe desde siempre que su rol es simplemente el de prestanombre, y aun cuando se efectúen las inscripciones correspondientes en el conservador de bienes raíces respectivos al tratarse de bienes inmuebles, el nunca generara un aumento real en su patrimonio, solo será una apariencia con el fin de engañar a los terceros, y tiene plena conciencia de que lo que se celebra son compraventas simuladas, donde los efectos del contrato siempre radicarán en los cónyuges. Pero, ¿qué hace que se ponga en duda que estamos ante una interposición ficticia?, la respuesta se encuentra en lo dicho al principio del análisis sobre interposición de personas, específicamente en la confusión que se realiza de la interposición de personas en general con el mandato sin representación, y donde ya vimos efectivamente no hay simulación, ya que las tres partes, mandante, mandatario y el vendedor) no se coordinan con el fin de engañar a

⁷² "El dueño del negocio o se sirve aquí de a cooperación efectiva de un intermediario que adquiere derechos contractuales para transferirlos al dominus, sino que se vale tan sólo de su cooperación nomina, El contrato figura como celebrado por otro, pero esto es pura apariencia, porque es el dominus el que lo celebra en realidad. La persona interpuesta no interviene en el contrato, sino que finge intervenir, o es una parte, sino un mero disfraz de contratante. Los derechos y obligaciones no se detienen ni un solo instante en ella, sino que nacen directamente para el patrimonio del dominus, el único que ha actuado en el contrato, aunque bajo un nombre mentido." FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 279p

⁷³ Art. 1796 del C.C. "Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad."

terceros, ahí efectivamente los negocios realizados son los queridos, solo que por medio de un contrato de mandato, que obliga al mandatario a que a través de la rendición de cuentas traspase los efectos de dicho acto a quien le realizo en encargo, recordemos además que nada obsta a que el mandato sea simulado, pero ahí no estaríamos ante una interposición de personas, pues se trataría de un contrato que dos o más personas celebran con el fin de engañar a terceros, pero que en sí no requiere que se produzca la interposición de personas para cumplir su causa *simulandi*, inclusive muchas veces el mandato en sí se crea con el fin de engañar al tercero con el cual el mandatario debiese gestionar el encargo hecho por el mandante, quien al contratar con una persona que obra a nombre propio no debe ni tiene porque saber de la existencia de este mandante oculto.

En conclusión, en la interposición de personas ficticia la característica esencial que lo distingue de la real es que el negocio que celebra el intermediario no tiene ningún efecto real en él, quien solo actúa como un prestanombres, radicando los efectos del contrato en las otras partes⁷⁴. Se debe producir en los tres participantes de la interposición ficticia la conciencia de haber efectuado el negocio con el fin de engañar a terceros, el intermediario tiene conciencia y conocimiento del mismo, por lo cual sabe que en ningún momento los efectos del contrato radicarán en él, aun cuando como en el ejemplo analizado, se mantenga en la posición de comprador por un tiempo, ya que lo importante es considerar si tenía conocimiento del rol que utilizaba.

⁷⁴ Todo esto sin perjuicio de la inoponibilidad que para terceros se pueda generar y que más tarde analizaremos

CAPÍTULO II

ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Habiendo analizado ya en que consiste la simulación, sus características y requisitos, corresponde ver que pueden hacer las partes o los terceros, para solucionar aquellas situaciones que se generan como consecuencias del acto simulado. Así es como encontramos la llamada acción de simulación, que al igual que la institución en estudio no se encuentra regulada de manera expresa en el ordenamiento jurídico chileno, siendo la doctrina y la jurisprudencia, quienes en el intento de diferenciarla de otros tipos de acciones han establecido sus características, fundamentos y requisitos, llegando al punto que hoy nadie duda de la existencia de esta acción, la cual permite remediar aquellas situaciones en que el engaño generado por copartícipes del acto simulado perjudica a terceros, o bien a ellos mismos, pudiendo develar la real intención que han tenido al contratar.

La acción de simulación es aquella “acción autónoma, declarativa, tendiente a hacer constar de un modo autorizado la falta de realidad o verdadera naturaleza de una relación jurídica”⁷⁵, todo esto enmarcado dentro del concepto de acción en materia procesal, que para estos efectos simplemente diremos que trata del medio que tienen las partes de poner en funcionamiento el sistema procesal, para que de esta manera se tutele un interés jurídico que se cree o pretende tener. Por su parte la jurisprudencia al momento de definir esta acción en general se remonta a la simulación, o a la acción de simulación como causal de nulidad, en el primer caso dando a entender que finalmente es una consecuencia propia de dicha institución, es así como nos encontramos que los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco, al momento de pronunciarse sobre la solicitud de dicha acción de una manera subsidiaria a la principal, ha dicho que “se la define como aquella que constituye una declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente por las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo...”⁷⁶, y en aquellos casos donde esta es una causal de nulidad,

⁷⁵PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. cit. 496p

⁷⁶ C. Apelaciones Temuco. 24 agosto 2010. L.P. N° 6232/2010. C. 9°

la Corte Suprema ha dicho que, “ha de tenerse presente que este arbitrio tiene por fin, fundamentalmente, establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la que falsamente expresaron (R.D.J. T. 31, 2º parte, secc. 1º, pág. 65). Constituye una acción personal, por cuanto persigue se disponga que un acto es diferente de aquel que aparece haberse efectuado, esto es, que es acuerdo o contrato es ficticio, extinguiendo en consecuencia, sus efectos y volviendo las cosas a su estado original.”⁷⁷ Ambas definiciones dadas por nuestra jurisprudencia se han utilizado elementos ya mencionados al momento de analizar la simulación en sí, sin embargo, la segunda agrega un elemento que como veremos más adelante no es propio de esta acción, el que extinga sus efectos y restituya las cosas a su estado anterior, pues ese es un efecto propio de la nulidad, no de la acción de nulidad.

2.1. Finalidad y Fundamento

El fin de la acción de simulación, sea que se interponga por las partes o los terceros afectados por el acto simulado, siempre es que se conozca la verdadera intención que han tenido las partes, es decir, que se establezca la real voluntad jurídica, y que se revele la causa simulandi. Esto último, independiente de quien sea el que alegue la simulación, siempre es igual, pues, dado el carácter declarativo de la acción de simulación nunca nos lleva a un resultado distinto del ya expresado, salvo que vaya acompañada por otra acción como la tendiente a obtener la nulidad del acto, o el cumplimiento forzado de lo pactado. Al respecto es importante establecer que dado el carácter eminentemente declarativo que tiene la acción de simulación, y que más adelante analizaremos en mayor profundidad, es importante precisar si lo perseguido es la declaración de la simulación absoluta o relativa, “en el primer caso, la acción recibirá aplicación por la vía de la nulidad absoluta, ya que, en rigor, el acto es carente de toda voluntad o, más propiamente, de consentimiento, pues se trata de la simulación de un acto jurídico bilateral...”, mientras que si se trata de la segunda hipótesis, “...la acción está destinada a constatar que el acto ostensible es sólo aparente y que oculta a otro.”⁷⁸

El fundamento de la acción de simulación radica en el “interés legítimo de remover la apariencia del contrato y sus dañosas derivaciones”⁷⁹, es decir, en la búsqueda de provocar el levantamiento del velo y dejar al descubierto lo realmente querido por las partes, el acto real

⁷⁷ C. Suprema. 19 enero 2012. M.J. 30909 C. 9º.

⁷⁸ C. Suprema. 24 noviembre 2016. V. L. N° 654011737. (C. 2º)

⁷⁹ FERRARA, Francisco. Ob. cit. 403p.

que se oculta tras la apariencia y cuya causa *simulandi* puede provocar perjuicios en terceros o en las mismas partes si es que estas no cumplen lo pactado de manera oculta. Sin embargo, por el carácter declarativo de este tipo de acción, para que se puedan remediar los perjuicios provocados es necesario que vaya aparejada de otra acción, la que generalmente es la nulidad, siendo así como de modo frecuente encontraremos que en los tribunales la acción interpuesta es la nulidad por simulación de un determinado acto.

Dado que la relación que tienen las partes y los terceros con el acto simulado y el real es diversa, los motivos que los llevan a solicitar la declaración de la simulación del acto tampoco son los mismos, lo que se condice con que los perjuicios que buscan subsanar unos y otros son diferentes, ya que, por una parte tendremos a terceros que querrán develar el verdadero acto oculto para que este sea el que prevalezca pues es el que les favorece, o por el contrario, querrán que para ellos sea válido el acto simulado, intentando que se declare inoponible para ellos el acto oculto; mientras que, las partes lo que generalmente buscarán es que se respete lo pactado de manera oculta, puesto que el acto que se esconde bajo el acto simulado es que realmente contiene su voluntad.

En la doctrina,⁸⁰ se ha señalado en relación a los terceros que el fundamento de la acción de simulación es cautelar su derecho de prenda general establecido en el artículo 2.465⁸¹ del Código Civil, el que consiste en que un acreedor de una deuda personal puede perseguir todos los bienes que el deudor tenga para poder cancelar su crédito, suponiendo por tanto que al efectuar el deudor actos simulados lo que se hace es extraer del patrimonio de modo ficticio determinados bienes, de los cuales el acreedor tendrá interés en que se contabilicen para poder hacer uso de la facultad establecida por el legislador en el artículo ya mencionado. Si bien dicha interpretación explica una vasta parte de los casos en donde se solicita la aplicación de la acción de simulación, sólo refiere a la situación de terceros acreedores de las partes del acto simulado, dejando fuera a terceros que, sin tener dicha calidad, pudieran requerir que se declare la verdadera voluntad de las partes. Una situación que, por dar un ejemplo, no quedaría cubierta con dicho análisis es la que ocurre cuando un heredero se ve afectado por la enajenación ficticia de bienes del patrimonio que el causante realiza en vida, disminuyendo la masa hereditaria, puesto que este caso, no existe un derecho general de prenda a cautelar,

⁸⁰ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 500p; LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. 1998. La acción de simulación. Revista de derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción VI(6): 91p

⁸¹ Art. 2465 CC "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618"

sino que tan solo se busca develar el acto oculto con el fin de determinar el patrimonio, que, de no haber mediado actos simulados, tendría el causante.

Respecto a las partes, independiente de si estamos ante una simulación absoluta o relativa, lícita o ilícita, siempre el fundamento que ellas tendrán para entablar la acción de simulación será que prevalezca la verdadera voluntad por sobre la simulada, ya que es contrario a derecho y a la buena fe depositada entre ambos contratantes el que estos busquen burlar lo pactado, afectando los intereses del copartícipe. También en relación a las partes, resulta pertinente mencionar como fundamento para la interposición de la acción de simulación, el principio que inspira nuestra legislación civil, aquel que señala que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin que exista una causa para aquello⁸², y que aplica plenamente en el caso de que el copartícipe se niegue a cumplir lo pactado pues se verificarían todos los supuestos para que este opere, en efecto, existirá una parte que aumenta su patrimonio, lo cual ocurre sin causa aparente, y que lleva aparejado un empobrecimiento de otro como consecuencia del enriquecimiento de la contraparte, por tanto, podemos decir que el fundamento que tendrán las partes para que se revele la real intención que tuvieron al contratar es el que no se produzca un aumento del patrimonio injustificado de quien quiere incumplir lo pactado.

En conclusión, parece claro que el fin perseguido con la acción de simulación siempre será el que se revele la verdadera intención que han tenido las partes al contratar, y dependiendo si se trate de un tercero o de un copartícipe del acto es que se debe analizar el fundamento que pueda tener la acción, ya que en el caso de los terceros lo primero que hay que ver es que busca con su interposición, teniendo directa relación con el derecho subjetivo que está siendo afectado por el acto simulado, para así luego poder entender su fundamento, siendo así como tendremos que los acreedores del deudor se basaran en el derecho general de prenda, mientras que un heredero lo hará con la intención de que se incluyan todos los bienes que correspondan dentro de la masa hereditaria y así no se perjudique sus derechos, sin perjuicio que en este caso en particular existe otro tipo de consideraciones que se deben tener las cuales analizaremos en detalle más adelante.

⁸²“En cuanto a principio, consiste en que el derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique. – Y en cuanto fuente de las obligaciones consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir.” PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. 1996. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. Revista de derecho Universidad de Concepción. LXIV (200): 9p

2.2. Naturaleza Jurídica

De la definición dada al inicio del presente capítulo podemos establecer que la acción simulación tiene una naturaleza primordialmente declarativa⁸³. En términos generales, “acciones declarativas son aquellas destinadas a obtener la simple declaración acerca de una situación jurídica que, en el hecho, aparece incierta”⁸⁴, en materia de simulación este carácter se ve manifestado de un modo más evidente que en otras instituciones, pues con su aplicación sólo se logra revelar la verdadera intención de las partes, más para lograr una sanción, para ello se debe necesariamente acompañar de otra acción tendiente a obtener dicho resultado.

Consecuencia del carácter declarativo de la acción analizada, es que en la simulación absoluta el juez solo viene a reconocer de manera negativa el que no existe acto alguno, que no hay voluntad seria de obligarse, declarando por ende la inexistencia o la nulidad del acto⁸⁵, más para que esto ocurra se requiere que simultáneamente se solicite una de dichas sanciones, por cuanto el carácter declarativo de la acción no permite que se restituya a las partes al estado anterior a la celebración del acto simulado de manera inmediata⁸⁶. En cambio, cuando se trata de simulación relativa, existe un doble reconocimiento, por un lado, hay una negación de que existe un contrato, el simulado, y por otro el reconocimiento de un acto

⁸³ “No se trata de una impugnación en sentido técnico, o sea de una acción dirigida a destruir relaciones jurídicas existentes, sino de una simple acción declarativa al solo, pero eficaz, objeto de hacer constar de modo autorizado la falta de realidad de la verdadera naturaleza de una relación jurídica, sin pretender su modificación o su destrucción. La sentencia declara un estado de hecho, se limita a reconocerlo simplemente.” (Ferrara, Francisco. Ob. Cit. 27p)

⁸⁴ CASARINO VITERBO, MARIO. 2005. Manual de derecho procesal. 6° Ed. Santiago. Jurídica de Chile. Tomo III 60p

⁸⁵ A nivel doctrinario se discute si los actos jurídicos cuando carecen de uno de sus requisitos de existencia (voluntad, objeto, causa y solemnidades), deben ser considerados como inexistentes o como no válidos, y por ende sujetos a nulidad. Quienes postulan que dichos actos jurídicos son inexistentes, se encuentran liderados por don Luis Claro Solar, y siendo consecuentes con su postura tendríamos que en los actos simulados absolutamente, donde falta la voluntad real y seria de querer obligarse, estos no nacen a la vida, por tanto son inexistentes; mientras que por otro lado, los seguidores de la teoría de la nulidad, liderados por don Arturo Alessandri, sostienen que el código expresamente señala que a falta de consentimiento lo que se debe solicitar es la nulidad absoluta, y que por ende un acto simulado absolutamente debe ser anulado conforme a las reglas generales prescritas en nuestro Código Civil. En la práctica, dado que la acción de simulación no tiene como resultado el restituir a las partes al estado anterior a la celebración del acto simulado, es que lo que generalmente se solicita es la nulidad del acto por simulación, fundamentando esta en la falta de consentimiento que es causal de declaración de nulidad absoluta.

⁸⁶ “No cabe entonces retrotraer las cosas al estado anterior como se solicita y se accede en la sentencia que se revisa, por cuanto la simulación acogida solo puede tener efectos declarativos en esta instancia, debiendo el demandante ejercer las acciones pertinentes ante y por el procedimiento que corresponda, en virtud de lo declarado en la presente sentencia.” C. Apelaciones Santiago. 21 julio 2014. L.P. N° 4707/2014 (C. 20)

oculto⁸⁷. Nuestra jurisprudencia hace eco de este carácter declarativo de la acción de simulación, de modo que en la mayoría de las sentencias en que declara la existencia de un acto simulado, es por medio de una acción conjunta que se sanciona la falta de validez del acto simulado, dando valor al acto oculto⁸⁸. Lo anterior ocurre siempre que no se perjudique los intereses de terceros, donde de darse dicha hipótesis el juez solo declara que hay un acto simulado, más no hará oponibles los efectos del acto oculto cuando perjudique a estos últimos, que no tuvieron conocimiento del mismo y que dada la definición de simulación se busca por las partes engañar.

Desde otra arista, respecto de la naturaleza de la acción de simulación a la luz del Código Civil, específicamente del artículo 576 y siguientes, donde se efectúa una clasificación de las acciones en reales y personales, debemos preguntarnos en cuál de estas categorías se debe encajar a la acción de simulación. Nuestro cuerpo normativo indica que las acciones reales derivan de derechos reales, los que a su vez se encuentran taxativamente enumerados en la ley⁸⁹, y dado que la acción de simulación no busca amparar ninguno de dichos derechos (al menos no directamente, puesto que las acciones tendientes a cautelar un derecho real se deben solicitar de manera consecuencial a la acción de simulación, por ejemplo, la acción reivindicatoria), no podemos decir que estemos ante una acción real. Respecto de las acciones personales, éstas buscan hacer ejecutar un derecho o cumplir una obligación, lo cual no se condice con la finalidad de la acción de simulación, por ende, tampoco parece correcto decir que estamos ante este tipo de acciones. Parece acertado lo dicho respecto de este punto por don Ricardo Parra Labarca⁹⁰, quien señala que la acción de simulación solo podría ser definida, en cuanto a su naturaleza, como una acción declarativa, y si se debe encuadrar en el ámbito de real o personal, debe ser la última, dado el carácter taxativo de los derechos reales, sin perjuicio de esto, la acción conjunta a la acción de simulación, aquella que declare

⁸⁷ LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. Ob. Cit. 93p; FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 405p

⁸⁸ “Que una vez constatado que el contrato de compraventa fue simulado, esto es, asentado que nunca se pagó el precio y que la verdadera voluntad de las partes fue la de celebrar una donación irrevocable, corresponde entonces analizar si el acto realmente otorgado – contrato de donación- adolece o no de un vicio de nulidad absoluta como postula el demandante.” C. Suprema. 24 noviembre 2016. V.L. N° 654011737. (C.17)

⁸⁹ Art. 577 del C.C. “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.”

⁹⁰ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 503p

la nulidad del acto simulado, la inoponibilidad o el cumplimiento, si se puede encuadrar dentro de la clasificación de acciones reales o personales según corresponda.

2.3. Características

Como toda acción, en la institución en estudio existen ciertas características que nos permitirán diferenciarla de otro tipo de instituciones, siendo las más relevantes aquellas que se derivan de la definición ya dada, y otras que provienen de los elementos propios de la simulación.

2.3.1 Universalidad

Se puede interponer contra todo aquel que afecte un interés legítimo por medio de un acto simulado, no es necesario que sea accionada en contra de quienes son partes del acto, sino que también de los terceros que en conocimiento de la existencia del acto simulado hacen abuso de esta posición, por ejemplo, cuando un tercero de buena fe se ve afectado por el acto simulado, del cual un tercero de mala fe se encuentra haciendo uso a su favor, puede reclamar contra él la existencia de un acto simulado. En palabras de Francisco Ferrara, “la acción de simulación no se dirige contra una persona determinada, sino contra cualquiera que dé lugar a la amenaza de lesión del derecho, creando una apariencia, o que se ponga en relación con la cosa que fue objeto del contrato simulado”⁹¹, lo que visto en relación a nuestra realidad jurídica es asimilable al que la acción civil de simulación debe ser interpuesta ante todo aquel que tenga relación con el acto, incluyendo a los terceros que por algún motivo puedan haber adquirido el objeto del acto simulado, pero siempre individualizando a los mismos en el escrito correspondiente.

2.3.2 Autonomía

La acción de simulación se puede interponer de manera independiente de otra acción, sin embargo, dado que la finalidad de esta es simplemente levantar el velo y revelar el verdadero negocio detrás del acto simulado, para poder conseguir un objetivo más allá, generalmente irá acompañada de otra acción, como lo es por ejemplo la acción de nulidad. En este punto citamos lo dicho por José Miguel Lecaros, en cuanto indica que “la simulación deberá pedirse,

⁹¹ FERRARA, Francisco. Ob Cit. 408p

en la demanda, la declaración de simulado el acto ficticio y además su nulidad absoluta por falta de consentimiento. Lo primero a fin que se declare que no ha habido realmente el acto que se pretende; lo segundo, para que quede sin efecto lo que pretendió ser el acto.”⁹²

2.3.3 Indivisibilidad

Por medio de ella se solicita que se declare la simulación de todo un acto, no de una parte, lo que es una consecuencia directa de que el acto simulado sea un acto complejo, pero uno sólo al fin, donde tanto el aparente como el relativo son parte del negocio simulado, de modo que, si se solicita la declaración de simulación del acto, esto será por la totalidad del negocio.

Esta característica puede ser pasada por alto, dado que la acción de simulación es meramente declarativa, y se interpone generalmente en conjunto con la solicitud de nulidad del acto, en donde si se admite la nulidad parcial,⁹³ como será el caso del aquellos contratos simulados relativamente, donde tendremos que se solicitara la nulidad de aquellas disposiciones establecidas en el acto aparente, pero no las del acto oculto, ya que si este cumple con los requisitos establecidos por la ley puede subsistir, aun cuando se haya decretado la nulidad del acto ficticio.

2.3.4 Acción transmisible y transferible

Al tener la acción de simulación un carácter eminentemente patrimonial, es posible que ella sea transmisible y transferible⁹⁴. Será transmisible cuando el causante deje a sus herederos la titularidad del derecho a reclamar la simulación por ver sus intereses pecuniarios afectados, la transmisión se dará cuando el legítimamente activo para reclamar la existencia de un acto simulado sea el causante, y tal como más adelante se indica, si el heredero alega interés propio debe ser considerado como tercero.

⁹²LECAROS SANCHÉZ, José Miguel. Ob. Cit. 96p

⁹³ Además de la clasificación de la nulidad en absoluta o relativa, “la nulidad se puede clasificar en total y parcial, según afecte a todo el acto o contrato, o solamente una parte de él, subsistiendo el resto con plena validez”. ALESSANDRI BESSA, Arturo. 2008. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. 3° Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 103p

⁹⁴ “Por otra parte, como la acción de simulación no es estrictamente personal, por quedar reducida a al defensa de intereses económicos, es también transmisible, no sólo a los herederos, sino por acto inter vivos; de modo que el cesionario y el subrogado por pago pueden utilizarla, como también los acreedores con acción subrogatoria.” FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 409p

Bajo la misma línea ya expresada, se debe analizar que la acción de simulación es transferible, lo que a diferencia de la transmisión tiene como característica que se efectúa por la celebración de actos entre vivos, sin embargo, para que esto ocurra parece ser necesario que expresamente se indique la intención de transferir los derechos que sobre la acción de simulación se puedan tener, pues de lo contrario el adquirente de verse afectado por el acto simulado deberá accionar como tercero y no como parte⁹⁵, en consecuencia para que la transferencia de la acción de simulación opere plenamente se debe indicar expresamente qué considera la facultad de accionar por simulación, de lo contrario el afectado debiese actuar como tercero.

2.3.5 Acción declarativa y preliminar

En relación al carácter declarativo nos remitimos a lo dicho en la naturaleza de la acción de simulación, mientras que respecto al carácter preliminar, será una consecuencia directa de la primera, puesto que con ella sólo se levanta el velo, se revela la verdadera intención de las partes, más no se les puede restituir al estado anterior, requiriendo para estos efectos de una acción destinada a obtener el cumplimiento o la nulidad del acto para obtener algo más que la mera declaración de certeza respecto de lo que realmente pactaron las partes⁹⁶.

2.3.6 Acción prescriptible

En esta característica nos detendremos un momento ya que existen dos corrientes, la primera considera que efectivamente se trata de una acción imprescriptible, pues al tratarse de una acción declarativa, “no se concibe, en efecto, que por el transcurso del tiempo pueda extinguirse la acción de reconocimiento de un hecho o una situación jurídica determinados mientras subsistan las condiciones propias para su ejercicio”⁹⁷, lo que se condice con el

⁹⁵ En esta línea se pronuncia Ricardo Parra al señalar “Si los derechos transferidos por la persona del cedente comprenden la facultad de ejercer la acción de simulación, entonces el cesionario adquiere la calidad de parte y podrá solicitar que se declare la existencia de la apariencia tal cual ha podido hacerlo el cedente.” PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 512p

⁹⁶ “La mera declaración de simulación, el solo establecimiento de la verdad, no procura al legitimado activo un beneficio o ventaja inmediata, práctica y concreta. Que el acto sea declarado absoluta o relativamente simulado no procura por sí solo ninguna ventaja; no pone término ni supera los perjuicios derivados de la ficción; tampoco ampara por sí solo los intereses del titular: la acción de simulación no constituye una sanción para los actos jurídicos anómalos. – Para que estos particulares se produzcan se requerirá que también se deduzca una acción destinada a destruir el acto insincero: de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de inexistencia.” NIÑO TEJEDA, Eduardo. 1991. La simulación. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV. 89p

⁹⁷ FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 407p.

argumento de aquellos que acogen la teoría de la inexistencia del acto jurídico, la cual señala que un acto que no tiene uno de los requisitos esenciales, tales como la voluntad, nunca nace a la vida, y por ende nunca produce efectos, de modo que es irrisorio pensar que una acción tendiente a solicitar la declaración de inexistencia de un acto (el simulado) pueda prescribir ya que el acto nunca nació. Por otro lado, tenemos quienes postulan que la acción de simulación si prescribe, fundamentando sus dichos, en primer lugar, en que la regla general en nuestro ordenamiento es que las acciones sean prescriptibles, debiendo estar expresamente determinado por el legislador cuando esto no sea así, de modo que al tener la acción analizada sólo un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sin que se mencione en ningún cuerpo normativo que ésta sea imprescriptible, no podría atribuírsele dicha característica⁹⁸. A lo anterior, agrega la doctrina⁹⁹, que nuestro Código Civil establece como plazos máximos para la prescripción diez años¹⁰⁰, ya sea ésta de carácter adquisitiva o extintiva, y que la acción de nulidad absoluta, que es finalmente la sanción que remediará o dejará sin efecto el acto simulado¹⁰¹, tiene establecido que el acto susceptible de ser anulado luego de transcurridos diez años se sana por el mero transcurso del tiempo¹⁰². Finalmente, debemos señalar que dado que nuestro Código establece cinco años¹⁰³ como plazo para el ejercicio de las acciones derivadas de relaciones contractuales y cuatro años para las acciones derivadas de ilícitos civiles¹⁰⁴, las partes una vez que se ha producido el hecho que contradice el acuerdo simulatorio tienen cinco años para ejercer la acción ordinaria correspondiente, mientras que si se trata de

⁹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA, Manuel. Ob. Cit. 365p

⁹⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. 27-28p

¹⁰⁰ En la prescripción adquisitiva extraordinaria el plazo máximo a aplicar es de 10 años, y en la extintiva pasando más de 10 años no habrá ni siquiera interrupción legal alguna que pueda mantener vigente una determinada acción, según se establece en los artículos 2.492 y siguientes del Código Civil mientras que, en la acción de nulidad absoluta, la cual es la que generalmente sanciona la ineficacia del acto simulado también se establece como plazo para que se sanee la irregularidad que afecta el acto un plazo de diez años.

¹⁰¹ “Que, cabe rechazar la excepción de prescripción relativa a la acción de nulidad por simulación porque fundándose en la falta de consentimiento y en la falta de causa respecto del contrato de compraventa de fecha 15 de mayo de 2003 corresponde aplicar las reglas en las materias relativas a la nulidad absoluta, la que por disposición del artículo 1683 del Código Civil no se sana por un lapso de tiempo que no pase de 10 años” C. Apelaciones Santiago. 28 de Julio del 2011. M.J. N° 28615 (C. 1°)

¹⁰² El artículo 1.683 del Código Civil en su parte final, señala expresamente que la nulidad absoluta “no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.”

¹⁰³ Artículo 2.515 C.C inciso primero “Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias”

¹⁰⁴ Art. 2.332 C.C “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”

terceros se cuentan cuatro años desde que han tenido conocimiento del acto simulado para el ejercicio de la acción.

Frente a esta discusión, si bien parece correcto afirmar que el acto simulado nunca nace a la vida por falta de voluntad seria para obligarse, y que si se acoge lo planteado por la teoría de la inexistencia la acción de simulación sería imprescriptible pues solo viene a revelar dicha situación, no se puede dejar de considerar que dado que la sanción solicitada cuando estamos ante un acto simulado, ya sea relativa o absolutamente, siempre ha de ser la nulidad absoluta(sin perjuicio de que se puede solicitar por terceros la inoponibilidad del acto). En consecuencia lo correcto en atención del principio de la seguridad jurídica es que la acción de simulación si sea prescriptible, ya que por este motivo Bello fija plazos máximos para la exigibilidad de ciertos derechos, y en este mismo sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado indicando que “ Si bien se ha planteado por algunos que la acción en referencia es imprescriptible, en atención a que cualquiera que sea el tiempo que transcurre un acto que carece de existencia no puede adquirirla, lo cierto es que tal teoría se opone al principio general que dicta que todas las acciones son prescriptibles, excepto aquellas que el legislador de manera expresa ha declarado imprescriptible, y en nuestra legislación no existe norma que así lo estatuya, razón por la que ha de estarse a aquellas que regulan la prescripción, debiendo adecuarse a las normas de la nulidad absoluta, y con ello, a las de la prescripción ordinaria, resultando de esta forma aplicables los artículos 2.492, 2.514 y 2.515 del Código Civil, como viene decidido.”¹⁰⁵.

2.4. Requisitos de la acción de simulación

En materia de simulación, al igual que en todas las acciones declarativas, el requisito esencial para su ejercicio es la existencia de un interés jurídico, no siendo en este caso la excepción. De dicho modo, nos encontramos con que la doctrina coincide en establecer como requisitos para la acción de simulación el que haya un interés legítimo de un titular de un derecho subjetivo o posesión jurídica amenazada¹⁰⁶, acompañado de un daño o perjuicio

¹⁰⁵ C. Suprema. 19 de enero 2012. M.J. N° 30909 (C. 9°)

¹⁰⁶ DIEZ DUARTE, Raúl; FERRARA, Francisco y PARRA LABARCA, Ricardo.

producto de dicha amenaza, sin embargo, en lo que respecta a los alcances de cada uno de estos es donde presentan algunas diferencias que a continuación analizaremos.

2.4.1. Interés legítimo

Por interés hemos de entender “tener o afirmar la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas, y que ha surgido, con su violación o amenaza, la necesidad de la tutela jurídica”¹⁰⁷, esto quiere decir que cuando existe una necesidad de tutela jurídica por aquel que siendo titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente, habrá un interés legítimo que permite accionar de simulación.

En la acción de simulación, el interés no basta con que sea actual y coetáneo al acto, sino que debe existir al momento de promover la acción, no antes ni después, situación que no se da en el caso del legatario o heredero que en vida del causante interpone la acción de simulación, ya que en ese momento el sólo tiene una mera expectativa no un derecho ya incorporado a su patrimonio. Sin embargo, hay quienes estipulan que el heredero nunca contará con un interés que cumpla con las condiciones necesarias para solicitar que se declare la nulidad del acto por ser simulado, lo que se debe en gran parte a que se asimila el interés que establece el artículo 1683 con él que se requiere en la simulación, y dado que el heredero solo consolida su derecho cuando fallece el causante, no podría interponer la acción de simulación al momento de la celebración del acto aparente, a pesar que el perjuicio si se produce una vez que se ejecuta al acto¹⁰⁸. En este punto nuestra jurisprudencia no es unánime, ya que por una parte ha señalado que una vez acaecida la muerte del causante se consolida el derecho y por tanto las herederas tienen un interés legítimo de contenido patrimonial que

¹⁰⁷ FERRARA, Francisco. Ob. Cit. 411p

¹⁰⁸ En sentido contrario se pronuncia Parra Labarca, quien cree que, “...los legitimarios en vida del causante no tienen una mera expectativa, como se cree normalmente, como así lo estimo la Corte de Chillan, sino que, por el contrario, tienen a su haber un derecho eventual, que es algo muy diferente. Este derecho comprende elementos de hecho calificados que, por sí mismos, mueven a la ley a otorgar protección a la posibilidad de adquirir el derecho futuro. En cambio, los elementos de la mera expectativa carecen de trascendencia jurídica. Si bien el heredero presuntivo no puede pedir medidas conservativas de los bienes de la sucesión futura, nada le impide accionar por simulación para impugnar la ficción que afecta a contratos celebrados por quien está obligado a respetar al derecho violentado, puesto que con ello se pretende evitar un perjuicio a futuro; de manera que en esta situación concurren los dos requisitos para el ejercicio de la acción de simulación; se tiene interés y existe amenaza sobre un derecho que la ley reconoce y tutela.” (PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 531p)

les habilita para ejercer la acción de simulación¹⁰⁹, mientras que en otras ocasiones ha señalado que se requiere el interés sea coetáneo al acto, produciéndose la lesión en ese mismo instante¹¹⁰, debiendo mantenerse al momento de solicitar la nulidad del mismo, señalan que en este tipo de casos el legislador ha establecido a favor de los legitimarios la acción de donación inoficiosa para obtener la rescisión de aquellos actos realizados en vida del causante.¹¹¹ Esta discusión tiene su fundamento en un elemento ajeno a la acción de simulación, ya que el heredero o legatario en esta acción si tiene un interés actual, aún y cuando esta se interponga una vez fallecido el causante, pues, lo que se busca con ella es la declaración de la real voluntad de los contratantes, en este caso, la real voluntad del causante al momento de celebrar el acto aparente, de modo que si se trata de un interés actual, y coetáneo al momento que se produce el acto, pues es en el mismo instante de la celebración del negocio simulado cuando se produce el perjuicio en aquel que tiene la calidad potencial de ser heredero, el cual se mantendrá hasta que interponga la acción de simulación una vez acaecida la muerte del causante.¹¹² En conclusión, cuando se produce una duda sobre lo

¹⁰⁹ "...Pero una vez acaecida la muerte del causante, se consolida el derecho de los herederos forzoso y es por ello que la ley les confiere protección otorgándoles acciones tales como aquéllas que les autorizan para pedir la reforma del testamento que perjudique sus legítimas o para solicitar la restitución de los bienes que el causante haya donado en perjuicio de tales asignaciones. – Por esa misma razón es que debe concluirse que las demandantes, en su calidad de herederas forzosas de su padre fallecido, en virtud de la relación jurídica que los vincula, tiene comprometido un legítimo interés de contenido patrimonial que las habilita para ejercer la acción de simulación intentada y solicitar que se haga prevalecer el acto oculto de donación que ha afectado a sus legítimas. De igual manera, si como herederas forzosas estaban legitimadas para impugnar las donaciones que el causante hubiera hecho en vida en perjuicio de dichas asignaciones, no hay razón para desconocerles su interés para reclamar la nulidad del acto oculto, de donación que, mediante un subterfugio o convención aparente, ha producido idéntico resultado" C. Suprema. 21 julio 2014. Rol 2749-2013. www.poderjudicial.cl (C. 16)

¹¹⁰ "... el interés debe ser real, actual, coetáneo y pecuniario con el acto celebrado y no con posterioridad. Luego, si la asignación forzosa, llamada legítima, existe en vida de sus beneficiarios, que son los denominados legitimarios, no es posible inferir que el legislador autoriza, como regla general, la intervención en ella por parte de los legitimarios en vida del causante (como ocurrió en este caso, porque el acto jurídico que se objeta es el de separación total de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, del 22 de julio de 2004, época en que ambos padres estaban vivos disfrutando de los bienes matrimoniales) si no que por contrario, que dicha intervención tiene carácter excepcional, sin perjuicio de que, luego de producida la apertura de la sucesión, normalmente coincidente con la delación de la herencia, los legitimarios adquieren en plenitud su legítima, en virtud del modo de adquirir sucesión por causa de muerte." C. Apelaciones Temuco. 7 marzo 2013. M.J. N°34709 (C.16)

¹¹¹ "la acción que tiene los legitimarios en contra de los donatarios cuando el causante ha hecho en vida donaciones irrevocables excesivas que menoscaban las legítimas rigorosas o mejoras (como en este caso es lo alegado por los actores), y que se traduce en la rescisión de dichas donaciones, es la acción de inoficiosa donación, en cambio los actos han ejercido en estos autos la acción de nulidad de contrato de compraventa – no de donación- por simulación celebrada entre la causante y dos legitimarias, y en el juicio no se encuentra acreditado que esa compraventa importe una donación subyacente." C. Apelaciones Temuco. 7 marzo 2013. M.J. N° 34709 (C. 19)

¹¹² Arturo Alessandri Bessa, antes señalaba que era necesario que era requisito que "este interés exista al tiempo de celebrarse el contrato o de ejecutarse el acto nulo, es decir, que sea este acto o ese contrato, y no actuaciones posteriores, el que dé origen a ese interés. De manera que el que alega la nulidad absoluta debe tener interés en

coetáneo y actual del interés que tiene el acto que interpone la acción de simulación, es porque se confunde el interés exigido para la acción de nulidad, con el de la acción de simulación, y dado que ambas acciones tienen distinto fin, el interés requerido en ellas de igual modo no es el mismo, pues en la primera este se basa en que se deje sin efecto el acto, mientras que en la segunda es que se revele la verdadera intención de las partes.

En el caso de aquellos acreedores que tienen un derecho sujeto a plazo¹¹³, si se puede considerar que tienen un interés actual y coetáneo para la interposición de la acción de simulación, pues en su caso lo que pende es la exigibilidad del derecho, pero en sí, este ya nació al momento de celebrarse el acto, y por ende, debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico. Misma situación ocurre en el caso del acreedor condicional, donde si bien a diferencia del acreedor sujeto a plazo, aún no ha nacido a la vida el derecho, de igual modo la ley le concede a este acreedor ciertas acciones conservativas, por ejemplo, cuando se trata de un heredero que se ve afectado por una donación ella en vida por el causante se considera que si se encuentra legítimamente habilitado para su interposición, por tanto nada obsta a que en el caso de la acción de simulación cuente con el interés actual y coetáneo necesario para su interposición .¹¹⁴

Otro requisito con el que debe cumplir el interés, es que este sea de carácter patrimonial o pecuniario¹¹⁵. En materia de nulidad este ha sido definido como aquel que “consiste en el

ello en el momento mismo en que se ejecuta el acto o celebra el contrato en que se comete la infracción que acarrea la nulidad. Si ese interés se manifiesta posteriormente, como consecuencia de actos efectuados después de la celebración del acto o contrato nulo, debe rechazarse la petición de nulidad absoluta, porque, en realidad, el peticionario no tiene el interés que exige el artículo 1683 del Código Civil (Arturo Alessandri B. “La Nulidad y La Rescisión en el Derecho Civil Chileno”. Edit. Jurídica. Cono Sur, t. I. p.553)” [En C. Apelaciones Temuco. 7 marzo 2013. M.J. N° 34709. (C. 7°)]; sin embargo, ahora ha señalado estar de acuerdo con Pablo Rodríguez, “en cuanto a que “el interés que permite alegar la nulidad absoluta debe tener como antecedente el acto que se dice de nulidad al momento en que este nace a la vida del derecho, aun cuando el provecho representativo del interés se concrete con posterioridad””. (RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Inexistencia y nulidad*, obra citada, p. 211. En ALESSANDRI BESSA, Arturo. Ob. Cit. 525p)

¹¹³ En las obligaciones a plazo, hemos de referirnos a lo dicho por René Ramos Pazos, en cuanto indica que el plazo se caracteriza por ser un “acontecimiento futuro y cierto que suspende la exigibilidad o la extinción de un derecho y que produce sus efectos sin retroactividad”, RAMOS PAZOS, René. 2008. De las obligaciones. Santiago. Editorial Legal Publishing. 218p.

¹¹⁴ “... en relación al acreedor condicional o a plazo, no puede haber duda, a nuestro juicio, que son titulares de la acción de simulación. En efecto, tienen un interés condicional o a plazo que el legislador se los reconoce hasta el punto de permitirles impetrar medidas conservativas, como lo señala el Código Civil para el acreedor condicional, el asignatario testamentario condicional y el fideicomisario. – Ahora bien, el ejercicio de dichas medidas precautorias eventualmente exigirá, en forma necesaria el ejercicio de la acción de simulación.” LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. Ob. Cit. 95p

¹¹⁵ “Que es necesario además, que el que ejerce la acción destinada a impugnar el acto simulado, tenga interés en ella, el que debe ser de carácter patrimonial, en otras palabras, que sea titular de un derecho subjetivo que ha resultado menoscabado con la simulación.” C. Apelaciones Antofagasta. 5 agosto 2010. L.P. N° 4686/2010 (C.7°)

beneficio que la declaración de nulidad ha de producir para el interesado en alegarla, beneficio que se traduce en quedar liberado de las obligaciones que le imponía el contrato que se anula o en un incremento de su patrimonio”¹¹⁶, y, en materia de simulación dicha definición puede ser asimilada debido en parte a que ambas acciones son generalmente interpuestas en conjunto¹¹⁷; ahora bien, si lo que se busca con la acción de simulación es hacer prevalecer el acto oculto, es decir, exigir su cumplimiento, con mayor razón el interés debe ser patrimonial, por cuanto lo que quiere el actor es mantener viva la obligación, exigir su cumplimiento, y obtener las ventajas que traiga aparejada el negocio simulado. Por otro lado, para una parte de la doctrina bastara con que este interés preste utilidad, entendiendo por tal aquella que por el ejercicio de la acción presta un beneficio pecuniario o moral¹¹⁸, postura que es contraria a lo señalado por Francisco Ferrara, quien considera que la utilidad no es un elemento a considerar dentro de la evaluación del interés, ya que esta sería coincidente con lo que se espera obtener en el juicio, el beneficio del actor, cuando lo realmente importante es la necesidad que tiene aquel que invoca la protección judicial¹¹⁹. Si se considera la situación actual de la acción de simulación en el derecho chileno, y en particular su carácter declarativo, el que hace necesario que cada vez que se quiere modificar la situación existente, se deba hacer mediante la solicitud de nulidad o cumplimiento del acto simulado, es que tendremos que el interés con el cual debe contar el actor debe ser de carácter patrimonial, pues cuando se contraviene la moral o el orden público, es el Ministerio Público quien debe velar por dicho interés, no un particular. Finalmente respecto a este punto, si se establece que se requiere la existencia de una utilidad en el interés del actor, sea esta pecuniaria, moral o ética, se le estará dando a la causa de pedir, es decir, al motivo que le induce a interponer la acción de simulación, la calidad de requisito vinculante para su ejercicio, cuando lo realmente importante

¹¹⁶ ALESANDRI BESSA, Arturo. Ob. Cit. 522p

¹¹⁷ “...la ley dispone que la nulidad puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, esto es, todo aquel que tenga interés pecuniario en que desaparezcan los efectos del acto o contrato nulo puede reclamarla entablando la acción de nulidad absoluta, u oponer a la parte que invoca en su contra el acto o contrato la excepción de nulidad absoluta del mismo acto o contrato.” C. Suprema. 15 marzo 2017. V. Lex. N°671576065 (C.7°)

¹¹⁸ “Sobre el particular, cabe señalar que este interés equivaldría a la utilidad que puede reportar el ejercicio de la acción de declaración de simulación. Sin duda, esta utilidad tendría que ser de carácter patrimonial. Si este interés significa utilidad, aunque algunos autores consideran que un interés moral no puede servir de base al ejercicio de la acción en cuestión, estimamos que una utilidad de carácter espiritual o ético perfectamente puede servir de base al ejercicio de la acción de simulación, sobre todo si pensamos en que la utilidad moral está muy ligada a la idea de simulación lícita y está constituye la regla general” (PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 525p)

¹¹⁹ FERRARA, Francisco. Ob. cit. 411p.

es el interés que tiene aquel que interpone la acción de simulación, el cual debe ser basado en la afectación de un derecho subjetivo, propio, actual y patrimonial.

En resumen, como primer requisito de la acción de simulación tenemos el interés legítimo, el que en la acción de simulación debe ser entendido como la necesidad de tutela jurídica que tiene el titular de un derecho subjetivo, la que debe ser actual, propia y patrimonial.

2.4.2. Existencia de un daño

El daño como requisito en la acción de simulación, es aquel perjuicio que se genera por la amenaza o incertidumbre que se da en el derecho del titular de la acción, y que la doctrina lo describe como lo que le embaraza y deprime en el desenvolvimiento total de su actividad económica mientras dura el peligro de la violación¹²⁰. En este caso, lo que se exige en la acción de simulación no es la existencia del evento que genera el daño, o como Ferrara lo denomina, la prueba del *consilium fraudis* o del *eventus damnis*¹²¹, acá lo que se requiere es que producto de la existencia del acto aparente se genere un daño determinado.

Se debe considerar que si quien acciona por simulación no ha sufrido daño alguno producto del acto aparente, ni tampoco alguna disminución en el ejercicio de un derecho, él no se encontrará legitimado para entablar la acción, por cuanto el requisito que se presenta como excluyente al momento de determinar si tiene un interés directo en que se declare que el acto fue simulado es el daño o perjuicio. Si la persona que entabla la acción no ha sufrido daño, sólo estará actuando como un buen vecino, donde protege los intereses de otros que se pudieran ver afectados por el negocio simulado, y que quizás en algún momento podrían llegar a afectarle de manera personal, más su acción se debe deslegitimar por improcedente, puesto que además de no cumplir con el requisito del daño, también le faltara el interés legítimo que se requiere para entablar la acción de simulación.

En consecuencia, la existencia del daño irá de la mano con el requisito del interés legítimo, por cuanto para que haya un interés, debe haber un amenaza o perturbación directa en un derecho subjetivo del titular de la acción, produciendo esta última un daño en el patrimonio del

¹²⁰ FERRARA, Francisco. Ob. cit. 413p.

¹²¹ “Para el ejercicio de la acción de simulación no es necesario: 1° La prueba del *consilium fraudis* o del *eventus damni* nacido del contrato simulado, porque también puede haber un interés en obtener el reconocimiento de una simulación no fraudulenta; e igualmente es susceptible de ser descubierta, a fin de lograr algún beneficio, una simulación que al realizarse no perjudicaba al impugnante” (FERRARA, Francisco. Ob. cit. 409p).

actor, y de no ser así la acción de simulación debe ser desestimada por no cumplir con los requisitos necesarios para su ejercicio.

2.4.3. Titulares de la acción de simulación.

Para determinar quiénes pueden ser titulares de la acción de simulación es necesario realizar una breve introducción al concepto de partes y de terceros en relación a la simulación, pudiendo de este modo establecer los requisitos propios de cada uno de estos al momento de ejercer este tipo de acción.

2.4.3.1. Definición de parte

En derecho civil, “parte son las personas que, personalmente o representadas, concurren a la formación del acto. Cada parte represente un centro de interés, por lo cual una parte puede estar constituida no solo por una persona sino también por varias, si todas estas últimas forman un mismo centro de intereses”¹²², por tanto, en materia de simulación, por parte se entenderá a todo aquel que concurre ya sea personalmente o a través de representante a la creación del negocio simulado.¹²³ Sin embargo, no basta con señalar esto, sino que también, es necesario realizar hincapié en la calidad de parte y las facultades que tienen tanto los representados como los herederos cuando entablan la acción de simulación, ya que según señala nuestra legislación ambos debiesen adquirir y ocupar la misma calidad que detenta el contratante del negocio simulado.

En primer lugar, en aquellos actos simulados que se celebran por medio de un representante, se deben considerar las normas generales relativas al mandato, y lo estipulado en el Art. 1448 del Código Civil, donde se establece que, “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”; permitiendo de su lectura conjunta concluir que el representado puede impetrar la acción de simulación directamente o por medio del representante, pero, ¿qué ocurre cuando el representado no

¹²² ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, Y SOMARRIVA, MANUEL. Ob. Cit. 391p

¹²³ No se debe confundir la calidad de parte que se tiene al contratar con la que se adquiere al momento de entablar la acción de simulación, por cuanto ahí quien concurre al litigio aun cuando sea un tercero que se ve afectado o beneficiado por el acto simulado adquirirá la denominación de parte.

tuvo conocimiento de la celebración del acto simulado?, en ese caso, ya sea porque el mandatario actuó a nombre propio o porque lo hizo sin facultades para representar al mandante, el representado ya no debe ser considerado como parte, debiendo por tanto actuar como tercero, y aplicándose al momento de entablar la acción de simulación el régimen normativo que le correspondería en esta calidad¹²⁴.

Respecto al heredero y cuál sería su situación en relación al acto simulado existe mayor discusión en la doctrina, específicamente en lo que dice relación a sí este debe ser considerado como parte o como tercero. Por un lado, está la doctrina clásica de Francisco Ferrara¹²⁵, quien postula que el heredero debe ser considerado parte ya que es la continuación del causante, representando en todo ámbito a este último, y solo si acepta con beneficio de inventario la herencia puede ser considerado como tercero, sumando como requisito el que entable la acción porque ve afectados derechos propios. Ahora bien, parece justo considerar que el heredero será parte siempre y cuando el acto por el cual interpone la acción de simulación no afecte sus propios intereses, ya que de ser así estará actuando como tercero, aun cuando no haya aceptado con beneficio de inventario ya que con esto solo se busca separar el patrimonio del heredero con el del causante, mientras que el objetivo que se tiene al impetrar la acción de simulación es establecer cuál es el patrimonio real del causante.¹²⁶

Finalmente, hemos de mencionar como parte del acto simulado al cedente, puesto que dado que la acción de simulación es transmisible y transferible, permite a quien ocupa la calidad de cesionario actuar como si fuese él quien personalmente concurrió al negocio simulado, siempre y cuando se haya manifestado dicha facultad en el contrato de cesión, ya que las inhabilidades personales no se transfieren salvo que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad quieran pactar lo contrario.

2.4.3.2. Definición de terceros

Desde un punto de vista civil, tercero es aquel que no partícipe del acto simulado, debiendo diferenciar esto del concepto procesal, en donde aun cuando quien alega detente la calidad

¹²⁴ Véase 4.3.2.1.2.

¹²⁵ FERRARA, Francisco. Ob. Cit.418p.

¹²⁶ El derecho a reclamar un interés propio deriva de la legítima, la cual es fijada por ley, por tanto, la acción de simulación será un medio para que en virtud de la existencia de un interés propio se pueda develar el real patrimonio del causante, todo esto siempre y cuando se actúa como tercero en relación al acto simulado.

de tercero respecto del acto, por el solo hecho de solicitar el pronunciamiento del tribunal adquiere la calidad de parte, pero sólo respecto del proceso, no del negocio.

La doctrina mayoritaria acoge la definición dada por Ferrara, la cual es bastante completa, y que señala que, son terceros “todos aquellos que son ajenos al contrato simulado, sea porque no tomaron parte en él o no estuvieron representados en el mismo o no son sucesores a título universal de los que lo realizaron”¹²⁷. Finalmente, es en base a lo dicho por este autor que se concluye que todos quienes sin ser parte del acto simulado, al ver afectados sus intereses, pueden solicitar que se declare que el acto aparente no es en verdad no que las partes quieren, pues este carece del consentimiento real y serio con el que toda manifestación de voluntad debe contener para que el acto sea válido, logrando de este modo levantar el velo y exponiendo lo que las partes pactaron de modo oculto, lo que realmente querían.

Al estudiar el interés legítimo que debe tener quien alega la simulación, ya vimos la discusión que existe respecto de la situación que el heredero detenta en relación al acto simulado, situación cuyo estudio se reiteró al ver cuando se entiende que los herederos actúan como parte o como terceros, sin embargo, parece necesario reiterar lo ya dicho por medio de un pronunciamiento de la Corte Suprema, en donde se les reconoce a las herederas su legitimidad para solicitar la nulidad del acto por simulación del mismo, y tal como ella indica, “Tanto los autores como la jurisprudencia están de acuerdo en que el precepto citado se refiere a las personas que tienen un interés pecuniario o patrimonial en la declaración de nulidad, o sea, la nulidad puede ser alegada por cualquiera a quien aproveche su declaración. Entre las personas interesadas en la declaración de la nulidad absoluta de un acto o contrato ejecutado por otra, pueden encontrarse los herederos, como sucede en el caso de autos. No puede existir duda de que las herederas de don Fernando Zañartu, advirtiendo de la situación que se había producido, y más aún una vez muerto su padre, podían accionar, pues, la constitución de dicha sociedad les causa daño patrimonial. No tiene sentido limitar la legitimación activa de los herederos, cuando de lo que se trata es que no se celebren actos ilegales sancionados con nulidad absoluta; quienes más perjudicados pueden resultar de este tipo de actos que los propios herederos de quienes lo celebran. Se trata de una acción de nulidad por simulación, y las demandantes a este respecto son terceras claramente perjudicadas.”¹²⁸

¹²⁷ FERRARA, Francisco. Ob. cit. 416p.

¹²⁸ C. Suprema. 30 marzo 2015. L.P. N° 1694/2015. (C. 13)

En conclusión, serán terceros titulares de la acción de simulación aquellos que vean afectados sus intereses como consecuencia del acto simulado, teniendo ellos el correspondiente interés legítimo que les permite accionar por esta vía con el fin de que se declare la verdadera intención de las partes.

2.5. Formas de alegar la simulación

Vistos los elementos y requisitos necesarios para que se pueda solicitar al tribunal el pronunciamiento respecto de la acción de simulación, corresponde analizar en qué forma ésta debe ser alegada por quien tenga interés en que se revele las reales intenciones de los contratantes, teniendo como punto de partida, que al ser una acción que no tiene regulación especial en nuestro Código de Procedimiento Civil, se debe sujetar a las normas del juicio ordinario establecidas en el Libro Segundo de dicho cuerpo normativo.

Respecto de la forma en que la simulación debe ser alegada, debemos considerar si quien tiene interés en que se revele el acto oculto lo hace sin que exista ninguna litis en curso, en cuyo caso quien requiere el pronunciamiento de los tribunales debe interponer por vía de acción la declaración de la simulación, lo que debe hacer de una sola presentación, contra todos quienes participaron del negocio oculto. Por el contrario, cuando ya hay iniciado un juicio, esta se puede presentar de dos maneras, una por vía de demanda reconventional, donde se debe presentar como acción, puede ser alegada la simulación por vía de excepción, en contra de la demanda principal, de una tercería de dominio¹²⁹; en cualquiera de estos casos al ser una excepción debe estar contenida en el escrito de contestación.¹³⁰

2.6. Comparación de la acción de simulación con otras acciones.

Una vez más se debe señalar que dado que la acción de simulación no es regulada por nuestro ordenamiento jurídico, siendo su regulación un tratamiento jurisprudencial y doctrinal,

¹²⁹ DIEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 256p; PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 538p

¹³⁰ El caso más frecuente es el que se da cuando existiendo ya una litis en curso un tercero por vía de una tercería de dominio alega la propiedad del bien cuyo embargo se solicita, esto generalmente porque es el propietario que adquirió por medio de una compraventa simulada, y en cuyo caso el demandante al momento de efectuar su defensa en el cuaderno de tercería debe alegar por vía de excepción la existencia de un contrato simulado donde la *causa simulandi* del acto es precisamente el sustraer del patrimonio del demandado el bien con el fin de evitar su ejecución.

donde se han asimilado características de otras acciones a la acción de simulación, en particular a la nulidad, por lo que es frecuente que se le pueda confundir con otras acciones.

2.6.1 Acción de simulación y nulidad

La nulidad es “la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado”¹³¹, por tanto, tiene efectos que van más allá de la mera declaración, pues tiene consecuencias en relación al acto mismo y por ende a las partes de este. En cambio, la acción en estudio tiene un carácter declarativo, en donde solo se reconoce una situación ya existente más no genera consecuencias por sí sola, siendo necesario que vaya acompañada de otra acción a la cual el derecho le reconozca efectos que permitan a quien la entabla obtener los objetivos deseados, de manera que si hay un contrato simulado y las partes lo celebraron con el fin de no obtener ningún tipo de resultado o, por el contrario, lograr uno distinto del manifestado en el acto, no bastará con la acción de simulación, pues con ella se logra dejar sin efecto, siendo necesario que para que eso ocurra se solicite de manera conjunta o subsidiaria la nulidad del mismo.

Ahora bien, ¿cuál sería el orden correcto para la presentación de la acción de simulación y nulidad?, la respuesta a esta interrogante es una situación que dado el desarrollo de la jurisprudencia pareciera estar resuelta, debiendo al momento de alegar la simulación, ya sea por vía de acción o de excepción, encauzar la misma dentro de una causal de nulidad por falta de consentimiento, puesto que como ya vimos en el caso de la simulación absoluta, que es donde las partes pueden solicitar la nulidad del acto, lo que hay es una falta de consentimiento, y siendo esto un requisito de existencia de todo acto jurídico, este es susceptible de ser anulado según las reglas generales del Código Civil. En el caso de la simulación relativa, las partes no pueden solicitar la nulidad del mismo por falta de consentimiento, pues este si existe, mas es uno distinto al manifestado de manera aparente, por tanto la nulidad del dicho acto deberá ser solicitada por la falta de otro elemento necesario para su validez, y siempre que quien la alegue no se encuentre limitado por lo estipulado en el artículo 1.683 del Código Civil, que establece que quien sabía o debía saber el vicio que invalida el acto no se encuentra legitimado para solicitar la nulidad del acto a cuya celebración concurrió.

¹³¹ ALESSANDRI BESSA, Arturo. Ob. Cit. Tomo I. 20p

Interesante resulta un fallo donde se solicitó la nulidad absoluta de un contrato por ser este simulado, acogiendo el tribunal de primera instancia dicha acción y concediéndole los efectos propio de la nulidad, sin embargo, al conocer el tribunal de alzada de dicha petición por vía de apelación, pese a reconocer la existencia de simulación absoluta, desconoce los efectos de la nulidad en relación a dicho acto, y estima que al tener la acción de simulación sólo un carácter declarativo, la restitución de las partes al estado anterior de la celebración del negocio simulado debe ser objeto de otro juicio distinto, en sus palabras “no cabe entonces retrotraer las cosas al estado anterior como se solicita y se accede en la sentencia que se revisa, por cuanto la simulación acogida solo puede tener efectos declarativos en esta instancia, debiendo el demandante ejercer las acciones pertinentes ante y por el procedimiento que corresponda, en virtud de lo declarado en la presente sentencia”¹³². Esta situación posteriormente fue corregida por la Corte Suprema, quien establece en primer lugar, que no se deben confundir la sanción de la nulidad con sus efectos, y que en si componen una unidad, por ende, no es posible decretar que un acto es nulo y desconocer los efectos restitutorios que la ley le concede a las partes una vez declarada esta sanción¹³³; y en segundo lugar, señala sin pronunciarse sobre el carácter declarativo de la acción simulación, si dice: “que en ausencia en la legislación nacional de una acción de simulación legalmente tipificada, la doctrina predominante y la jurisprudencia han ido resolviendo los conflictos provocados por los contratos simulados por la vía de la nulidad absoluta por falta de voluntad real, por falta de objeto, por falta de causa o, aún por causa ilícita. En este método conducente a la ineficacia del acto, la simulación funciona como la explicación de los hechos que condujeron a la celebración del acto o de los actos que finalmente adolecen de nulidad por falta de efectivo consentimiento.”¹³⁴

En consecuencia, cuando lo que se busca es dejar sin efecto el acto simulado no se concibe la presentación de la acción de simulación sin ser asociada a la solicitud de nulidad del mismo, ya que la primera solo tiene carácter declarativo y la segunda es la que lograra retrotraer a las partes al estado en que se encontraban previo a la celebración del acto simulado, sin perjuicio

¹³² C. Apelaciones Santiago. 21 de Julio del 2014. L.P. N ° 4707/2014. (C 20 °)

¹³³ “Que esas restituciones son consecuencia inmediata y directa de la declaración de nulidad, en términos de que no es necesaria una controversia separa posterior, lo que por lo demás no se justifica; y en esas restituciones ciertamente está incluida la cancelación de la inscripción registral practicada a nombre del que resultó adquirente en virtud del contrato declarado nulo, de modo que con esa cancelación recobra eficacia la inscripción del enajenante, que inicialmente había quedado cancelada.” C. Suprema. 10 de agosto 2014. L.P. N ° 4642/2015 (C 20°)

¹³⁴C. Suprema. 10 de agosto 2014. L.P. N ° 4642/2015. (C 6°)

de que como ser verá en el capítulo cuarto de la presente obra, en determinadas ocasiones cuando una de las partes alega la simulación puede este no encontrarse legitimado para solicitar la nulidad del acto, o bien puede ser que la simulación se alegue con la intención de hacer cumplir el acto oculto, y no para anularlo, como ocurre cuando el tercero que se ve beneficiado con este último pide se declare la real voluntad de las partes¹³⁵.

2.6.2. Acción de Simulación y Acción Pauliana

La acción pauliana es “la que la ley otorga a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos y siempre que concurren los demás requisitos legales”¹³⁶, esta acción si se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en específico en el artículo 2.468,¹³⁷ donde se establecen sus requisitos de procedencia, y cuenta dentro de sus principales características con que es una acción directa del acreedor, de carácter personal pues deriva de un hecho ilícito, es una acción patrimonial, y su plazo de prescripción es de un año contado desde la fecha del acto o contrato que se quiere rescindir¹³⁸.

Su principal diferencia con la acción de simulación radica en que la acción pauliana tiene su fundamento en la existencia del fraude en contra de los acreedores, mientras que en la acción en estudio no se requiere la existencia de este para poder hacer rescindible el acto, tampoco se necesita el conocimiento del mal estado de los negocios, además de que dado el carácter declarativo de la acción de simulación, con ella no se logra más que poner en evidencia la existencia de un acto oculto que contiene la verdadera intención de las partes.

Otra diferencia que encontramos con la acción pauliana es que esta sólo puede ser interpuesta por un acreedor, quien debe tener esa calidad con anterioridad a la celebración del acto que se quiere rescindir, mientras que en la simulación cualquiera que tenga un interés

¹³⁵ Véase: 3.2.

¹³⁶ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. Tomo II. 777p

¹³⁷ Artículo 2468 del Código Civil “En cuanto a los actos ejecutados ante de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1° Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2° Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. 3° Las acciones concebidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”

¹³⁸ RAMOS PAZOS, René. Ob. Cit. 328-329p

legítimo en evidenciar la existencia de un acto oculto por cuanto este le genera un daño, se encuentra en posición de interponerla, aun cuando se trate de un acreedor que ha adquirido dicha calidad con posterioridad a la celebración del acto aparente. Además, en la acción pauliana se debe distinguir entre actos gratuitos y onerosos, mientras que en la simulación esto es indiferente, cualquiera sea la naturaleza del acto es susceptible de ser objeto de una acción de este tipo.

2.7. Prueba en la acción de simulación: aspectos generales

Al igual que en otras acciones de carácter civil, cuando se interpone una acción de simulación, se aplican las normas generales relativas a la carga de la prueba y la admisibilidad de la misma, por tanto, quien alega un hecho debe probarlo¹³⁹. Sin embargo, para establecer qué medios de prueba se pueden presentar se deben considerar dos aspectos esenciales, el primero es quién entabla la acción, y segundo, cuál es el propósito que la prueba ha de tener. Dependiendo de la respuesta que se obtenga a dichas interrogantes es como se desarrollara la etapa probatoria, pues dependiendo de si quien entabla la acción es una parte del negocio simulado, las limitaciones a la prueba serán mayores que las que tiene un tercero, a lo que se debe agregar que el objeto de la misma será distinto, ya que si bien siempre se debe partir probando la causa simulandi del acto, cuando son las partes quienes intentan la acción de simulación lo que desean demostrar es que existe un negocio simulado, que se pactó en determinadas condiciones, y que en dichos términos se debe cumplir la obligación por los coparticipes, de modo que cuando uno de ellos quiere desconocer el acuerdo, será por medio de lo que logre probar en el juicio como contenido del acto oculto, lo que podrá finalmente exigir que se cumpla por medio del tribunal; mientras que si es un tercero quien alega la simulación, este en primer término ya no presentará las limitaciones que tienen las partes al momento de presentar la prueba, y su enfoque ira destinado principalmente a que el acto simulado le sea inoponible, o, en algunos casos, en dirección a que se levante el velo para que sea revelada la verdadera intención de las partes, es decir, que quede de manifiesto el acto oculto, puesto que lo que ahí se estipula le beneficia.

Ya mencionábamos que las partes se encuentran sujetas a determinadas limitaciones al momento de probar la simulación, esto porque al existir un acto que les liga y por ende les obliga a respetarlo, se les aplican a ellas las normas establecidas en nuestro ordenamiento

¹³⁹ Art. 1698 C.C inciso primero, "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta."

para las relaciones contractuales, por cuanto acá lo que hay es un acto jurídico que se debe respetar, tanto en el contenido que en él se expresa, como en las normas que el legislador hace aplicable a estos actos, siendo las que rigen a las partes en materia probatoria aún más relevantes, sobre todo aquellas que dicen relación con las limitaciones en la prueba testimonial.¹⁴⁰ Al contrario de lo ya dicho, para los terceros la simulación constituye un hecho jurídico, y por ende si estos se ven afectados por la existencia del acto simulado y sus alcances, sólo se les debe aplicar las normas relativas al régimen de responsabilidad extracontractual, donde no hay limitaciones respecto de los medios de prueba a utilizar al momento de probar la existencia de un acto simulado.

Un aspecto transversal en la acción de simulación, indistintamente de quien sea que la alegue, es determinar en el líbello cual es la causa que han tenido las partes para simular el acto, la motivación que los habría llevado a crear este acto aparente, ya que si quien acciona tiene claro cuál es la causa *simulandi* puede encaminar los medios probatorios de mejor modo, consiguiendo así que, a través de presunciones, el tribunal pueda de una manera lógica lograr la convicción plena de que efectivamente se está ante un acto simulado. Es luego de la etapa de discusión cuando el tribunal fija los puntos a probar, y en caso de la simulación generalmente estarán incluidos dentro de ellos los elementos que de darse han de establecer que se cumple con los requisitos de la simulación, es decir la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada, emitida de manera consciente y con el fin de engañar a terceros, siendo él por qué de este último la causa *simulandi* que debe aclarar quien demanda¹⁴¹.

Finalmente, dado que la simulación en si supone un acto oculto, la prueba de la misma tiene alta dificultad, en primer lugar porque las partes no siempre dejan constancia en un documento escrito de la voluntad real, y segundo porque los terceros difícilmente conseguirán que las partes les faciliten la contraescritura si existiera o los documentos en donde reconocen la existencia del acto simulado, y respecto de las partes, porque como ya vimos a ellos les son aplicables las normas de responsabilidad contractual, de modo que al verse enfrentados a las limitaciones a la prueba que el código civil establece les resulta mucho más dificultosa la tarea de probar la falta de contraescritura cuando han pactado un acto simulado, de modo que las

¹⁴⁰ Artículos 1.708 y 1.709 del CC

¹⁴¹ “Que para que la acción de simulación prospere es necesario probar la existencia de una disconformidad deliberada y consciente entre la voluntad interna y su declaración, el concierto entre las partes del contrato y la intención de engañar a terceros mediante la emisión de la declaración de voluntad”. C. Apelaciones de San Miguel. 23 diciembre 2013. M.J. N°36710. (C. 5°)

pruebas que presenten irán en dirección de generar presunciones que revistan tal gravedad, concordancia y precisión, que permita al juez adquirir la convicción de estar ante un acto simulado¹⁴². Es por lo anterior, que la jurisprudencia ha señalado que en materia de simulación el juez se debe valorar la prueba alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos, establece la prueba legal tasada, que es el sistema que impera en nuestro Código de Procedimiento Civil, y en particular en la simulación la prueba por presunciones es elevada de categoría, pues como ya se indicó, la dificultad para obtener medios de prueba directos hace que esta sea la mejor vía que tendrán tanto las partes como terceros.¹⁴³

2.7.1. Contraescrituras

Dada la importancia que tienen las contraescrituras en materia de simulación, es que es necesario dedicarle un análisis diferenciado respecto de los demás medios de prueba que se utilizan en la acción de simulación. A la fecha se han dado por la doctrina dos definiciones de contraescritura, en un sentido amplio esta aquella que considera que es “todo instrumento, público o privado, otorgado por las partes para alterar, modificar o derogar, en todo o en parte, lo expresado por ellas mismas en otro instrumento; significa todo escrito redactado contra otro escrito; todo acto que modifica a otro celebrado entre las mismas partes.”¹⁴⁴, y la otra en un sentido restringido entiende que “sólo hay contraescritura cuando el documento da constancia de un acto simulado; en consecuencia, si no existe simulación, hay una modificación o revocación de lo pactado, pero no contraescritura”¹⁴⁵. Pues bien, a partir de la definición de simulación, y a que en este tipo de negocios existen dos actos que nacen de manera conjunta,

¹⁴² “Que de los hechos anteriores, por su gravedad, precisión y concordancia, permiten deducir que las demandadas, al celebrar el contrato de venta y cesión de derechos tantas veces citado, carecían de la intención en orden a obligarse por dicho acto jurídico, esto es, no existió consentimiento, celebrando un acto totalmente ficticio y con el único fin de impedir que se cumpliera con la obligación de los vendedores del inmueble comprado por el padre de los demandantes, Custodio Clavel Pérez, en orden a efectuar la tradición del mismo mediante la correspondiente inscripción conservatoria” C. Apelaciones Temuco. 24 agosto 2010. L.P. N° 6232/2010 (C. 12)

¹⁴³ “... Bajo este contexto, la generalidad de la doctrina y jurisprudencia han deducido dos consecuencias probatorias: a.- Que en materia de simulación, en general, la valoración de los distintos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos impone el sistema de prueba tasada legalmente, o de tarifa legal, puesto que aun en estos ordenamientos frecuentemente quedan, por la naturaleza del asunto, márgenes de apreciación prudencial en que el tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor y se trata, precisamente, de que lo haga particularmente en un tema como el de autos y; b.- Qué tratándose de una simulación, la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia. Es la única actitud equitativa si se quiere conceder verdaderamente una opción al demandante de llegar a tener éxito.” C. Suprema. 30 marzo 2017. V.LEX N° 673541361 (S. Remplazo C. 5°)

¹⁴⁴ PARRA LABARCA, Ricardo. 1999. Tratado de la simulación. Chile. Ediciones jurídicas La Ley. Tomo II. 908p.

¹⁴⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. Tomo I. 162P

uno aparente y otro oculto, donde las partes desde el momento mismo en que deciden celebrar un acuerdo simulado crean esta apariencia que les permite engañar a terceros y mantener secreta su verdadera voluntad, la segunda definición es la que resulta más acorde a la institución en estudio.

En el ámbito de la simulación, la contraescritura será aquel instrumento donde conste la verdadera intención de las partes que pactan un acto simulado, por tanto debe tratarse de un acto contrario a lo públicamente expuesto, donde no bastará con que se trate de un acto meramente modificatorio o rectificatorio de uno anterior, ni mucho menos lo será aquel donde se expresa una nueva convención, puesto que en la simulación tanto el acto aparente como el oculto nacen de manera simultánea, constituyendo ambos un todo indivisible, de tal manera que si se toman como actos apartes, no estaríamos ante una simulación, pues no se cumplen los requisitos que esta institución tiene.

Un requisito esencial para que sea una contraescritura es que esta debe mantenerse oculta, inclusive si consta en un instrumento público, pues el artículo 1707 del Código Civil no hace distinción, pero si esta no tiene el carácter de oculto no podemos decir que estamos ante una simulación, será si una contraescritura en el sentido amplio de la palabra, pues viene a modificar, aclarar, o rectificar lo estipulado en un documento anterior, pero carece de la intención de mantener la real voluntad oculta de los ojos de terceros a quienes en este tipo de negocios se les quiere engañar por medio de un acto aparente que la contraescritura viene a modificar. En la norma ya citada, “la contraescritura, de acuerdo con este precepto, es, en lo que toca su aspecto material, un documento y más precisamente, un instrumento pues está destinada a consignar un acto jurídico que establece la verdadera intención de las partes acerca de lo pactado en una escritura pública o en un instrumento privado anterior, mediando simultaneidad intelectual”¹⁴⁶, pero para ser una contraescritura donde consta el acto oculto, requiere que esta se mantenga en reserva, sin cumplir con los requisitos de publicidad que en dicho precepto se mencionan.

Relevancia tiene que el artículo 1707 distinga entre una contraescritura que consta en un instrumento público o privado, pues el valor probatorio de uno u otro varía respecto de las partes y terceros, en efecto, según dispone el artículo 1702 del Código Civil, para que un instrumento privado haga plena prueba para las partes, se requiere que aquel contra quien se

¹⁴⁶ PAILLÁS, Enrique. 2003. La simulación en derecho privado. Doctrina y jurisprudencia. 3° Ed. Santiago. Jurídica de Chile. 57p

opone(se supone por tanto que se está en un litigio), reconozca dicho acto o que este se le mande tener por reconocido¹⁴⁷, teniendo así para las partes igual valor probatorio que la escritura pública de la cual constituye contraescritura, haciendo plena fe entre ellas. Por el contrario, para los terceros el instrumento privado que viene a modificar un instrumento público no tiene valor alguno, según señala el ya mencionado artículo 1707, y tampoco lo tiene la contraescritura pública si no se ha tomado nota al margen de la matriz. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, quien ha señalado que, “las contraescrituras pueden ser públicas o privadas, siendo distinto el efecto que producen según su naturaleza, toda vez que si las contraescrituras son privadas, sólo producen efecto entre las partes y sus sucesores, cuando hayan sido reconocidas en forma legal, en virtud de lo previsto en el artículo 1702 del precitado código; pero ellas no hacen fe probatoria en relación a los terceros, protegiéndoles la ley de esta forma para evitar que los contratantes, subrepticamente, puedan modificar lo convenido en instrumento público; luego, las contraescrituras públicas destinadas a modificar o alterar un instrumento público, por regla general, tampoco tienen valor probatorio respecto de terceros y sólo por excepción, conforme a la norma contenida en el inciso 2° del mencionado artículo 1707, tales contraescrituras públicas hacen merito en relación a los terceros, siendo necesario para ello que de dicho instrumento se haya efectuado una doble anotación, esto es, dejando constancia al margen de la escritura matriz que ésta ha sido modificada en el sentido que se expresa y, además, que esa misma constancia se deje en copia en virtud de la cual haya obrado el tercero, toda vez que la expresión “traslado” que emplea la disposición legal, significando copia.”¹⁴⁸

En conclusión, la contraescritura es un instrumento privado o público donde se hace constar la real voluntad de las partes del acto simulado, debiendo este mantenerse oculto del conocimiento de los terceros para que cumpla con los requisitos de un negocio de este tipo. Respecto del valor probatorio que tenga dependerá si se trata de los coparticipes del acto o de un tercero ajeno a este, siendo esta materia de estudio en los siguientes capítulos.

¹⁴⁷ Se entiende que se manda a tener por reconocido, adquiriendo las características de instrumento público cuando se da una de las situaciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil, específicamente el artículo 346 que señala: “Los instrumentos privados se tendrán por reconocidos: 1° Cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer; 2° Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso; 3° Cuando puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, ara este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo; y 4° Cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.”

¹⁴⁸ C. Apelaciones La Serena. 4 de abril 2012. L.P. N°3985/2012 (C. 4°)

CAPITULO III

LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS

Los terceros en relación con el acto simulado son todos quienes no tienen relación con éste, los que no son parte del mismo. Sin embargo, puede suceder que estas personas que en principio son ajenas al negocio simulado, lleguen a vincularse con las partes, provocando que de igual manera se les generen efectos derivados de la existencia del acto aparente o del oculto, de modo que aun sin ser parte de la simulación tendrán consecuencias en sus negocios.

Debido a lo anterior, tenemos que, en el acto simulado, como en todo acto jurídico, existen dos tipos de terceros, los que se ven afectados por el acto y aquellos que no, clasificándolos según este criterio en terceros absolutos y relativos respectivamente. Los primeros son aquellos que no tienen interés alguno en la convención celebrada por las partes, no se han vinculado jurídicamente con ellas ni antes, ni durante, ni después de la celebración del acto simulado, por lo que no les compete ninguna acción al respecto, mientras que por otro lado, están los terceros relativos, que sin tener participación activa en la convención simulada, ven comprometidos sus intereses producto de otras vinculaciones jurídicas con las partes, las que pueden ser anteriores, como es el caso del cónyuge que encontrándose separado de hecho ve que el otro cónyuge recurre a contratos simulados para evitar que los bienes adquiridos ingresen al haber social, o por vinculaciones posteriores, como es el caso de aquel heredero que ve disminuida la masa hereditaria como consecuencia de enajenaciones ficticias realizadas por el causante en vida que tenían como fin el burlar las normas hereditarias.

3.1 Efectos de la simulación para los terceros.

El inciso primero del ya mencionado artículo 1707 de nuestro Código Civil, establece que las escrituras ya sean privadas o públicas no producen efectos contra terceros cuando no se

cumplen los requisitos de publicidad del acto¹⁴⁹, haciendo por tanto inoponible el acto oculto a los terceros, que es donde consta la verdadera intención de las partes.

Es el artículo en comento el cual tiene como gran misión velar por la estabilidad que el comercio requiere, busca eliminar la falta de certeza provocado por el hecho de que la legislación admita validez a la simulación de actos jurídicos. Ricardo Parra Labarca advierte los peligros que acarrearía para las relaciones jurídicas la permisión sin límites de la simulación al señalar que “si se aplicaran todos los principios de la simulación en su integridad, los terceros quedarían totalmente a merced de los engaños de las partes. La libertad de contratación ha de encontrar, con seriedad, un límite en la protección y en la tutela a los terceros de buena fe”¹⁵⁰.

Podemos decir que como regla general los terceros son en principio ajenos a los efectos del acto simulado, con el límite de los actos celebrados por escritura pública y de los cuales se haya tomado nota al margen de la escritura matriz, en cuyo caso ya no se trataría de un negocio simulado, pues falta el requisito fundamental para que así sea: que la verdadera intención conste en un acto oculto. Sin embargo, ¿qué ocurre si el tercero conocía la existencia del acto ficticio al relacionarse con las partes? ¿Se encuentra en la misma posición de aquel que no sabía de la ficción?, pues bien, nuestro legislador no hace diferencia de forma expresa entre los terceros que tienen o no conocimiento de la simulación, situación contraria a lo que ocurre en la doctrina, donde autores ya citados, como Ferrara, Parra Labarca y Alessandri, por mencionar algunos, consideran que éste es un factor a analizar, pues si tienen conocimiento del acto simulado adquieren la calidad de terceros de mala fe y por ende, éste les sería oponible y no podrían sacar provecho del conocimiento que tienen del acto simulado.

Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con dicho planteamiento, así es como encontramos al autor Diez Duarte, quien dice que “el artículo 1707 establece respecto de las partes que en ningún caso la contraescritura o simulación – agregamos nosotros- puede ser hecha valer contra terceros, que esta disposición no hace ninguna distinción. Como fundamento de esta redacción amplia de esta disposición legal en favor de todo tercero, podríamos argumentar que la simulación, aunque permitida, es mal vista por nuestro legislador

¹⁴⁹ En el caso de las escrituras públicas que vienen a modificar una anterior, se debe considerar que no cumplen los requisitos de publicidad sólo cuando no se ha tomado nota al margen de la escritura matriz de las disposiciones que alteran el contenido del acto aparente, en cuyo caso debe ser considerada como una contraescritura (en el sentido restringido), que contiene la real voluntad de las partes, el llamado acto oculto.

¹⁵⁰ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II. 714p

del año 1854. Estimamos que el espíritu del artículo 1707 es amparar en forma absoluta a todo tercero, de buena o mala fe, ante las partes contratantes”¹⁵¹.

Al analizar el artículo 1707 del C.C., de la sola lectura del primer inciso parecería que se abarca a todos los terceros, y que el legislador no tiene intención de diferenciar entre si tienen la calidad de buena fe o no, sin embargo, parece prudente analizar esta situación con un poco más de detención por cuanto no está acorde a los principios inspiradores de nuestra legislación el que quienes actúan de mala fe puedan hacer uso de la excepción de inoponibilidad respecto del acto simulado, pues los pondría en una situación preferente con la alternativa de hacer uso de información privilegiada frente a otros terceros que de igual modo se vean alcanzados por los efectos de la simulación. El hecho que el legislador no distinga podría dar una interpretación en sentido amplio de que todo tercero estaría cubierto con esta protección, pero las normas deben ser analizadas de manera sistemática, debiendo por tanto traer a colación la regla establecida en el artículo 1458 inciso segundo del Código Civil¹⁵², donde se establece que se puede perseguir a quienes se han aprovechado del dolo hasta el monto de su provecho, aun cuando no lo hayan fraguado, de manera que si esta norma la leemos en conjunto con el artículo 1707 nos da a entender que el legislador no mira con buenos ojos que quien tenga conocimiento de la mala fe, o de un negocio que tiene por fin engañar a terceros (con mayor razón si trata de simulación ilícita), pueda aprovecharse de este último, por ende deberá en este caso hacerse cargo de las consecuencias que dicho actuar trae aparejado, no pudiendo alegar inoponibilidad de un acto que conoció o debió haber conocido. Al respecto al jurisprudencia ha indicado “los terceros de buena fe, que son los que ignoran la existencia de la simulación, están protegidos respecto a ella, en el sentido que las contraescrituras que no alcanzan publicidad les son inoponibles, conforme al mencionado artículo 1707 del Código Civil y, en consecuencia, pueden invocar a su favor el acto público o simulado”¹⁵³.

Es prudente antes de adentrarnos en el análisis de cuándo estamos ante un tercero de buena o mala fe y los efectos que tiene para cada uno de éstos, determinar qué se entiende por buena fe, delimitar este concepto que es transversal a todas las instituciones de derecho

¹⁵¹ DÍEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 199p.

¹⁵² Artículo 1458 inciso segundo del CC “En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta la concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

¹⁵³ C. Apelaciones Coyhaique. 12 agosto 2011. M.J. N°9485. C. 7°

y que sin ser definido por nuestro legislador de manera expresa afecta cada uno de los negocios que se generan al amparo del derecho, por lo que la doctrina ha realizado un estudio acabado respecto a sus alcances, de manera que bastará indicar que la buena fe se caracteriza por ser un principio general del derecho, y un principio rector de nuestro Código Civil, existiendo una presunción general en nuestra legislación de que las personas actúan de buena fe en el ámbito del derecho privado, la cual se encuentra establecida en el artículo 707 del Código Civil¹⁵⁴. Este principio puede observarse desde un punto de vista subjetivo y desde un punto de vista objetivo, el primero consiste en un estado mental, en ignorar que se está actuando en perjuicio de derecho ajeno o en contra de la ley, mientras que la buena fe desde un punto de vista objetivo es un estándar legal que utiliza el juez para resolver, "se trata, como es sabido, de conceptos susceptibles de asumir un contenido empíricamente variable, pero que, no obstante, tienen una *unidad de significado básica e inamovible*, la cual debe ser acatada por el sentenciador"¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. En materia contractual, la buena fe se debe apreciar de manera objetiva por el juez, es decir, prescindiendo de evaluar la intención psicológica del contratante debido a la dificultad que esto implica.

Pues bien, si llevamos lo dicho en el párrafo anterior al campo de la simulación, tenemos que para calificar si un tercero se encuentre actuando de buena fe haciéndolo por tanto merecedor de protección, se requiere, además, que haya actuado con un nivel de diligencia adecuado y que a pesar de ésto haya incurrido en el error. Es decir, no es suficiente con que el tercero se justifique señalando que desconocía la existencia del acto simulado o de una contraescritura, sino que además se requiere que el acto ostensible haya tenido cierto aspecto de normalidad, un mínimo de apariencia objetiva que justifique que el tercero haya incurrido en tal equivocación, que haya sido engañado a pesar de haber actuado como un hombre juicioso, con un nivel de diligencia adecuado¹⁵⁷. No puede tratarse por tanto de actos

¹⁵⁴ Art 707 CC "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros la mala fe deberá probarse."

¹⁵⁵ LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 2005. Los contratos: parte general. 4º Ed. Santiago. Jurídica de Chile. Volumen II. 401p

¹⁵⁶ Es así que el artículo 1546 del Código Civil actúa como un estándar legal que guía la calificación de la buena fe que debe hacer el sentenciador, ya que debe tener en cuenta que la exigencia de que se actúe de buena fe en la ejecución de los actos implica también que las partes están obligadas no sólo a lo que estipularon en el acuerdo, sino que además a todo aquello que se entiende incorporado en virtud de la naturaleza de la obligación, o de la misma ley, o incluso de la costumbre.

¹⁵⁷ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II. 493p

manifiestamente falsos, como cuando se requiere una inscripción para la transferencia del dominio de un bien y ésta no existe, el mínimo de diligencia que se espera del tercero en este caso es que verifique la existencia de tal inscripción, si no lo hace, su equivocación no es justificable y no se le considera estar de buena fe por el sólo hecho de haber ignorado la existencia de la contraescritura o bien del acto simulado¹⁵⁸. Por otra parte, a contrario sensu, se considera como tercero de mala fe a aquel que tenía conocimiento de que existía un acto simulado entre las partes y que aun así decidió relacionarse jurídicamente con ellas, equiparando ese conocimiento al hecho de que la conducta del tercero no haya sido compatible con el estándar del buen padre de familia, de aquel hombre que actúa juiciosamente en sus negocios, y que como consecuencia de su falta de diligencia no notó la falsedad o irregularidad manifiesta del acto.

Tiene relevancia para ver si estamos ante un tercero de buena o mala fe, determinar si al momento de vincularse jurídicamente con las partes del acto simulado, aquel tenía o no conocimiento de la existencia de la simulación, pues si aun teniendo conocimiento decide contratar, y con posterioridad intenta que los efectos del acto simulado no le sean oponibles pues no obtuvo las ventajas que esperaba, estará haciendo uso de una posición privilegiada. Ahora bien, para determinar esta situación se nos presenta el gran inconveniente de tener que probar la mala fe, es decir, acreditar que el tercero estaba al tanto del acto simulado al momento de entablar relación jurídica con las partes, ya que a diferencia de la buena fe aquella no puede presumirse.

En la práctica, la jurisprudencia no siempre se hace cargo de analizar si se trata de un tercero de buena fe o no, salvo que sea alegado por una de las partes como fundamento de su acción o excepción según sea el caso, pero como algunas veces al interponer la acción de nulidad por simulación se interpone de manera conjunta o subsidiaria la acción pauliana, puede darse que por este motivo se haga mención a la buena o mala fe de las partes, no del tercero que alega la acción de simulación. El caso de laboratorio que permitiría entender cuando un tercero está de buena fe, sería imaginar que A compró un bien de manos de quien aparece como adquirente en un contrato de compraventa simulado sin tener conocimiento de dicha situación, y que luego al verse demandado para restituir el bien por no ser de propiedad de quien le vendió, interponga como excepción la inoponibilidad del acto por encontrarse contratando de buena fe, sin que haya podido tener conocimiento de que dicho acto que funda

¹⁵⁸ “La buena fe consiste en la ignorancia, pero ignorancia legítima, esto es, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal u ordinaria.” ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Ob. Cit. 284p

la tradición del bien a quien le enajena a él era simulado, cumpliéndose en dicho caso lo establecido en el artículo 1.707 del CC ya analizado.

3.2. Tercero beneficiado con la simulación

Debemos preguntarnos qué ocurre cuando el tercero no se ve perjudicado por el acto simulado, sino que por el contrario, lo beneficia, e indistintamente de si se encuentra de buena o mala fe, ¿qué dice el legislador al respecto? Pues bien, en principio parece que éste no se hace cargo de dicha situación, sin embargo, del análisis a contrario sensu del artículo 1707 se puede concluir que lo resuelve, ya que si tenemos que la contraescritura o acto oculto rige plenamente para las partes, nada obsta a que los terceros también puedan beneficiarse de ella, por ende, podrían de igual modo solicitar por medio de una acción de simulación que se levante el velo respecto del acto oculto y poder así hacer exigible dicha situación.

Este análisis parece estar avalado ampliamente por la doctrina¹⁵⁹, y es así que encontramos en palabras de Claro Solar, citadas por Diez Duarte, que “los terceros pueden invocar las disposiciones de una contraescritura a su favor. Y así, por ejemplo, los acreedores de un inmueble tendrán derecho para exigir del comprador el suplemento de precio, que ha prometido pagar en una contraescritura.”¹⁶⁰

Por tanto, tenemos que los terceros tienen un derecho a opción respecto a la interposición de la acción que presentan respecto del acto simulado, pues si el acto oculto les beneficia puede pedir plena vigencia de este último. Nada obsta que los terceros, así como pueden hacer inoponible la contraescritura o acto secreto que le perjudica puedan, a contrario sensu, hacer uso de sus beneficios, ya que el legislador como hemos visto no prohíbe la simulación cuando esta es lícita, si no que más bien la permite y si no hay perjuicio para terceros se da esta hipótesis permitiendo que sin problema ellos puedan alegar a su favor el acto oculto.

¹⁵⁹ María Cárcaba, hace mención en su obra ya citada con anterioridad a algunos terceros que podrían verse beneficiados por el acto oculto, teniendo entre ellos a los acreedores del falso transmitente y los retrayentes en un pacto de retroventa. Si bien, está autora no realiza su estudio en base a nuestro ordenamiento, dichas menciones pueden ser sin problema aplicadas en nuestro sistema por tener incluidas estas instituciones en nuestra normativa. CÁRCABA FERNANDEZ, María. Ob. Cit. 144p-146p

¹⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis. Lecciones de Derecho Civil. Tomo 12, N° 2036, 696p. Citado en DIEZ DUARTE, Raúl. Ob Cit. 197p

3.3. Acciones que pueden ejercer los terceros

Teniendo ya claro que los terceros son protegidos por el legislador de los abusos que por medio de los actos simulados se pudieran generar, toca estudiar cuales son las acciones que el ordenamiento jurídico les permite entablar en caso que se vean alcanzados por los efectos de la simulación, sea de manera positiva o perjudicial.

Al respecto estudiaremos dos mecanismos que nuestra legislación le reconoce a los terceros para poder salvaguardar sus intereses cuando de simulación se trata, el primero dice relación con la inoponibilidad que pueden invocar respecto del acto oculto cuando se dan los supuestos establecidos en el ya estudiado artículo 1707; y el segundo medio, es la acción de simulación.

3.3.1. La inoponibilidad.

“La inoponibilidad es la sanción civil que impide que se haga valer ante terceros un derecho (nacido ya sea de la celebración de un acto jurídico, ya sea de la nulidad o de otra causal de terminación anormal de un acto jurídico, como la resolución o la revocación)”¹⁶¹, la cual no se encuentra tratada de manera expresa en nuestro Código Civil, sin embargo, en varios de sus artículos se hace referencia de manera indirecta a ella, por cuanto sin nombrarla establecen determinados requisitos que hacen que un acto deje de tener eficacia respecto de un tercero, sin que esto implique la nulidad o inexistencia del mismo.

En si la inoponibilidad no es más que una manifestación del principio del efecto relativo de los contratos, el que quiere decir, “que los efectos del contrato, esto es, los derechos y obligaciones emanados de él sólo pertenecen a las partes; únicamente ellas adquieren la calidad de acreedor y deudor, y en consecuencia pueden exigir el cumplimiento y están obligadas a él, respectivamente”¹⁶², ya que como vimos anteriormente el legislador establece que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, a contrario sensu, dicho contrato no afecta a los terceros que no guarden relación con él, no siéndoles a priori aplicables sus efectos, pero como ocurre en la generalidad de los casos, toda regla tiene una atenuante que minimiza aquellas situaciones que se puedan producir por un análisis demasiado taxativo de las normas, creando la doctrina la diferenciación entre terceros absolutos y relativos.

¹⁶¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 1998. Los Contratos. Jurídica de Chile. Santiago. 2° Ed. 368p

¹⁶² ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. 138p

Cuando se trata de actos simulados, aquellos terceros relativos que se vean perjudicados por sus efectos pueden invocar por medio de excepción la inoponibilidad del acto, fundamentándose en lo expresado en el artículo 1707 del CC, y esto desde dos puntos de referencia distintos: el primero por la falta de publicidad que tiene el acto oculto, y el segundo tiene directa relación con la simulación, por cuanto el concepto de contraescritura en sentido estricto que de este artículo emana, establece que las partes buscan por medio de ésta mantener el negocio oculto de los terceros para engañarles y así dar cumplimiento a los requisitos de la simulación.

Es la inoponibilidad del acto oculto la que utilizan los terceros para limitar los efectos en su patrimonio, es así como encontramos casos donde el acreedor persigue el pago de su crédito en el patrimonio del falso adquirente, sin que el verdadero propietario pueda oponer a este el contrato simulado, pues si el acreedor se encuentra de buena fe no le será oponible el acto secretamente pactado por su deudor.

Existen sin embargo algunos autores¹⁶³⁻¹⁶⁴ que consideran que, si los terceros ejercen la inoponibilidad en contra del acto simulado, afectan el derecho de aquel falso enajenante que nunca ha querido transferir el dominio, y que puede haber sido engañado por el copartícipe de la simulación. Esto si bien puede tener su fundamento en la equidad como principio general del derecho, puesto que a priori pareciera que el falso adquirente realiza un abuso de su posición frente a quien confió en él al momento de involucrarse en este negocio simulado, no se puede sobreponer este interés al tercero que contrata de buena fe, quien no tuvo como prever los riesgos que esto implicaba, y que por el contrario si lo pudo ver el falso transmitente al que se le afecta su derecho de propiedad. Todo negocio en si implica un riesgo, y la simulación no es la excepción, siendo los partícipes de dicho acto quienes deben correrlos y asumir por ende sus consecuencias, pensar en hacer oponible el negocio a tercero por privilegiar la buena fe del copartícipe del acto simulado resta seguridad al comercio jurídico.

¹⁶³ “La protección que se pretende brindar al tercero a costa del sacrificio del verdadero dueño de la cosa que aquél pretende mantener en su patrimonio, a nuestro juicio, es una solución que si bien promete seguridad al comercio jurídico, por otro lado se aleja de uno de los fines del derecho: si es de justicia socorrer al tercero de buena fe que adquiere una cosa, un bien o un derecho de parte del vendedor ficto, también es de justicia amparar a ese titular legítimo que nunca transfirió la cosa, el bien o el derecho, y que solamente ha sido víctima de su comprador falso que, abusando de su condición aparente, ha enajenado lo que no le pertenece.” PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II. 724p

¹⁶⁴ “... la noción de la buena fe de la víctima no es bastante para justificar la apariencia... que la exclusiva buena fe del protegido por apariencia no justifica la expoliación del titular real, cuando éste exhibe una intachable buena fe... que no se ve la razón por la cual haya de preferirse al adquirente de buena fe sobre el propietario real igual de buena fe” ALVAREZ CRUZ, Raúl en PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II. 724-725

3.3.2. Acción de simulación por los terceros

Habiéndonos ya referido a la acción de simulación en el capítulo anterior, nos remitiremos a él en cuanto a sus consideraciones generales, limitándonos en esta ocasión a ocuparnos de los elementos de esta acción que aplican específicamente a los terceros, lo que guarda relación con la legitimación activa que pueden tener éstos para interponerla, poniendo especial interés en la situación que ostentan los herederos cuando por este medio intentan recuperar patrimonio perdido de su masa hereditaria producto de enajenaciones ficticias realizadas en vida por el causante.

Establecido está que los terceros, al igual que las partes, pueden interponer la simulación como acción o como excepción, en ambos casos lo primero que deben establecer es el por qué; si es debido a que se ven afectados por la simulación como un todo (tanto acto aparente como oculto), si es porque el acto aparente les afecta y el acto oculto los beneficia, o si finalmente es sólo el acto aparente el que los afecta, pero el acto oculto, por ser de aquellos donde se requieren formalidades particulares que no se cumplen, de igual modo es susceptible de ser anulado por omisión de dichas solemnidades. Desde este punto de partida, a continuación, analizaremos cuándo los terceros se encuentran legitimados para alegar la simulación ya no con la intención de que sus efectos no le sean oponibles, si no por el contrario, intentando develar la verdadera intención de las partes.

3.3.2.1. Interés legítimo de los terceros

Dentro de los requisitos de la acción de simulación se encuentra que quien la interpone debe tener un interés legítimo, el cual se basa en la aflicción de un derecho de carácter subjetivo, que debe ser propio y estar sujeto a una vulneración que sea actual. Pues bien, en este sentido los terceros no están exentos de cumplir con este requisito, por el contrario, este es uno de los elementos más relevantes de demostrar ante el tribunal una vez interpuesta la acción o excepción de simulación, junto con la causa simulandi.

Los terceros pueden interponer la acción de simulación contra las partes pretendiendo esclarecer su real intención, para esto, a diferencia de lo que ocurre con la inoponibilidad como remedio para evitar los efectos de la simulación, no se requiere que se trate de terceros de buena fe, encontrando explicación en que si la acción de simulación puede ser interpuesta por las partes, aun cuando ésta revista la calidad de ilícita, nada obsta a que los terceros, inclusive teniendo conocimiento del acto simulado al momento de celebrar dicho negocio, puedan

interponer esta acción¹⁶⁵. Sin embargo, esto no es una postura absoluta, ya que existe quien señala que “si los terceros no están de buena fe, es decir, si saben que la persona con quien contratan ha celebrado un acto simulado (conocen, por ejemplo, la contraescritura privada) no podrán accionar de simulación de aquel acto, puesto que para ellos el contradocumento tiene pleno valor. Estos terceros no pueden adoptar la posición que más les convenga puesto que no son terceros de buena fe. Las partes pueden oponerle válidamente la contraescritura.”¹⁶⁶ Es nuestro parecer que si nada se señala, tanto las partes como los terceros puedan impetrar la acción de simulación, y tal como mencionamos al principio de este párrafo, si se permite a las partes hacer uso del acto oculto indistintamente si se encuentran de buena o mala fe, nada obsta a que los terceros puedan hacer uso de esta acción independiente de cuál sea su estado, debido a que se encuentra en una situación similar a la de las partes, quienes sabiendo del engaño, y aún más, habiéndolo acordado, pueden interponer la acción de simulación entre sí para que se declare que existe simulación.

Importante resulta determinar si el interés de los terceros se puede dar tanto en la simulación lícita como ilícita, sin perjuicio que hay quien sostiene que cuando se trate de la primera los terceros no tendrán interés en interponer acción alguna en contra de ésta¹⁶⁷, no compartimos este criterio puesto que toda vez que alguien tenga interés en que se revele la verdad respecto de un acto puede interponer la acción de simulación. Ahora, recordemos que esta es una acción meramente declarativa, por tanto al interponerla sólo se busca demostrar que existe otro acto tras el aparente, o que no existe nada, pero no tiene efectos sancionatorios, y sólo si se interpone asociada a la acción de nulidad surtirá el efecto de hacer ineficaz dicho acto, por ende, aun cuando se trate de una simulación lícita los terceros tienen la posibilidad de interponer la acción de simulación, aunque en la práctica esto es muy difícil que ocurra, por cuanto quizás nunca lleguen a tener siquiera conocimiento de existencia del negocio simulado, y porque al ser lícita se entiende que no hay daño asociado, de manera que si bien puede haber interés, faltará el perjuicio como requisito para entablar la acción.

¹⁶⁵ “Si una parte está sujeta a esta acción respecto de la otra parte, con mayor razón debe estarlo respecto de terceros. Aquí no hay necesidad de distinguir terceros de buena o mala fe.” SANTA CRUZ SERRANO, Víctor. RDJ. T 39. Primera Parte. N°92. 52p. En DIEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 201p

¹⁶⁶ LEÓN HURTADO, Avelino. 1991. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Jurídica de Chile. 4° Ed. 113-114p

¹⁶⁷ ... la simulación lícita es indiferente a terceros. Y como es muy cierto el viejo aforismo que sin interés no hay acción, los terceros se abstendrán de impugnarla. La simulación lícita les es inoponible a sus intereses. Con toda seguridad, no tendrá conocimiento de su existencia” DÍEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 274p

En cuanto a la actualidad del interés legítimo, este no presenta mayor dificultad de demostrar cuando se trata de acreedores de las partes, cesionarios, o cónyuges que ven afectado el patrimonio social, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de los herederos, donde reiteradamente se suscita la discusión respecto de si estos se encuentran legitimados o se ven afectados por la prohibición establecida en el artículo 1683 del Código Civil. Pues bien, al respecto hemos de reiterar nuestra postura e indicar que cuando estos alegan porque ven disminuida la masa hereditaria están actuando en virtud de un interés propio, y que a pesar de que el acto simulado se puede haber dado en vida del causante y que en ese instante efectivamente no existía un derecho, sólo se tenía una mera expectativa, pero cuando se reclama la simulación si tiene un interés legítimo, actual y propio¹⁶⁸.

En consecuencia, tenemos que el interés legítimo de los terceros está dado por la afección que tengan en un derecho subjetivo, que sea propio y actual¹⁶⁹, y que para hacer viable la alegación de simulación se requiere además que este acompañado de los demás requisitos que esta acción tiene.

3.3.3 Prueba de la simulación por los terceros.

La simulación constituye para los terceros un hecho jurídico, debido a que éstos no concurren con su voluntad a la celebración del acto, y si les genera perjuicios el negocio simulado siempre tendrá para ellos carácter ilícito. Esto tiene consecuencias directas en los medios de prueba de los que pueden valerse al momento de demostrar la existencia de la simulación, ya que no existen límites respecto a éstos, situación que no ocurre cuando son las partes quienes vienen a alegar la simulación, ya que, en dicho caso al tratarse para ellas de

¹⁶⁸ "... en primer lugar desestimaron la excepción de falta de legitimación activa, atendido que los negocios jurídicos que se reprochan como simulados lo fueron en vida del causante, y en este evento el hijo matrimonial no estaba en condiciones de demandar nulidad absoluta, aun cuando tenía derecho a las asignaciones forzosas, esto es las que el testador es obligado a hacer, como las legítimas. Y no podía demandar, porque necesita tener un interés cuyas características deben ser actual y cierto, lo que no se cumplía porque la calidad de legitimario que tiene en vida del causante puede variar en la apertura de la sucesión..." "...Distinta es la circunstancia que después de la muerte del cujus, el heredero tiene un interés actual y cierto porque se le ha preterido en sus derechos hereditarios por la simulación en los negocios jurídicos celebrados en la vida del causante, invocando esta vez, un derecho propio, No dependía de su voluntad que los negocios jurídicos fueran celebrados en la forma que se hicieron, es decir, constituye en el hecho una petición de un tercero solamente desde el punto de vista que tiene un interés propio que no coincide con el propósito del causante..." C. Suprema. 20 de Julio 2016. V Lex. N° 645453093. (C. 12°)

¹⁶⁹ Respecto a la actualidad del interés, debemos reiterar que ésta se califica al momento de reclamar la simulación y no al tiempo de la ejecución de ésta, ya que es en ese instante en que el tercero tiene derechos afectados y no sólo meras expectativas.

un acto jurídico, se verán sujetos a las normas de responsabilidad contractual, limitándose a las normas establecidas en el título XXI del libro cuarto de nuestro Código Civil, referido a la prueba de las obligaciones.¹⁷⁰

Indistintamente si el tercero alega la inoponibilidad del acto simulado, o alega la existencia de la simulación, ya sea por vía de acción o de excepción, serán las mismas normas las que regirán su actuar, por cuanto no se establece distinción alguna en esta materia, y la norma base que rige los efectos de los actos simulados en los terceros nada dice al respecto (artículo 1707).

El problema que los terceros presentan al momento de probar la simulación, es que al tratarse de un acto oculto donde muchas veces ni siquiera existe materialmente una contraescritura y sólo consta en un mero compromiso verbal la intención de no querer obligarse o de hacerlo de una manera distinta a la expresada en el acto aparente, las opciones que tienen de encontrar una prueba directa que avale sus pretensiones es prácticamente imposible, el hecho de que con la simulación las partes quieran omitir al resto de la sociedad su verdadera intención, produce una enorme dificultad para los terceros que se ven afectados por las consecuencias del acto simulado en cuanto a encontrar pruebas que avalen sus dichos y pretensiones, ya que las partes obviamente se encargan de no dejar a la vista indicios que les puedan perjudicar. Es por esta razón que el legislador otorga libertad probatoria a los terceros, como una forma de equilibrar su posición desmejorada, debiendo recurrir a que a través de los medios de prueba existentes se puedan generar presunciones que permitan lograr la convicción del sentenciador de que están ante un acto simulado¹⁷¹. Sin perjuicio de lo anterior, los terceros tienen a su favor el que no presentan limitaciones respecto de la prueba testimonial, pudiendo a través de este medio inclusive demostrar que el precio real es distinto al pactado en el acto aparente, o alterar contratos en donde la entrega o promesa de una cosa

¹⁷⁰ “Conviene también dejar consignado que para acreditar la simulación, no se aplican las limitaciones a la prueba testimonial estatuidas en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil. Como se sabe, esas reglas limitativas se aplican a actos y contratos y delo que aquí se trata es de la prueba de un hecho o circunstancia: el que se simuló; que lo actuado no era sincero.” C. Suprema. 10 agosto 2010. M.J. N° 24579 (S. Reemplazo C.4°)

¹⁷¹ “Que habitualmente - y así ocurre en la especie - el acto que se dice simulado consta en instrumento público. Como se sabe, este medio está revestido por la ley de un poderoso vigor probatorio, conforme al artículo 1700 del Código Civil. En efecto, hace fe del hecho de haberse otorgado el acto y su fecha, y entre las partes concurrentes, hace plena prueba en contra de los declarantes. Sin embargo, respecto de terceros ese poder de convicción ya es inferior, y no obstante el valor probatorio que ostenta el instrumento público, es perfectamente posible demostrar la falta de sinceridad de las declaraciones allí contenidas mediante otros medios de prueba.” C. Suprema. 24 noviembre 2016. V.Lex. N° 654011737. (S. Reemplazo C. 10)

valga más de dos unidades tributarias.¹⁷² En tanto la prueba confesional, si bien puede ser que se obtenga algo, generalmente no serán más que elementos que le permitan configurar presunciones que revistan una gravedad tal que permita al sentenciador acoger la acción de simulación, esto claro, al ser acompañados de otros elementos que en conjunto lo lleven a esta conclusión.

3.4. Conflictos entre terceros

Se puede dar en la práctica que existan dos terceros que se vean alcanzados por los efectos de la simulación, pero de manera contrapuesta, en otras palabras, puede ocurrir que acreedores de ambas partes vean enfrentados sus intereses, por cuanto uno desea dejar sin efecto el acto aparente con el fin de poder cobrar su crédito en el patrimonio del falso vendedor, y por otro lado el acreedor del falso comprador que cobra en el patrimonio aparente su crédito. El anterior es uno de los varios ejemplos que se puede dar de conflicto entre terceros, pues bien, la doctrina ha intentado hacerse cargo de estas situaciones ya que el legislador como sabemos no ha establecido normas sobre la simulación y mucho menos lo que a este tema se refiere.

Lo primero que se debe hacer es diferenciar si los terceros que se ven enfrentados se encuentran ambos de buena fe, o no. Si se tratase de un tercero de buena fe contra un tercero de mala fe lo que debe primar son los intereses del primero, pues si bien nada dice el legislador, es en virtud de los principios generales del derecho, la justicia y la equidad que inspiran de manera transversal nuestro Código Civil, quedando de manifiesto en varias normas de dicho cuerpo normativo esta situación, de manera que no se puede amparar a quienes hacen un mal uso de las normas a su favor. Si el tercero está de mala fe, es decir, aun cuando tenía conocimiento del acto simulado decide vincularse con las partes con el fin de obtener provecho de dicha situación, no pueden sus intereses ser privilegiados en contra de aquel tercero que sin saber del acto simulado sufre como consecuencia de esto perjuicios, los intereses de este último deben ser puestos en un nivel de protección por parte del sistema jurídico. Nuevamente hemos de traer a colación el artículo 1458 del Código Civil, pues en él se puede ver claramente que Bello no deseaba que tanto aquellos que directamente actúan

¹⁷² Los artículos 1708 y siguientes del Código Civil establecen que estos elementos no pueden ser probados por esta vía, sin embargo esta es una norma que solo afecta las relaciones contractuales, siendo por ende una limitación exclusiva para las partes, que de no tener una prueba pre constituida por escrito sólo deben recurrir a las presunciones para demostrar sus pretensiones, ya que no se les permite que utilicen la prueba testimonial cuando la ley expresamente les obliga a tener un instrumento donde consten por escrito estos hechos.

de mala fe (en este caso las partes), como tampoco quienes sin concurrir a la creación del acto pero teniendo conocimiento de él, puedan sacar provecho de su situación privilegiada en contra de quienes actuaron de buena fe.

Lo complejo es determinar lo que ocurre cuando todos los terceros afectados han obrado de buena fe, siendo dos alternativas las planteadas por la doctrina, la primera es dejar que prime la verdad¹⁷³ haciendo por tanto primar el acto oculto, lo que las partes realmente querían, y que independiente del tipo de derecho que ostente el acreedor se debe determinar cuál era el acto real; o una segunda opción es que sea el acto aparente el que mande¹⁷⁴, lo que iría en pos de la seguridad jurídica, ya que no sería lógico que quien contrató en virtud de un acto que aparentemente cumple con todos los requisitos necesarios para su validez, vea afectado sus intereses sin que le hubiese sido posible de modo alguno prever esta situación. En ambas soluciones se encuentran adeptos, sin embargo, la primera es la que cumple con los principios de nuestro ordenamiento, pues la simulación no es prohibida, por ende, las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad no se encuentran impedidas de celebrar estos actos, y sería injusto que un acreedor del falso adquirente viera privilegiado su crédito en desventaja de aquel acreedor del que nunca quiso sacar de su patrimonio un bien.¹⁷⁵

Como podemos apreciar, no existe una postura única respecto a esta materia, y al ser un tema de estudio a nivel doctrinal y jurisprudencial, siempre será el juez quien finalmente determine qué interés se debe privilegiar.

¹⁷³ “Frente a dos personas que son por igual inocentes de la simulación, hay que preferir la verdad, o sea, debe estarse a la voluntad real y no a la voluntad engañosa. En consecuencia, es oponible la simulación por un tercero de buena fe contra otro tercero, aun cuando éste último esté de buena fe, es decir, que ignore la existencia de la simulación. Esta es la conclusión que más se conforma con el espíritu general de la legislación que reconoce un marcado predominio de la voluntad real sobre lo declarado” SANTA CRUZ, Víctor, citado en, PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. cit. 729-730p

¹⁷⁴ “No obstante, si hay conflicto entre terceros, porque mientras unos invocan el acto aparente otros hacen valer el secreto, debe estarse al acto aparente, pues se protege en primer término a los terceros de buena fe que obran confiados en los actos ostensibles”. LEÓN HURTADO, Avelino. Ob. cit. 112p

¹⁷⁵ Esto siempre pensando en el caso de una simulación absoluta, pues si se trata de una simulación relativa, el acto oculto puede de igual modo estar sujeto a nulidad por falta de un requisito o formalidad, de manera que aun cuando se quisiera hacer primar el acto realmente querido por las partes, este puede ser potencialmente anulado.

CAPITULO IV

EFECTOS DE LA SIMULACIÓN ENTRE PARTES

En un mundo perfecto, cuando las partes acuerdan realizar una simulación, donde no tienen intención de realizar acto alguno, o bien, quieren algo muy distinto de lo aparentemente pactado, sin que con esto se afecte intereses de terceros, bastara con que ellas cumplan lo acordado para tener por perfeccionado el cumplimiento del acto simulado. Si por ejemplo, la simulación consiste en una compraventa de bien inmueble con el fin de disminuir el patrimonio del deudor, para evitar que los acreedores puedan perseguir sus créditos en ellos, bastará con que una vez cumplido el objetivo ellas por medio de una resciliación¹⁷⁶ dejen sin efecto el acuerdo aparente y regresen de este modo al estado en que se encontraban antes de realizar la simulación. Pero como las cosas no siempre se dan en este orden, ya que generalmente el acreedor cuyo crédito no puede ser cobrado accionara para solicitar la nulidad del contrato por simulación, o, porque los acreedores del falso adquirente pueden hacer uso de su derecho de prenda general establecido en el artículo 2465, haciendo que no sea posible restituir el bien al falso vendedor, resulta importante determinar en primer término cuales son los efectos directos que tiene un negocio simulado en las partes, y en segundo lugar, que alternativas cuentan las partes para resolver los conflictos que se generen entre ellas como consecuencia de la simulación.

Entre las partes también puede ocurrir que el copartcipe se vea imposibilitado de dar cumplimiento a lo acordado en el acto oculto por haber hecho abuso de la situación patrimonial aparente¹⁷⁷, o que una de las partes se arrepienta de lo pactado inclusive cuando el acto en si se encuentra agotado (ya se obtuvo el objetivo buscado con la simulación), o que una de las partes fallezca antes de cumplir con lo pactado de manera oculta, sin que conste dicho acto en una contraescritura. Situaciones como las nombradas se pueden dar de variadas formas

¹⁷⁶ "La resciliación es un acuerdo de voluntades (convención) en que las partes dotadas de capacidad de disposición dejan sin efecto un acto anterior, extinguiendo de esa manera las obligaciones pendientes provenientes de ese acto". RAMOS PAZOS, René. Ob. Cit. 334p.

¹⁷⁷ Caso típico de que quien aparentemente adquiere un bien lo enajena, siendo imposible la restitución por encontrarse el tercero adquirente de buena fe.

por lo que en este capítulo abordaremos los efectos que tiene en las partes el acto simulado, que pueden hacer en caso de incumplimiento del acuerdo simulatorio, y como pueden demostrar al juez la real voluntad que ellas han tenido al contratar.

4.1 Efectos de la simulación entre partes

La simulación es un acto reconocido por el derecho y autorizado por el mismo, no constituye en sí un acto ilícito, de manera que su contenido y alcance depende del libre arbitrio con el cual cuentan las partes, esto, en virtud del principio rector de nuestra legislación, la autonomía de la voluntad, por lo cual, en caso de que se genere un conflicto entre las partes, lo primero que se debe considerar es lo que ellos han dispuesto, la voluntad real de las mismas.

El artículo 1707 del Código Civil, es una atenuación del principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto establece que cuando las partes quieran algo distinto a lo expresado, regirá para los terceros lo que se estipula en el contrato aparente, es por tanto una manifestación del principio del efecto relativo de los contratos, pero, a pesar de lo establecido en esta norma, el legislador no deja sin efecto lo señalado en el artículo 1545 del mismo cuerpo normativo, manteniendo la idea de que para las partes lo pactado de manera oculta tiene caracteres de ley.

Es en el acto oculto donde generalmente las partes manifiestan la real voluntad que han tenido al contratar (suponiendo que estamos ante una simulación relativa), siendo esta la que prima entre las partes, y tal como establece el artículo 1.560 del Código Civil, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”; de este modo podemos concluir que las partes están obligadas a respetar lo por ellas dicho, pues la legislación civil chilena al estar impregnada del principio de la autonomía de la voluntad, así como les da la libertad para contratar todo aquello que no está prohibido por la ley, o sea contrario a la moral y el orden público, de igual manera les obliga a cumplir con lo acordado, respetando lo por ellas dichos, y estando a la intención claramente expresado.

En principio, independiente si se trata de una simulación absoluta, relativa, lícita o ilícita, los efectos del negocio simulado son los mismos para las partes, pues en todas deben en primer término respetar el acuerdo generado con su copartícipe, pues, este es un acto jurídico, y sobre el rige la fuerza obligatoria propia del contrato, lo que significa que, “el deudor no puede eximirse del cumplimiento literal de la obligación, sino por mutuo acuerdo con el acreedor, o

por causales legales previstas y existentes al tiempo de la contratación”¹⁷⁸, sin embargo, dado que cada tipo de simulación alberga distintas causas simulandi, y a su vez tiene distintas formas de actuar, según sea el caso, variaran con cada tipo de simulación las formas en que se producen sus efectos.

4.1.1. Efectos de la simulación absoluta entre las partes.

La simulación absoluta tiene como característica la inexistencia de voluntad en el acto simulado, sólo hay una apariencia, pero tras ella no hay nada, como vimos, en este tipo de simulación, lo que generalmente las partes buscan, es disminuir el activo del patrimonio del deudor por medio de la sustracción de bienes para evitar la ejecución de los mismos, o bien, buscan aumentar el pasivo generando por ejemplo créditos con preferencias de pago en caso de llegar a la ejecución de los bienes. Tras la simulación absoluta no hay ninguna obligación para las partes, pues no existe consentimiento, y por ende el acto es inexistente¹⁷⁹, no se modifica la situación patrimonial de ninguna de las partes de manera real, solo en apariencia.

Cuando las partes simulan absolutamente un acto que requiere de alguna formalidad para poder formalmente ser dejado sin efecto, basta con que ellas de común acuerdo manifiesten dicha intención del mismo modo en que se generó el negocio simulado para que este desaparezca. Esta manifestación conjunta de las partes, es un modo de extinguir las obligaciones establecido en el artículo 1567 del Código Civil, el cual se denomina por la doctrina como mutuo disenso, o resciliación, y que consiste en “una aplicación lisa y llana del principio de la autonomía de la voluntad, dominante aún en el campo obligacional: si las partes de común acuerdo y mientras no sea contra la ley, las buenas costumbres y el orden público, pueden celebrar toda clase de convenciones, no hay inconveniente alguno para que igualmente dejen sin efecto la obligación que las liga”¹⁸⁰. El tipo de acto que se haya simulado

¹⁷⁸ ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. 130p

¹⁷⁹ “Que a mayor abundamiento, en las compraventas cuestionadas tampoco ha existido una voluntad sincera y seria en orden a convenir efectivamente en la enajenación, por una parte, y en la adquisición del dominio, por la otra, de los inmuebles de autos y, siendo la voluntad una condición de existencia de los negocios jurídicos, para que ella sea considerada por el derecho, se requiere que ésta sea seria y sincera y no es sincera cuando el acto es simulado y no es seria cuando ella se emite sin el propósito de crear un verdadero vínculo jurídico, por ello, en este último caso falta, además, un consentimiento verdadera de las partes y, en tal caso, se habla de un contrato que sólo tiene la apariencia de validez, pues sabido es que si falta el consentimiento se produce nulidad absoluta del acto o contrato, que es lo que ocurre en la especie” C. Apelaciones Concepción. 24 abril 2012. Rol 1934-2010. www.poderjudicial.cl (C. 18)

¹⁸⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. 1158p

determinará las formalidades con las que este instrumento deberá constar, ya que si bien el legislador nada dice al respecto, cuando se trata de formalidades de publicidad, para dejar el acto sin efecto, se debe hacer por el mismo modo que se creó¹⁸¹, de manera que si el contrato simulado era una compraventa de un bien inmueble cuya tradición ya se efectuó, el conservador de bienes raíces para cancelar la inscripción requerirá que el documento fundante de la cancelación de la inscripción cumpla con las mismas formalidades que el título translaticio que le originó, y en este caso en particular es una escritura pública. Si bien hay quien señala que “las solemnidades son de derecho estricto, y la ley no ha establecido ninguna para la resciliación”¹⁸², esto sólo se aplicaría en el caso que el acto que se quiere dejar sin efecto no hubiese requerido de la formalidad que las partes le dieron, en cuyo caso si se puede resciliar por medio de un instrumento simple, más si es de aquellos a los cuales la ley le exige determinadas formalidades, sobre todo en el caso de la tradición de inmuebles donde se requiere un título translaticio constituido en escritura pública, éstas se deben respetar para que sean oponibles a terceros, de lo contrario para ellos el inmueble seguirá en manos del comprador aparente, aun cuando las partes ya hayan acordado dejar sin efecto la compraventa simulada.

Ahora bien, lo dicho anteriormente, sólo ocurrirá si las partes están llanas a cumplir con lo pactado, pues en caso contrario no será suficiente la resciliación, en donde deben concurrir las voluntades de quienes participaron del acto que se busca dejar sin efecto, o quienes ocupen su lugar (cuando haya mediado una cesión de derechos será el cesionario quien debe manifestar su voluntad de resciliar, o si quien concurre a la celebración del acto fallece, quienes deben consentir son sus herederos), sumado a que estamos ante un acto jurídico, y que como ya hemos dicho, estos se deben ejecutar de buena fe, pero, en caso de que estemos ante una simulación absoluta y se genere un conflicto entre los copartícipes, estos siempre

¹⁸¹ “Tratándose de obligaciones contractuales, el mutuo consentimiento no es sino la aplicación de un conocido aforismo: las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen” MEZA BARROS, Ramón. 2009. Manual de derecho civil. De las Obligaciones. Santiago. Jurídica de Chile. 166p

¹⁸² En su obra sobre las obligaciones René Ramos Pazos hace mención a un fallo que habría sentado doctrina al indicar que “la resciliación debe hacerse y por ende perfeccionarse con la misma solemnidad que las partes adoptaron al convenir el contrato” (Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 93, sec 1°, pág. 15). El fallo señalaba esto en virtud de un contrato que pudiendo ser consensual, las partes decidieron hacerlo solemne, de manera que la sentencia considera que de igual modo debe efectuarse la resciliación, aun cuando no haya sido requisito del acto que se deja sin efecto. Pues bien, frente a ese caso en particular compartimos lo planteado por este autor, sin embargo, no puede ser así cuando la ley si fija solemnidades para determinados actos. RAMOS PAZOS, René. Ob. Cit. 336p

tendrán como solución ejercer la acción de simulación, acompañada de la solicitud de nulidad o de cumplimiento forzado¹⁸³, para que se restituya al estado que corresponda a las partes y el cual solo ha tenido una variación intelectual, sin perjuicio, de que como veremos más adelante hay quienes plantean que las partes aun cuando se trate de un negocio simulado de manera absoluta, al momento de entablar las acciones señaladas se verán limitadas por aplicación del artículo 1.683 del Código Civil.

4.1.2. Efectos de la simulación relativa entre las partes.

Cuando se habla de simulación relativa, lo que existe es una duplicidad de actos, uno aparente y otro, el oculto, donde el primero es aquel que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley para su validez y eficacia, pero que es solo una apariencia, mientras que en el secreto se manifiesta la verdadera intención de los contratantes. Por medio de esta simulación es que las partes buscan, entre otros fines, realizar donaciones irrevocables a las cuales darán la apariencia de compraventa, o también, ejecutar actos donde por medio de la interposición de una persona consiguen evadir normas que, de no realizar el contrato simulado, no les sería posible conseguir el fin buscado, ya que los medios establecidos en la ley lo prohíben.

Entre las partes, cuando se da una simulación de este tipo, siempre surtirá efecto para ellas lo pactado de manera oculta, ya que es ahí donde efectivamente se determinan las obligaciones adquiridas al momento de contratar¹⁸⁴, y que preferentemente deben hacerse constar a través de una contraescritura, donde se expresen los términos en que las partes realmente se obligan, los elementos esenciales del contrato, y algunos elementos de la naturaleza o accesorios, si así lo quisiesen. También habrá situaciones donde la contraescritura no exista de manera material, donde el acto oculto será meramente consensual, lo que en caso de un litigio genera un inconveniente para las partes al momento

¹⁸³ El cumplimiento forzado se puede exigir directamente si es que se cuenta con una contraescritura en la que conste el acuerdo simulatorio, de lo contrario deben primero demostrar la existencia de este. Misma situación ocurre con la nulidad, pues primero se debe demostrar que no hay consentimiento tras el acto aparente para luego solicitar dicha sanción.

¹⁸⁴ "Respecto de la simulación relativa, como la voluntad real de las partes está manifestada en el acto secreto o disimulado, entre ellas es éste el que tiene valor y no el acto público o simulado, y por eso, para establecer la verdadera relación jurídica, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida." C. Apelaciones Coyhaique. 12 agosto 2011. M.J. N° 28803. (C.7°)

de probar la existencia de la simulación o sus alcances, pues respecto de ellas rigen las limitaciones a la prueba establecidas por las normas de responsabilidad contractual¹⁸⁵.

Sí consideramos que el acto oculto hace pleno efecto para las partes cuando ellas pactan una simulación relativa, éstas siempre debiesen poder exigir el cumplimiento de la obligación realmente querida, más esto dependerá de si cuando entablan la acción cuentan con los medios necesarios probar su pretensión, y de este modo poder exigir al juez que le ordene a la contraparte a dar cumplimiento a la obligación realmente acordada, aun cuando el acto se encuentre viciado, o sea ilícito (sin perjuicio de que el juez pueda de oficio decretar su nulidad, si es que el vicio es de aquellos que se lo permiten¹⁸⁶), ya que como se ha señalado éste tiene plena eficacia entre ellas, sin embargo, al pesar sobre las partes del negocio determinadas limitaciones en cuanto a los medios de prueba que pueden presentar en juicio (por aplicar como se ha dicho en reiteradas ocasiones, las normas de responsabilidad contractual), al momento de solicitar el cumplimiento del acto deberán contar con medios previamente constituidos, para así poder dar sustento a su acción, siendo el más importante la contraescritura. A lo anterior se suma que las partes están limitadas al momento de solicitar la nulidad del acto simulado, pues en el acto aparente existe un consentimiento que a ojos del resto es válido, y al tener las partes conocimiento del vicio que le afecta, estas no contarán con la legitimación necesaria para solicitar la nulidad por simulación¹⁸⁷.

En suma, tenemos que en la simulación relativa el contrato aparente no produce efecto alguno para las partes, quienes se regirán por las obligaciones verdaderamente adquiridas y que constan en el acto oculto, el cual sí cumple con los requisitos de fondo y de forma, tendrá plena validez tanto para quienes participan del negocio simulado, como para terceros (de mala fe, o de buena fe que se vean beneficiados por el acto oculto), pues acá a diferencia de la simulación absoluta, si existe consentimiento, sólo que este es distinto a lo aparentemente expresado, en palabras de nuestra jurisprudencia, "...lo cierto es que, declarada la simulación,

¹⁸⁵ Véase 4.4.

¹⁸⁶ "Si la contraescritura deja constancia de la existencia de una simulación relativa, el acto o contrato oculto produce efectos entre las partes, y ello es obvio, porque el contrato oculto es el que realmente han convenido los simulantes, con la particularidad que lo han ocultado" ... "Como corolario de la conclusión anterior, la parte que quiera valerse de la contraescritura podrá ejercer la acción de simulación, solamente con el propósito de que se cumpla el contrato oculto" PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II. 936p

¹⁸⁷ Véase 4.3.2.1.

el destino del acto ostensible carece de relevancia, pues lo que importa son los efectos del acto que se ha develado”¹⁸⁸.

4.1.3 Efecto entre partes por simulación lícita o ilícita

La licitud del acto simulado es un elemento que no cobra importancia al momento de determinar los efectos para las partes, esto porque, como hemos reiterado, las partes realizan un acto jurídico que se encuentran sujeto a las normas de responsabilidad contractual, por ende, siempre están obligadas a cumplir lo por ellas pactado; y dado que, el carácter de ilícita de una simulación está dado por la intención de generar daño a los terceros o de defraudar la ley, entre las partes siempre la obligación debe ser cumplida, aun cuando sea ilícita, de modo que ellas para obtener el cumplimiento del negocio simulado, indistintamente del tipo de simulación, siempre pueden entablar la acción tendiente a exigir el cumplimiento forzado del negocio oculto¹⁸⁹.

Cobra importancia el que las partes hayan pactado una simulación ilícita cuando éstas tienen la intención de anular el negocio, pues al tener conocimiento del vicio que invalida el acto, y por aplicación del artículo 1683 del Código Civil, ellas se encontrarán limitadas al momento de solicitar la nulidad del acto simulado, pues dicha norma no permite que nadie haga abuso de su conocimiento del vicio¹⁹⁰.

4.2. Efectos del Incumplimiento del acuerdo simulado por las partes

Ya se ha dicho en reiteradas ocasiones que a las partes se les aplican las normas de responsabilidad contractual en relación al negocio simulado, de modo que dichas reglas serán las que regulen las relaciones que entre ellas se puedan dar, esto desde la forma de contratar, hasta los efectos que se puedan generar por el incumplimiento del acto simulado.

¹⁸⁸ C. Suprema. 25 julio 2014. Rol 2749-2013. www.poderjudicial.cl. (S. Remplazo C. 5°)

¹⁸⁹ “La acción de simulación a impetrarse por alguno de las partes entre ellas es procedente, sea que la simulación absoluta concertada, y de la que da cuenta la contraescritura, tenga un carácter ilícito o lícito, puesto que existiendo libertad para pactar un acto en forma oculta, la intención que haya motivado dicha estratagema no puede impedir el derecho de las partes a establecer la verdadera realidad y el real querer de los simulantes, todo como consecuencia del principio de la libertad contractual que impera en nuestra legislación” PARRA LABARCA, Ob. Cit. Tomo II. 936p

¹⁹⁰ Véase 4.3.2.1 y siguientes

Ahora bien, al igual que en todo contrato, el negocio simulado genera obligaciones para las partes, siendo la obligación definida como aquel “vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”¹⁹¹, de modo que quienes acuerdan celebrar un contrato simulado deben dar cumplimiento a la prestación que se obligaron a realizar, sin que puedan desligarse de ella una vez adquirida, pues el legislador da al contrato en relación a las partes la misma obligatoriedad que tiene la ley.

En cualquier negocio, cuando una de las partes se niega a cumplir lo pactado, la ley le concede al acreedor la facultad de solicitar por medio de la intervención judicial el cumplimiento forzado de la obligación contraída, sin embargo, en simulación, al haber creado las partes una apariencia de acto, es necesario que previo a demostrar que hay un incumplimiento de la obligación, se acredite la existencia misma de ella, es decir, se requiere que primero se establezca cuál fue la real intención que tuvieron las partes al contratar, y cuáles fueron los elementos acordados en el acto oculto, significando esto para las partes una doble carga al momento de entablar la acción, puesto que si no fijan cual es el negocio verdadero, el tribunal sólo puede ordenar el cumplimiento del negocio aparente, mas no puede pronunciarse sobre aquellos elementos que no fueron sometidos a su conocimientos, o visto desde otro punto, no puede pronunciarse sobre una obligación cuya existencia no se logró acreditar por los actores.

Por aplicación del artículo 1546 del C.C. hemos de considerar que los actos se deben ejecutar de buena fe, y por ende no obligan sólo a lo que ellos se expresan, sino que a todo aquello que por la naturaleza del negocio, por la ley o por la costumbre se entienden agregados a ellos, de modo que independiente si se trata de una simulación absoluta o de una simulación relativa, siempre las partes deben cumplir lo por ellas acordado; sin embargo, al momento de intentar el cumplimiento se produce una doble carga para el demandante, quien debe en primer lugar, por medio de los elementos de la acción de simulación fijar el real contenido del acuerdo, y en especial aquel que le permita exigir el cumplimiento del negocio oculto.

Es importante tener en consideración que cuando las partes no cumplen el acuerdo simulatorio, esto puede tener entre otras causas que una o ambas partes no se encuentran llanas a esto, o también, que estén imposibilitadas de cumplirlo, en cuyos casos se debe accionar a través de los medios establecidos en nuestro ordenamiento, debiendo por tanto proceder a analizar cada caso de acuerdo a las normas de responsabilidad contractual.

¹⁹¹ ABELIUK MANASEVICH, René. Ob. Cit. 36p

4.3. Acciones que pueden ejercer las partes

A continuación, analizaremos las acciones que tienen las partes cuando intentan exigir el cumplimiento del acto simulado, o, por el contrario, su nulidad, teniendo en consideración las limitaciones con las que encuentran, tanto por la prueba, como por la legitimación que se requiere para entablar dichas acciones.

Hemos de mencionar previo al estudio de las acciones en detalle, que sea cual sea el fin último, siempre se debe interponer la acción de simulación, más dada su falta de regulación se debe asociar ya sea al cumplimiento, o a la nulidad, y por ende a sus respectivos requisitos de interposición¹⁹², los que deben ser cumplidos a cabalidad por las partes, y que cobran especial importancia al momento de solicitar la ineficacia del negocio.

4.3.1. Acciones para obtener el cumplimiento del negocio simulado.

Las partes en virtud del artículo 1545 del Código Civil se encuentran obligadas a cumplir lo pactado en el acto simulado, siendo ley para ellos lo ahí estipulado, por tanto, en caso de incumplimiento de alguno de los copartícipes, y estando quien acciona llano respecto de la obligación por él contraída, lo primero que debe hacer, es exigir el cumplimiento del acuerdo simulatorio, encauzando la simulación a través de la una acción de cumplimiento forzado de la obligación del acto.

Uno de los escenarios más favorables con el que se pueden encontrar las partes al momento de exigir el cumplimiento, es aquel donde ellas previamente realizaron una contraescritura donde consta el acto oculto, la cual cumple con todos los requisitos establecidos en la ley para que sea un negocio válido, lícito, y donde el instrumento en sí constituye un título ejecutivo perfecto, el cual les permitirá que por medio de la aplicación de las normas de responsabilidad contractual, soliciten de modo directo el cumplimiento de la obligación. En esta última hipótesis, la parte que quiere solicitar el cumplimiento debe considerar qué tipo de obligación contiene el acto oculto, distinguiendo entre obligaciones de dinero; de dar una especie o cuerpo cierto; o, de hacer o no hacer; pues, dependiendo de cuál de ellas se trate, será el procedimiento que se debe aplicar, tal como se establece en el Libro

¹⁹² Véase Capítulo II

III del Código de Procedimiento Civil¹⁹³. Ahora bien, si las partes en el acto oculto no tienen el debido cuidado de cumplir con los requisitos para que este tenga el carácter de ejecutivo, primero deben preparar la vía ejecutiva por medio del procedimiento establecido en el artículo 435 del C.P.C.¹⁹⁴ Sin embargo, en la práctica, las partes pocas veces hacen constar el acto oculto en una contraescritura, y si lo hacen, ellas no siempre tienen el resguardo de que éste instrumento cumpla con todos los requisitos que la ley establece para ser considerado como un título ejecutivo perfecto, o para que el negocio en sí sea válido, estando muchas veces en condiciones de ser anulado de oficio por el juez (ejemplo donación sin insinuación). En casos como el descrito las partes que no han tenido la precaución de generar una contraescritura, para exigir el cumplimiento del acuerdo simulatorio, y por consecuencia del acto oculto, deben por medio de un juicio de lato conocimiento (procedimiento juicio ordinario), demostrar que efectivamente se está ante un acto simulado, y que la real voluntad de las partes es una distinta a la expresada de manera aparente, es decir que un acto oculto en donde realmente se puede encontrar la obligación que su copartícipe debe cumplir.

Las partes siempre pueden solicitar el cumplimiento de lo pactado en el acto oculto, aun cuando éste se encuentre viciado o sea ilícito, situación distinta de la que ocurre con la acción de nulidad, donde como veremos más adelante, ellas estarán limitadas por el ya mencionado artículo 1683 del Código Civil, éste sin perjuicio de que el juez de oficio decrete su nulidad, si es que el vicio es de aquellos que se lo permiten¹⁹⁵. Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime respecto a las solicitudes de cumplimiento de acuerdo simulado, en efecto, en un fallo de nuestra Corte Suprema donde se pronunció respecto de un recurso de casación sometido a su conocimiento, se hace cargo de los argumentos del recurrente quien solicitaba la nulidad del acto aparente para pedir el cumplimiento de lo pactado de manera oculta, citando a Francisco Carrara, quien dice que “el acto aparente constituye en principio un simple hecho y el acto oculto es el único que tendrá carácter jurídico. Se da preferencia a la voluntad real sobre la voluntad declarada...” “La resultante de la consideración conjunta del contrato

¹⁹³ RAMOS PAZOS, René. Ob. cit. 233p-238p

¹⁹⁴ Artículo 435 del Código de Procedimiento Civil “Si, en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor a la presencia judicial, a fin de que practique la que corresponde de estas diligencias.”

¹⁹⁵ “El acto disimulado es plenamente eficaz y produce todos sus efectos jurídicos propios, a condición que reúna los requisitos legales de existencia y validez”. NIÑO TEJEDA, Eduardo. La Simulación. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV (1991-1992): 86p

aparente con el contrato secreto, produce el contrato que hay que cumplir, y lleva en sí mismo los elementos y la eficacia necesaria para imponerse a las partes contratantes. Para exigir el cumplimiento del contrato secreto, basta, pues, pedir el cumplimiento de lo convenido, sin necesidad de anular o destruir nada”¹⁹⁶, dando a entender con esto que cuando uno de los coparticipes quiere exigir el cumplimiento del acuerdo no es necesario solicitar la nulidad del acto aparente, pues la voluntad que prima es la real y sólo a ella se debe estar al momento de entablar la acción; más la misma Corte en un fallo posterior, indico que las partes al saber o debiendo saber del vicio que invalida el acto, no se encuentran habilitadas para solicitar el cumplimiento del acto oculto, pues ello requiere que simultáneamente se solicite la nulidad del acto aparente, lo que significaría un abuso del derecho, y de acoger el juez dicha acción estaría avalando la mala conducta de los partícipes del acto simulado, quienes han creado una apariencia con el fin de engañar a terceros, generalmente con fines ilícitos, y aun cuando no haya concurrido una real intención de obligarse, las partes deben cargar con el contenido expresado en dicho contrato a pesar de no ser lo que realmente querían¹⁹⁷.

Frente a las dos posturas planteadas por nuestro máximo tribunal, hemos de recordar la discusión ya mencionada en capítulos anteriores sobre la procedencia de la inexistencia jurídica de aquellos actos donde faltan requisitos tales como la voluntad, el objeto, la causa, o las solemnidades que la ley prescribe para la existencia de ciertos actos, esto porque de acogerse dicho planteamiento, y al ser el acto aparente una mera imagen, que en sí no tiene contenido alguno, debiese ser innecesario que nuestros tribunales se pronuncien sobre la eficacia de dicho acto, puesto que él no existe, no nace jamás a la vida; ahora por el contrario, si la postura adoptada es aquella que considera que la inexistencia como tal no es considerada por nuestro ordenamiento jurídico, de modo que aun cuando falten en un acto aquellos requisitos llamados esenciales, la mayor sanción a lograr es la nulidad del mismo, por tanto el acto aparente aún y cuando no sea real requiere el pronunciamiento de nuestros tribunales previo a exigir el cumplimiento del acto oculto. A nuestro parecer, lo que corresponde es

¹⁹⁶ CARRARA, Francisco. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXIII, segunda parte, sección segunda. 15p y siguientes, en C. Suprema. 23 de diciembre 2015. V.L. N°590465442. (C. 23)

¹⁹⁷En autos sobre acción de simulación enmarcada dentro del cumplimiento de contratos, el tribunal considero, “que la prohibición expresada en el artículo 1.683 del Código Civil, es aplicable en el caso de autos, pues tiende a evitar que quien ejecutó el acto con conocimiento del vicio que lo invalidaba se aproveche de sus propia mala fe, debido a lo cual habiendo actuado personal y físicamente el demandante Francisco Javier Ebel Vial en el contrato que rola a fojas 1, carece, en su calidad de contratante, del derecho para ejercer la acción basada en la simulación en razón del interés emanado de su calidad de tal, sin que obste a ella la circunstancia de que pueda afectar a la actora la inhabilidad del artículo 1.683 antes referido.” C. Suprema. 7 abril 2009. Rol 4470-2007. www.poderjudicial.cl (C. 3°)

entender que se trata de un único acto, donde las cláusulas que realmente obligan a las partes se encuentran en el acto oculto, de modo que si bien para solicitar el cumplimiento del acuerdo simulado se requiere demostrar que se trata de un negocio simulado, no es requisito solicitar la nulidad del acto aparente, pues éste es inexistente, no contiene ninguna obligación real, no tiene una manifestación seria de obligarse, siendo sólo una pantalla para ocultar de ojos de terceros la real voluntad, de ahí la necesidad de que exista por las partes una intención de engañarlos para que se pueda considerar un acto simulado; esto no quiere decir que no se requiera una declaración judicial de la nulidad, sino que se trata de entender que acá no es esta última la sanción aplicable, las partes no tienen nada que anular, pues para ellas siempre ha sido válido el acto oculto, y el aparente es solo una materialidad intelectual pero existente pues le faltan los requisitos de existencia que si están contenidos en el acto oculto, en particular, la voluntad real de obligarse. Sumado al argumento anterior está el hecho que la simulación en nuestra legislación está permitida, en efecto, el artículo 1707 del Código Civil así lo ratifica, de modo que nada obsta a las partes para poder exigir el cumplimiento de la obligación oculta, pues sólo esa es la que para ellas resulta válida, reafirmando lo planteado el que Bello al momento de redactar nuestro Código Civil hace propio el principio de la autonomía de la voluntad, consagrándolo en el artículo 1545, el que sumado al análisis conjunto de los artículos 1560 y 1707 de dicho cuerpo normativo, nos lleva a la conclusión inequívoca de que al poder las partes acordar todo lo que deseen, deshacerlo por vía de resciliación, o modificar la obligación por vía de novación, de igual manera pueden exigir a su contraparte el cumplimiento del acto oculto. Finalmente ratifica esta postura lo dicho por Ferrara, quien señala que “la simulación en sus diferentes formas tiene siempre por efecto la nulidad del acto aparente. Si las partes sólo intentaran producir una apariencia, sólo tendremos la nulidad de ésta, pero si la apariencia sirvió para ocultar un negocio jurídico serio, la nulidad del fingido no es obstáculo para la posible eficacia de aquél, que será válido si puede serlo, y producirá las consecuencias jurídicas que le sean propias”¹⁹⁸.

En conclusión, las partes del acuerdo simulado siempre pueden solicitar el cumplimiento del acuerdo, sin embargo, dada la doble carga probatoria esto al momento de solicitar el pronunciamiento del tribunal resulta muy difícil, existiendo dos causas que analizaremos en apartados posteriores, donde se solicita el cumplimiento del acuerdo simulado, en una por la

¹⁹⁸ FERRARA, FRANCISCO. Ob. Cit. 298p

vía de la acción de cumplimiento forzado, y en la otra por la vía de la nulidad de un acto que quien entabla la acción califica como absolutamente simulado.

4.3.1.1. Acciones ante la imposibilidad de cumplir el acuerdo simulatorio.

Las partes siempre deben cumplir lo acordado de manera secreta, sea que trate de una simulación absoluta, donde lo acordado es no adquirir obligación alguna, o que estemos ante una simulación relativa, donde las obligaciones realmente adquiridas se encontrarán en el acto oculto; sin embargo, tal como ocurre en cualquier acto jurídico, indistintamente se trate o no de una simulación, las partes no siempre se encontraran en condiciones de cumplir lo pactado, ya que puede ocurrir que en una compraventa simulada, el falso adquirente, aprovechándose de su condición patrimonial aparente, venda la propiedad adquirida ficticiamente a un tercero de buena fe, o que el acreedor del que en apariencia aumenta su patrimonio durante el tiempo que dure la apariencia realice las gestiones conducentes a la ejecución del bien que ficticiamente ingresó al haber de su deudor, pagándose de los créditos que pudiera tener a su favor, o simplemente, puede ocurrir que la cosa objeto del negocio simulado perezca, haciendo imposible su restitución. En las situaciones anteriormente descritas, las partes al momento de solicitar el cumplimiento del acuerdo simulatorio, dado que no existen normas expresas respecto de la simulación, deben hacer uso de la solución que por medio de la aplicación de las reglas establecidas para cada caso establezcan las normas de responsabilidad contractual, siendo así que a través de un análisis sistemático de las reglas señaladas del Código Civil, y demás cuerpos normativos que correspondan se pueda resolver cada conflicto.

La primera hipótesis que hemos de analizar, es aquella que puede ocurrir cuando el falso acreedor de una simulación absoluta, abusando de la condición patrimonial preferente en la que dicho negocio lo dejó, enajena el bien a un tercero de buena fe, lo que tal y como vimos en el capítulo tercero de la presente obra, en la práctica significara que el acuerdo simulatorio a este último le será inoponible pues no tenía conocimiento de que quien le vende es propietario sólo por un negocio simulado, no pudiendo por tanto el verdadero propietario solicitar la restitución del bien. En dicho caso la parte afectada por el incumplimiento del acuerdo simulatorio, que en esta hipótesis consiste en no adquirir obligación alguna, pues las partes sólo crean una apariencia que no contiene obligación alguna, pues recordemos que en la simulación absoluta no hay acuerdo oculto, las partes acuerdan celebrar un acto aparente el cual carece de intención real y seria de obligarse, sin embargo, dado que muchas veces para poder efectuar la tradición, aun cuando esta sea sin intención de efectuarse, se requiere

dar cierta materialidad a la apariencia, creando un título traslativo de dominio al que las partes del acto simulado para dejarlo sin efecto deberán por vía de una resciliación deshacer los actos que se generaron para engañar a terceros. En resumen, el incumplimiento del acuerdo simulatorio en este caso hipotético se da porque en este caso el copartícipe no está llano a deshacer lo hecho, las materialidades de los actos simulados, debiendo la parte afectada solicitar a su contraparte que le restituya los frutos que percibió por la enajenación del bien que simuladamente había ingresado a su patrimonio, ahora, cómo debe hacer esto, por medio de la llamada acción restitutoria ficta¹⁹⁹, la cual según establecen los artículos 890 y 900 del Código Civil, consiste en que cuando luego de anulado el acto, y estando ya en el proceso de efectuar las correspondientes restituciones recíprocas al momento perseguir el bien, que en el caso de la simulación ficticiamente se transfirió, el copartícipe que incumplió el acuerdo simulado, es decir, lo secretamente pactado, deberá hacer entrega a su contraparte de los frutos que haya obtenido como consecuencia del abuso de su condición preferente, y que generalmente se traduce en la entrega del dinero que se obtuvo con dicho negocio, sin que esto signifique que no puede solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios que dado el incumplimiento le pudiera corresponder.

Otra situación en la cual no es posible cumplir con lo pactado en el negocio simulado es cuando la cosa perece en manos del copartícipe de la simulación, recordemos que en materia contractual la pérdida de la cosa es un modo de extinguir la obligación establecido en el artículo 1567 del Código Civil, y que puede ser definido como aquel “que se presenta cuando por un hecho no imputable al deudor se hace imposible para éste cumplir la prestación debida”, siendo los requisitos con los que debe cumplir para que se produzca la extinción de la obligación el que la pérdida no sea imputable al deudor, que sea absoluta y sobreviniente a la celebración del acto. El fundamento de este modo de extinguir la obligación radica en el que nadie puede ser obligado a cumplir con lo imposible, de forma que si se cumplen los requisitos mencionados no se puede obligar al deudor a cumplir con lo pactado²⁰⁰. Ahora bien, al aplicar en los negocios simulados las normas establecidas en nuestro Código Civil sobre la pérdida de la cosa, lo primero que se debe distinguir si se trata de una simulación absoluta o relativa, en esta última dado que hay un acto oculto que tiene una naturaleza propia, muchas veces

¹⁹⁹ “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela” (Artículo 889 del CC), si la cosa que se intenta reivindicar ya no se encuentra en posesión del vencido sea porque pereció por su culpa o porque se hace imposible su persecución, el dueño puede intentar la acción reivindicatoria ficta.

²⁰⁰ ABELIUK, RENÉ. Ob. Cit. Tomo II 1167p y siguientes

distinta de la que manifestada a través del acto aparente, en caso de que no sea posible cumplir con la obligación por haberse perdido la cosa, quien exige el cumplimiento de la misma se debe atener a las normas fijadas para cada caso, por ejemplo, en el caso que lo pactado de manera oculta sea una donación, aun cuando en la apariencia sea una compraventa, la pérdida de la cosa no operará como lo haría en este tipo de contratos, si no que se debe aplicar atendido el contrato real, es decir la donación, y dado que en dicho tipo de actos no es posible considerar la pérdida de la cosa como un modo de extinguir la obligación, pues es un contrato de ejecución instantánea²⁰¹, hemos de considerar que en el particular no operará; por el contrario, si lo que se simula es una donación, cuando en realidad se efectúa una compraventa, las normas relativas a la pérdida de la cosa si serán plenamente aplicables al contrato oculto, donde si uno de los coparticipes al momento de que se le exija el cumplimiento si puede oponer a su contraparte como excepción la pérdida de la cosa debida como modo de extinguir la obligación, Queda analizar que ocurre en el caso de la simulación absoluta, a lo que hemos de mencionar que dado que en este tipo de negocios no hay obligación alguna, y generalmente ni siquiera se efectúa la entrega de la cosa, manteniendo el real propietario la cosa en su poder y no el falso adquirente (es una tradición intelectual más que material, sea que ésta se efectúe por una falsa transacción, compraventa, permuta o cualquier otro contrato que implique la entrega del bien), si la cosa perece, lo hace para su propio dueño, no teniendo sentido aplicar la pérdida de la cosa como extinción de la obligación, un ejemplo hipotético que podría suscitar dudas, es aquel donde se efectúa simuladamente una compraventa de un bien mueble, por ejemplo, un vehículo, realizando las partes todas las solemnidades requeridas para la tradición del mismo con el fin de engañar a terceros, en particular a un acreedor que busca perseguir el pago de su crédito en dicho bien, el caso es que mientras dure la apariencia perece la cosa en manos del deudor, cumpliéndose todos los requisitos para que sea considerada dicha pérdida como un modo de extinguir la obligación, ¿puede el propietario que simuladamente transfirió el bien exigir algo a quien aparece como dueño ante los ojos de terceros?, la respuesta a esta interrogante la encontramos en el capítulo primero de la presente obra, donde señalamos que en la simulación absoluta no existe intención alguna de crear, modificar o extinguir derechos, careciendo el acto de existencia misma, por tanto, al ser la compraventa del bien un acto inexistente, el falso adquirente debe ser considerado como un

²⁰¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. 2005. Derecho Sucesorio. 7° Ed. Santiago. Jurídica de Chile. Tomo II 694p

mero tenedor de la cosa²⁰², respondiendo ante el real propietario por los perjuicios provocados por la pérdida de la cosa en tal calidad.

4.3.2. Ineficacia del acto simulado

Cuando una de las partes del negocio simulado quiere solicitar que éste se deje sin efecto, generalmente esto tendrá como fundamento el que quiere desconocer los efectos del acto, o que quiere retractarse de lo pactado por vía de simulación por no ser los efectos obtenidos los que esperaba, en ambos casos, sea por acción o excepción lo que se solicitara al tribunal es la nulidad absoluta del acto por simulación, sea esta relativa o absoluta. Ahora bien, por qué las partes no entablan la acción de simulación dice relación con que, como ya vimos en el capítulo segundo, ésta sólo tiene efectos declarativos, más no modifica las consecuencias del acto, ni mucho menos restituye a las partes al estado anterior a la celebración del mismo.

La nulidad es una sanción que se encuentra regulada en el título XX del Libro Cuarto del Código Civil, y como establece el artículo 1681 del Código Civil, se aplica en los casos donde hay un “acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según sea su especie y la calidad o estado de las partes”. Dicho esto, hemos de indicar que esta institución tiene aplicación en la simulación, por cuanto, dado que la acción de simulación, como ya hemos dicho sólo tiene efecto declarativo, sirviendo sólo como medio para demostrar que el acto aparente carece de voluntad seria y real de obligarse, que sólo sirve para ocultar el acuerdo simulado, dejando así en evidencia que la fachada no contiene obligación alguna, más luego quien quiera dejar sin efecto el acto, necesariamente debe recurrir a las normas relativas a la nulidad, en el caso de la simulación absoluta²⁰³, porque el consentimiento del acto aparente carece de la seriedad y realidad que debe contener su manifestación, y al no cumplir con un requisito de existencia del acto jurídico este no nace a la vida, es inexistente, y las partes deben solicitar su nulidad por falta de consentimiento,

²⁰² Artículo 714 del C.C. “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho a habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. – Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo el dominio ajeno.”

²⁰³ “que corresponde determinar qué acción se debe ejercer para desvelar la simulación, debido a que resulta irredagüible(sic) que no bastará la pura petición de que se constate una simulación. – Frente a lo que se expone adquiere trascendencia lo manifestado en el razonamiento que antecede, puesto que la doctrina ha sostenido y la jurisprudencia resuelto, que si se trata de una simulación absoluta, ella en la práctica recibe aplicación por la vía de la nulidad” C. Apelaciones Concepción. 18 de octubre 2007. L.P. N ° 2237 (C. 7°)

develando que fue simulado, que nunca existió como tal; mientras que, cuando se está ante una simulación relativa, al solicitar la nulidad, se deben tener otras consideraciones, pues acá si hay consentimiento, sólo que sido distinto al expresado, lo que en la práctica se traduce en que los copartícipes tendrán ciertas limitaciones, derivadas del conocimiento que ellas tienen del vicio que afecta el acto, y que en algunos casos la jurisprudencia ha hecho extensiva inclusive al momento de solicitar el cumplimiento del acto oculto, pues considero que de igual modo se debe partir anulando el acto simulado para luego dar cumplimiento al oculto, y, según su criterio, las partes no están legitimadas para solicitar la nulidad del ficticio²⁰⁴.

En el caso de que la nulidad que las partes quieran obtener recaiga sobre un acto simulado relativamente, al igual que en materia de cumplimiento, las partes deben remitirse a lo pactado de manera oculta, por tanto al momento de entablar la acción de nulidad lo deben hacer directamente sobre el acto secreto, que es el que finalmente produce efectos jurídicos para ellas, sin embargo, también puede pasar que el copartícipe desconozca el acto oculto haciendo valer el acto aparente, en cuyo caso las partes deberán ya sea por vía de excepción o como demanda reconventional solicitar la nulidad del acto por simulación del mismo; ahora bien, si se trata de una simulación absoluta quien alega la nulidad del acto debe únicamente remitirse a demostrar que el acto aparente carece de los requisitos necesarios para su existencia, y dado que la inexistencia no se encuentra establecida como sanción en nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la acción de nulidad lograr que el acto aparente deje de existir como materialidad a ojos de terceros, porque para las partes este nunca ha generado obligación alguna. En cualquiera de los casos anteriormente descritos, “la simulación propiamente viene a operar como la explicación fáctica de la negociación, como relato de los acontecimientos que llevaron a los contratantes a aparentar celebrar el negocio que celebraron, para catalizar jurídicamente en la nulidad del respectivo contrato o conjunto de actos que se hubiere celebrado.”²⁰⁵

Cabe preguntar si existen requisitos especiales que apliquen a la nulidad asociada a la simulación del acto, siendo negativa la respuesta a dicha interrogante, por tanto aplican las mismas normas respecto del interés, de la titularidad de la acción y de los plazos de prescripción, debiendo quien entabla la acción, sólo tener como consideración especial si se cumple con una de las causales que permiten solicitar la declaración de nulidad, en la

²⁰⁴ Véase 4.5.5.

²⁰⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. 17p

simulación absoluta será la falta de consentimiento, sin perjuicio de que igual se puede argumentar la falta de objeto, o de causa, pues recordemos que todo lo dicho en el acto aparente no es real, mientras que, en la simulación relativa, será la causa u objeto ilícito la causal preferida para solicitar la nulidad del acto oculto, pues el aparente siempre se basará en la falta de estos elementos²⁰⁶. Luego de determinados los elementos anteriores, nos parece importante un estudio diferenciado sobre la legitimidad que debe tener la parte que alega la nulidad del acto simulado, y cuál será la forma en que probaran sus pretensiones, refiriéndonos a ambos puntos en los apartados posteriores.

4.3.2.1. Legitimación activa: *nemo auditur en la simulación*

Por legitimación activa para efectos del presente trabajo, equiparamos dicho concepto al interés que requiere tener aquella parte que interpone la acción de nulidad por simulación. Ya vimos en el capítulo segundo las características que tiene el interés en relación con la acción de simulación, siendo necesario ahora establecer ciertas características especiales de cómo se aplican los requisitos del artículo 1683 del Código Civil en esta acción.

Lo primero que hemos de mencionar es que, en virtud del principio de la equidad y la seguridad jurídica, no parece justo que los coparticipes intentaran invalidar lo acordado de manera simulada alegando el incumplimiento de los requisitos del acto solo con el fin de eludir las obligaciones adquiridas, de modo que al alegar la nulidad del mismo el primer requisito con el que deben cumplir, en el caso de la simulación absoluta, es demostrar que nunca se quiso crear, modificar o extinguir ningún derecho, es decir, que es un acto carente de cualquier obligación, mientras que, si ellas con el acto simulado disfrazar otro tipo de negocio, deben demostrar cuales son los requisitos con los cuales no cumplió el acto, siendo ese el mayor inconveniente para las partes, por cuanto la ley establece que todo aquel que tenía o debía tener conocimiento del vicio que invalida un acto se encuentra privado de la facultad de solicitar la nulidad del mismo, esta limitación se conoce como "*nemo auditur propriam turpitudinem allegas*"; y cuya traducción será "nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza", encontrándose generalmente abreviado como "*nemo auditur*"²⁰⁷. Este principio fue

²⁰⁶ Al respecto cabe mencionar que la falta de causa no es un elemento que sea posible de considerar al alegar la nulidad del acto simulado, pues todo negocio de este tipo se considerará como tal a la causa simulandi, sin perjuicio que igual puede ser mencionada, sobre todo si se trata de una simulación absoluta de aquellos negocios donde la onerosidad es la causa primordial del acto.

²⁰⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. 20p.

considerado por don Andrés Bello al momento de redactar nuestro Código Civil, y tiene alta importancia al momento de solicitar la nulidad del acto simulado, como así también en otras instituciones como el error, u otro vicio de la voluntad que pueda afectar al acto jurídico del cual se quiere solicitar su ineficacia.

Nuestra legislación recoge el *nemo auditur* de manera expresa en su artículo 1683, el cual señala que, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; ...”, norma que establece claramente que quien tenga interés en la declaración de nulidad no puede ser quien sabía, o quien con la debida diligencia debía saber de la existencia del vicio que causaría la nulidad del acto, pues tal como en el error, nadie puede hacer uso de su falta de diligencia al contratar para solicitar la nulidad del acto.

No parece ser una tarea difícil entender en qué consiste el principio *Nemo Auditor*, así como tampoco pareciera presentar dificultad el determinar cómo este se recoge en nuestra legislación, sin embargo, no ocurre lo mismo al momento de determinar el alcance de dicho precepto, ya que la norma en estudio nos lleva fácilmente a pensar que una persona que contrata simuladamente no podría alegar la nulidad del acto, aun cuando le perjudicara, pues ella conocía o debía conocer el vicio que invalidaba el acto y no puede hacer abuso de su posición. Recordemos que, en la simulación, se requiere que haya una conciencia de la disconformidad entre la declaración y lo realmente querido, de modo que al ser el acto susceptible de ser anulado por falta de consentimiento real y serio, difícilmente quien contrata bajo estas condiciones puede alegar la nulidad del acto aparente, o, del acto simulado, en los casos donde se quiere eludir la obligación secretamente pactada. El problema es que, en las situaciones previamente descritas, claramente se genera un desequilibrio para aquel que, en un acto de confianza, decidió contratar por medio de un negocio simulado, llegando a incurrir incluso, en algunas situaciones, en un enriquecimiento sin causa para quien hubiese simulado contratar y que de este modo ve aumentando su activo sin ninguna contraprestación real.

La ley establece que puede alegar la nulidad absoluta de un acto todo el que tenga interés en ello, debiendo para eso fundar su pretensión en un interés pecuniario, que resida en la declaración de la nulidad del acto, que exista al momento de ejercerse la acción de nulidad y

que nazca precisamente de la lesión que sufre el patrimonio del actor²⁰⁸, sin embargo, en el mismo artículo 1683 del Código Civil, se establece como excepción a la regla mencionada el principio *nemo Auditor*, por cuanto la norma indica que quien tiene o debe tener conocimiento del vicio que invalida el acto no puede alegar su existencia para solicitar la nulidad del mismo, más no se hace cargo de cuando se entenderá que se produce dicho conocimiento, o en que condiciones esto se debe dar, siendo la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de delimitar cuando se aplica. Al respecto, la doctrina parece ser unánime al señalar que este no se trata de un conocimiento presunto como el que supone el artículo 8° del Código Civil, sino que se requiere que este sea real y efectivo²⁰⁹, es decir, acá quien alega la nulidad del acto tiene que haber tenido conciencia al momento de su celebración del vicio que lo invalida, de modo que en dicho instante se genera la inhabilidad para la parte que quiera alegar con posterioridad la ineficacia del acto, si toma conocimiento del vicio una vez que se celebró el acto la excepción no tiene aplicación alguna, pudiendo por tanto solicitar la nulidad indistintamente del vicio que afecte el negocio.

Importancia tiene mencionar que el principio *nemo Auditor* implica que las partes tienen una inhabilidad personal para solicitar la nulidad del acto, de modo que tampoco se cumplirá con el requisito del conocimiento real y efectivo del vicio por quien alega la nulidad en su calidad

²⁰⁸ "... para que se considere, jurídicamente, que una persona tiene interés en alegar o pedir la nulidad absoluta de un acto o contrato: 1° Que se trate de un interés pecuniario o patrimonial, y no de meras expectativas. – 2° Que este interés pecuniario resida, precisamente, en obtener la nulidad absoluta del acto o contrato, o sea, en obtener que el negocio jurídico no produzca sus efectos. 3° Que este interés exista al tiempo de ejercerse la acción de nulidad y, conforme a la jurisprudencia más reciente, no sería necesario que tal interés hubiese existido al tiempo de celebrarse el contrato o de ejecutarse el acto nulo. 4° Que este interés nazca precisamente de la lesión que sufre su patrimonio al ejecutarse el acto o celebrarse el contrato en contravención a la ley y que es la causa de que su patrimonio se vea perjudicado; en otras palabras, que dicho interés, tenga en esa contravención, determinante a su vez del perjuicio pecuniario, su causa jurídica y necesaria. Se mantiene, entonces, el criterio en cuanto a que debe ser este acto o ese contrato, y no actuaciones posteriores, el que dé origen a ese interés." ALESSANDRI BESSA, Arturo. Ob. Cit. Tomo I 524-525p

²⁰⁹ "Este conocimiento debe ser real y efectivo del vicio que produce la nulidad. No basta el conocimiento presunto de la ley de que habla el art. 8° del Código Civil, tanto porque en tal caso nunca podría alegarse la nulidad por los que intervinieron en el acto, cuanto porque se trata generalmente del conocimiento, no de la ley, sino de las circunstancias materiales o de hecho que producen la nulidad". DUCCI CLARO, CARLOS. Ob. Cit. 339p; "para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de la ley a que se refiere el artículo 8° del Código Civil; es necesario el conocimiento real y efectivo del vicio que invalidaba el acto"(Corte Suprema, 26 de abril de 1934, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo xxxi, sección primera, p. 337) En ALESSANDRI, ARTURO y SOMARRIVA, MANUEL. Ob. Cit. 333p; "... no se trata aquí de a presunción del conocimiento de la ley, que establece el artículo 8° del Código Civil, según la ley se presume de derecho conocida de todos, si no que del "conocimiento efectivo y real del vicio" que incide en el acto o contrato. Esto es evidente, porque, de otro modo, nunca podrían los que ejecutan o celebran un acto o contrato alegar su nulidad absoluta, ya que siempre la ley los consideraría como sabedores del vicio que afecta al negocio jurídico" ALESSANDRI BESSA, ARTURO. Ob. Cit. Tomo I 538p;

de parte del negocio, pero por haber adquirido dicha condición por una cesión de derechos, o en su calidad de heredero, donde el causante es quien celebró el acto conociendo o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba, pues el artículo 1683 del Código Civil debe interpretarse restrictivamente, y las inhabilidades en nuestro ordenamiento no se transmiten ni se transfieren²¹⁰. En este sentido nuestro máximo tribunal cuando se sometió a su conocimiento un caso donde los padres demandaban la nulidad del acto de un hijo, a quien le habían otorgado un mandato de representación con facultades de disposición, y que en esa calidad celebró un contrato de compraventa con su novia de un inmueble de propiedad de los mandantes, siendo este acto simulado, pues como determinó nuestro tribunal realmente lo que se pactó fue una donación; el hijo y mandatario alegó como excepción la falta de legitimación de los demandantes, porque en su calidad de parte se encontrarían inhabilitados para solicitar la nulidad del acto pues sabían o debían saber del vicio que lo invalidaba, sin embargo, los jueces desestimaron dicho argumento señalando que, "... entre las personas interesadas en la declaración de la nulidad absoluta de un acto o contrato bien pueden encontrarse los mandantes de quien comparece al acto en su representación como vendedor, como sucede en el caso de autos, ya que la limitación que la ley ha establecido a las partes para pedir la nulidad absoluta -el conocimiento del vicio que invalidaba- debe interpretarse estrictamente. Como ya lo ha dicho esta Corte en pronunciamientos anteriores sobre esta misma materia, las inhabilidades no se transmiten ni se transfieren, porque son personalísimas, y porque su objeto es sancionar a la persona que ejecutó el acto inmoral."²¹¹

4.3.2.1.2. Aplicación del *Nemo Auditur* en la Acción de Simulación

Ya hemos mencionado como se aplica el principio en estudio a la nulidad, pero, ¿qué ocurre cuando la nulidad se solicita por simulación del acto?, para responder a esta interrogante nuevamente se hace necesario distinguir si se está ante una simulación absoluta o relativa,

²¹⁰ "Que, a su turno, en lo relativo a la infracción del artículo 1683 del Código Civil y el cuestionamiento de las recurrentes sobre el interés que ostentan las demandantes en la invalidación de la compraventa de la especie..." "... la única limitación que la ley a este respecto ha establecido es que no puede pedir la declaración de nulidad absoluta la parte que ha celebrado el acto o contrato que se pretende nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Así, puede hacerse valer, por consiguiente, por todas las personas a quienes afecta el acto o contrato nulo. Desde luego, la pueden alegar las personas que han ejecutado o celebrado el contrato con el vicio o defecto que lo anula, si no supieron del vicio, o no debían saberlo; pueden alegarlas también los herederos o cesionarios de las mismas personas, es decir sus causahabientes a título universal o singular, en la medida que demuestren el interés indicado;..." C. Suprema. 15 marzo 2017. V. Lex. N° 671576065. (C.7°)

²¹¹ C. Suprema. 15 marzo 2017. V. Lex N° 671576065 (C. 8°)

por cuanto, dado que el nemo Auditor se aplica en aquellos casos en donde quien alega la nulidad sabía o debía saber el vicio que lo invalidaba, específicamente la causa u objeto ilícito del cual adolecía el acto, es que en materia de simulación absoluta, este adagio romano en principio no sería aplicable, pues acá, cuando una de las partes solicita la nulidad del acto por existencia de simulación, lo hace fundamentando su pretensión en la falta de consentimiento real y serio²¹², de modo que no debiese regir la limitación establecida por el Art. 1.683 del Código Civil, pues dicho artículo “impide ejercitar la acción a la parte que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber... y es parte quien ha consentido, de modo que como en el caso se trata de una nulidad absoluta por falta de consentimiento la regla no es aplicable”²¹³; así como también podemos señalar que al ser el consentimiento un requisito de existencia del acto, y en consideración a lo planteado por los seguidores de la teoría de la inexistencia, no se debiese aplicar la limitación pues no se quiere anular el acto, sino más bien se quiere reconocer la inexistencia del mismo, y al ser la nulidad la máxima sanción establecida por nuestro Código Civil se utiliza este medio, más en la práctica no hay nada que anular pues en el negocio simulado absolutamente no hay obligación alguna tras el acto aparente, es sólo una materialidad que no contiene ninguna intención de crear, modificar o extinguir derechos con efectos jurídicos.

Distinta es la situación en caso de que lo pactado sea una simulación relativa, donde las partes si consintieron en un acto, el que a ojos de terceros está oculto, de manera que la nulidad aún y cuando se fundamente en que este último carece de los elementos necesarios para su validez, no podría ser fundamentada en la falta de consentimiento, ya que éste si existe, por tanto el acto aparente a pesar de ser una materialidad, en el fondo, si tiene voluntad, sólo que se trata de una distinta a la expresada en el contrato aparente. Además de lo ya dicho, tenemos que dado que este tipo de negocios generalmente se utiliza con la intención de burlar normas prohibitivas, como es el caso del artículo 1796 del Código Civil, es que las partes difícilmente al celebrar el negocio simulado no saben del vicio que afecta el acto, por ejemplo, cuando se celebra una compraventa simulada, siendo lo realmente pactado una donación, las partes generalmente lo hacen para evitar efectuar la insinuación, requisito de

²¹² “... para que se hubiera podido acoger la demanda, el actor debió haber solicitado se declarara la nulidad absoluta del contrato de compraventa del vehículo, por haber sido simulado absolutamente y, sin embargo, no lo hizo. – Quizás podría argumentarse que carecía de acción para ello por aplicación del nemo auditor. – Pero, la doctrina nacional ha señalado que esa regla se aplica solamente a los casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita y no a la provocada por la falta de consentimiento.” C. Apelaciones Concepción. 18 de octubre 2007. L.P. N° 2237. (C. 8°)

²¹³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. 21p.

existencia para este tipo de actos según lo establece el artículo 1401 del Código Civil, de modo que ellas no pueden alegar la falta de dicha actuación como causal de nulidad del acto.

Así las cosas en virtud de lo ya expuesto podríamos concluir que el principio *Nemo Auditor*, establecido en el artículo 1683 de nuestro Código Civil, no debiera ser aplicable en los negocios simulados de manera absoluta, pues en ellos falta un requisito de existencia del acto, no un elemento que vicie su validez, sin embargo dado que la máxima sanción establecida en nuestro ordenamiento es la nulidad, aun cuando falte un requisito de existencia las partes se deben someter a las normas establecidas en nuestro ordenamiento en relación a esta última sanción, por tanto para poder obtener un resultado favorable deberán demostrar que efectivamente el acto es inexistente. Ahora, por el contrario en los negocios relativamente simulados podemos concluir sin duda que el principio en estudio si aplica, porque ahí no hay falta de voluntad, de modo que el acto existe, y es válido hasta que una sentencia diga lo contrario, para lo cual se debe demostrar cual es el vicio que afecta dicho negocio, y al ser este conocido por las partes contratantes, estas no pueden solicitar la nulidad del acto, pues recordemos que es requisito de la simulación que haya acuerdo entre las partes de crear una apariencia con el fin de engañar a terceros, debiendo ambos conocer todos los elementos que compondrán este acto ficticio.

4.4. Prueba de la Simulación por las partes.

Para las partes, la simulación siempre constituirá un acto jurídico, una manifestación de voluntades que genera derechos y obligaciones, y que, por ende, se regirá por las normas relativas a la responsabilidad contractual establecidas en el Código Civil, de esta manera las partes al momento de probar la existencia de la simulación deberán observar las reglas ya establecidas para poder así revelar su verdadero querer.

La parte interesada en la declaración de la simulación debe alcanzar el convencimiento, en primer término, de la existencia del acto simulado, y en segundo, del contenido del mismo, por cuanto los actos jurídicos se presumen reales, y más aún si estos constan en instrumentos escritos, ya sean privados o públicos, pues, en ambos casos, estos constituyen plena prueba en contra de quienes los suscriben, debiendo por tanto quien alegue lo contrario a lo en ellos expresado demostrar que efectivamente dichas declaraciones no se condicen con lo realmente querido por las partes.

Respecto de que medios probatorios pueden valerse las partes, no existe consenso en la doctrina, ya que los autores difieren sobre si existe o no libertad probatoria para evidenciar la existencia de un acto simulado. Parra Labarca resume ambas posturas denominándolas doctrina de la prueba literal, y, doctrina de la prueba libre, la primera es de carácter restrictiva, limita la prueba que pueden utilizar quienes dieron vida al acto simulado a la contraescritura, sea esta de carácter público o privado, esto, con el fin de proteger la plena fe que produce este tipo de instrumentos y, por consiguiente, favorecer la seguridad jurídica²¹⁴; por otro lado la segunda, señala que las partes pueden probar la simulación valiéndose de cualquier método, aún si ésta tiene carácter ilícito, por cuanto no se justifica acotar de forma tan estricta la posibilidad de las partes de probar que consintieron en hacer aparecer algo que no se condice con la realidad, ya que de ser así, ellas se verán desprotegidas si no cuentan con una contraescritura, o si no pueden obtener una confesión de su contraparte, quedando a disposición del engaño, y agravándose aún más la situación si el negocio oculto tiene carácter ilícito, ya que de no permitir que se dé cuenta de dicha calidad a través de otro tipo de pruebas, se admite que los actos que pueden tener la finalidad de dañar a terceros o bien defraudar la ley, produzcan sus efectos abusivos con completa indemnidad.²¹⁵

Nuestro ordenamiento en materia contractual se acerca más a lo planteado por la doctrina de la prueba literal, ya que, al calificarse a la simulación como un acto jurídico para las partes, ésta se rige por las normas de la responsabilidad contractual, aplicándose a estos negocios las limitaciones en la prueba de testigos, y exigiéndose la existencia de una contraescritura para probar la mayoría de las pretensiones que ante un tribunal pudieran exponer (ejemplo, simulación en el precio, en el monto o en la modalidad de pago). En relación con la prueba testimonial los artículos 1708 y siguientes del Código Civil establecen que en actos donde la ley exige como solemnidad su escrituración, no puede hacerse valer otra prueba distinta a ésta, ni tampoco en aquellos negocios que debieron consignarse por escrito, pues su cuantía supera las dos unidades tributarias mensuales; de igual modo, no procede la prueba testifical si a través de la declaración de los testigos se persigue adicionar o modificar lo que consta en el acto o contrato, aún si la cuantía de estas modificaciones es inferior a lo recién señalado. El artículo 1710 por su parte, niega la prueba de testigos a aquel que reclama una cosa cuyo

²¹⁴ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 1031-1032p.

²¹⁵ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 1032p.

valor supere las dos Unidades Tributarias Mensuales, aunque este límite su demanda a ese valor.

Al utilizar las partes la prueba testimonial, a pesar de lo rígido del sistema probatorio, en el artículo 1711 del Código Civil les concede algunas excepciones, estableciendo que pueden valerse de aquella en los siguientes casos: 1) cuando haya un principio de prueba por escrito; 2) cuando haya sido imposible obtener una prueba escrita; 3) los casos expresamente exceptuados en el Código Civil y en los Códigos especiales²¹⁶. Estas excepciones son la manifestación del denominado principio de prueba por escrito, el que según señala el artículo recién mencionado, corresponde a “un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso”, y da como ejemplo la existencia de un pagaré por más de dos unidades tributarias mensuales, que no hace plena prueba porque no certifica el cumplimiento del contrato, por lo que se constituye como un principio de prueba por escrito que permite probar el cumplimiento del contrato por testigos. Aplicando lo dicho a la simulación, podría constituir un principio de prueba por escrito aquel documento en que conste el pago de una renta de arrendamiento, cuando el acto que se ha hecho aparecer por las partes como verdadero es un comodato, y en cambio, el arrendamiento no consta en ninguna parte, donde en caso de incumplimiento por parte del arrendatario del pago de la renta estipulada escudándose en que se trata de un comodato, el arrendador tiene la posibilidad de desmentirlo, a pesar de que si bien no cuenta con la contraescritura necesaria por tratarse de una obligación cuya cuantía supera las dos unidades tributarias mensuales, y que en principio no podría hacer uso de la testimonial, la parte que quiere acreditar la simulación al presentar los recibos de pago de las rentas anteriores tiene un principio de prueba por escrito

²¹⁶ “Las limitaciones del artículo 1709 ya referido no rigen en materia comercial, porque en conformidad al artículo 128 del Código de Comercio la prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualesquiera que sea la cantidad que importe la obligación”. (C. Suprema, 7 abril 2009. Rol 4470-2007. www.poderjudicial.cl). Este es un argumento esgrimido por el recurrente de un Recurso de Casación en el fondo, del cual no se hace cargo la Corte Suprema, ya que a pesar de ser correcto el argumento no aplicaba por no tratarse de un contrato mercantil. Al respecto citamos lo dicho por Enrique Paillás, el cual señala que “si hubiese simulación que diga relación con un acto comercial, este podría probarse libremente *inter parte*”, a pesar de esto, el autor reconoce que esta libertad es más bien una ilusión, ya que continúa su argumento diciendo: “Sin embargo, entre nosotros el artículo 353 restringe mucho la prueba de la simulación respecto de las sociedades comerciales, que es el campo donde más podría darse. El artículo 353 del Código de Comercio- en relación con el 350- dispone que no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras públicas otorgadas para formar una sociedad colectiva, modificarla o disolverla, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas, lo que también se aplica a las sociedades de responsabilidad limitada (ley 3.918), en comandita (arts. 474 y 491 C. Com.) y anónimas (ley 18.046, art. 6°) PAILLÁS, Enrique. 2003. La simulación en Derecho Privado. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Jurídica de Chile. 86-87p.

configurándose la excepción reconocida por nuestro Código Civil, dando lugar a la prueba testifical con el fin de acreditar la obligación.

Como vimos, existe una alta probabilidad que las partes no puedan hacer uso de la prueba testimonial para acreditar sus pretensiones ante un tribunal, en cuyo caso la alternativa con la que cuenta será la confesión judicial²¹⁷, medio de prueba expresamente admitido por el legislador, y a pesar de que sólo la nombra en el artículo 1698 del Código Civil, sin siquiera definirla, esto no debe inducir a error respecto a su gran valor. Se llama Confesión judicial “aquel medio probatorio consistente en el reconocimiento que una persona hace de la verdad de un hecho, susceptible de producir consecuencias jurídicas en su contra”²¹⁸, o también, “aquella declaración que se presta frente a un juez, cumpliendo con las formalidades legales, mediante la cual una parte reconoce la veracidad de un hecho controvertido que es menester asentar y que puede traerle consecuencias jurídicas. También puede tratarse de una confesión no verbal, a través de la presentación de un escrito en un proceso en que espontáneamente se reconoce la verdad²¹⁹. En materia de simulación es una prueba altamente importante, pues si se logra, ella tiene valor de plena prueba en contra de quien la hace, de modo que es una prueba que puede utilizarse por las partes para desmentir las declaraciones que junto a su copartícipe pudieron realizar en el acto aparente, aun cuando éste conste en una escritura pública, y sin necesidad de un principio de prueba por escrito, supliendo perfectamente la falta de una contraescritura. Un ejemplo de lo acá planteado lo podemos encontrar en una antigua sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde conociendo de un recurso de apelación, revocó lo declarado por el tribunal de primera instancia, por cuanto este rechazó la demanda de nulidad del contrato de compraventa, por simulación del mismo; en los hechos la demandante solicitó al tribunal que dejara sin efecto la venta que ella había realizado a su sobrino, dado que se trataría de un contrato simulado, siendo lo realmente pactado una donación, en donde ella se reservaría el usufructo vitalicio de la propiedad, más al haber carecido dicho acto del trámite de la insinuación sería tanto el acto aparente, como el oculto

²¹⁷ “en caso que las partes no hayan otorgado contraescritura, ni puedan justificar su carencia por alguna de las tres excepciones que señala el artículo 1711, sólo quedará como último recurso, valerse de la confesión de parte y se tendrá con toda amplitud, probada la simulación absoluta o relativa de la convención, salvo en este último caso, se trate de una simulación relativa, que el contrato o convención realmente celebrado requiera como solemnidad un instrumento escrito, sea privado, si la convención disimulada es una promesa de contrato, artículo 1554, o un instrumento público, artículo 1701” DÍEZ DUARTE, Raúl. Ob. Cit. 218p.

²¹⁸ CASARINO VITERBO, Mario. Ob. Cit. Tomo IV. 89p

²¹⁹ PAILLÁS, Enrique. Ob. Cit. 85p.

nulos absolutamente; el caso es que dentro de los medios de prueba aportados por la actora, se encontró la absolución de posiciones del demandado, en la cual el confeso que efectivamente la demandante había aceptado a instancias suyas, transferirle gratuitamente el inmueble objeto de autos, que esto se habría materializado en una escritura pública de compraventa, y que nunca se pagó a la actora el precio que en dicho documento se estipulaba, declarando el tribunal que, "... Conforme a lo dispuesto en los artículos 1713 del Código Civil; 399 y 400 del Código de procedimiento del ramo, tal confesión del demandado produce plena prueba en su contra"; "Que de consiguiente, no cabe sino concluir que el contrato de referencia es simulado, que, como compraventa su contenido sería nulo, por falta de precio real y determinado, cual lo confiesa el Sr. Quijano Figueroa"²²⁰.

No podemos dejar de mencionar la prueba de presunciones, de la que pueden valerse tanto las partes como los terceros, la cual explicada de forma simple, es aquella que permite a la parte que no ha logrado hacerse de pruebas de otro tipo con las que pueda demostrar de forma directa haber pactado un acto simulado, ir generando, a partir de los elementos con los que cuenta, un relato a través del cual el juez pueda concluir que se trata de una ficción, de una mera apariencia. En este sentido se manifiesta el gran maestro en materia de simulación, Francisco Ferrara, quien caracteriza a la prueba de presunciones como una prueba "indirecta, de indicios, de conjeturas"²²¹, en contraposición a aquellas que directamente o por sí solas permiten lograr el convencimiento de un hecho determinado. La parte que quiere probar la existencia de la simulación se funda en hechos que quedan acreditados en el proceso para construir estas conjeturas, pero estos hechos deben ser fehacientes, que conduzcan al juez por medio del uso de su criterio y de la lógica a la conclusión de que se trata de un acto ficticio. En concordancia con esto entonces, no existe la posibilidad de que se creen presunciones a partir de otras presunciones porque no se cumpliría con la exigencia de fundarse en hechos irrefutables. El juez debe hacer un análisis panorámico de los antecedentes, no debe sólo considerar de forma aislada el acto que se celebró, sino que situarlo en el contexto en que éste nació a la vida del derecho y las circunstancias que lo acompañaron, ya que de este modo puede obtener antecedentes sustanciales que en conjunto le permitan concluir la existencia de una simulación. Al respecto citamos el siguiente ejemplo: "si se desea demostrar la apariencia de un contrato, corresponde hacer un análisis profundo y minucioso de este acto

²²⁰ C. Apelaciones Santiago. 10 julio 1985. MJ 5786 (C. 7° y 8°)

²²¹ Francisco Ferrara, pág.384.

jurídico y de las circunstancias que le han rodeado. Si se establece en el proceso que el traspaso ha tenido por objeto disminuir ficticiamente el patrimonio, amenazado por la futura ejecución de un crédito y que el enajenante ficto no ha podido pagar; que el vendedor ficto continúa en posesión del inmueble transferido; la falta de capacidad del adquirente y la relación de amistad y de parentesco existente entre los participantes del acto ostensible, sin duda, tales hechos tienen una fuerza de convicción suficiente para que el juez resuelva que la venta ha sido aparente y que las partes no han tenido voluntad seria en producir los efectos del contrato que aparecen celebrando”.²²²

Nuestro Código Civil se refiere a las presunciones en los artículos 47 y 1712. El primer artículo se encarga de definir lo que debe entenderse por presunción y al respecto señala en su inciso primero que “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”. Luego distingue entre lo que se conoce como presunción legal y presunción de derecho, la cual a diferencia de la primera no admite prueba en contrario. Cuando nos referimos a las presunciones como medio de prueba de la simulación hablamos de las presunciones judiciales, ya que en este tema no existen presunciones legales, por lo que debe probarse que existe una apariencia que encubre la realidad²²³. El artículo 1712 por su parte, define los requisitos que deben cumplir las presunciones para ser válidas, señalando que deben ser “graves, precisas y concordantes”. La condición de gravedad se refiere a la relación ineludible que existe entre el hecho que da lugar a la presunción y ésta misma como consecuencia de aquel, “es preciso que el hecho conocido en que se apoya la presunción haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca. La gravedad de la presunción importa una condición intrínseca de la misma y dice relación con la fuerza de raciocinio, deducción y grado de convicción que produce en el juez”²²⁴. En cuanto a la precisión de las presunciones, cada una de ellas no debe converger en conclusiones que sean contradictorias. La concordancia por otra parte, exige que de la interacción del conjunto de hechos y circunstancias que el juez tiene a la vista para generar las presunciones, se infiera la misma consecuencia.

²²² PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 1127p.

²²³ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 1129p.

²²⁴ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. 402p.

Es el juez quien tiene una labor privativa para determinar si los hechos cumplen con los requisitos de gravedad, precisión y concordancia exigidos por nuestra legislación, los que a vez funcionan como limitantes para el juzgador ya que le evitan que caer en conclusiones arbitrarias.

Habiendo analizado ya tanto la prueba testimonial, confesional y por presunciones, sin que esto signifique que las partes no puedan recurrir a otros medios probatorios, el más importante elemento con el que contarán al momento de probar sus pretensiones es sin duda la prueba instrumental, puesto que de contar ellas con una contraescritura, el demostrar al tribunal que la intención que se tenía al momento de pactar el negocio simulado era otra a la expresada, este si dicho instrumento cuenta con los elementos necesarios hará plena prueba. Al respecto cabe señalar que nuestro legislador en el artículo 1707 del C.C., en cual ya se estableció es donde se sustenta gran parte de la teoría de la simulación, sólo hace referencia a los instrumentos privados que vienen a modificar una escritura pública, lo que en la práctica viene a obedecer a que gran parte de los contratos simulados se efectúan por medio de dicho instrumento, dando cuenta de esta situación tanto la doctrina, como la jurisprudencia, quien en más de una oportunidad ha dicho, “que habitualmente y así ocurre en la especie, el acto que se dice simulado consta en un instrumento público. Como se sabe, este medio muy explicablemente está revestido por la ley de un vigoroso valor probatorio conforme al artículo 1700 del Código Civil. Se entiende que en cuanto a la, es decir, al hecho de que él fue declarado por las partes, tiene valor de plena prueba; y que en cuanto a la sinceridad de las declaraciones entre las partes también hace plena prueba.”²²⁵ Ahora bien, en cuanto al instrumento público, si bien es reconocido por el legislador como un medio que produce plena prueba por haberse otorgado ante un ministro de fe, esta certificación que hace tal funcionario sólo recae sobre aspectos de forma del acto, tales como el hecho de haberse efectuado las declaraciones por las personas que en él constan y de la fecha en que éste se otorgó. No ocurre lo mismo respecto a la veracidad del contenido del acto, esto por un tema lógico, ya que el funcionario público no tiene el poder de conocer la verdadera intención de los otorgantes al realizar las declaraciones, sólo puede dar cuenta de aquello que presencia, y por ende, percibe a través de sus sentidos e inteligencia, como es verificar las identidades y confirmar el día en que las declaraciones fueron efectuadas, siendo esta situación reconocida por el legislador en el artículo 1707 del Código Civil, el cual establece que el instrumento público

²²⁵ C. Suprema. 12 diciembre 2016. V. Lex N° 655353737 (C. 14)

hace plena fe de las declaraciones sólo respecto de los declarantes, disolviendo de esta manera la desconfianza que produce para los terceros la posibilidad de que el instrumento público contenga un acto fingido, ya que es éste el que ellos tienen a la vista al relacionarse con las partes, por eso el legislador les brinda protección, sustrayéndolos de los efectos de la simulación. Vistos ya los alcances de la plena fe que produce el instrumento público, el hecho de que las partes impugnen por simulación el acto que consta en este instrumento, no ataca, por tanto, la autenticidad de éste, ya que con la impugnación sólo quiere revelarse la verdadera intención de las partes, demostrar que lo que declararon en el instrumento público no es tal, idea que se condice con lo prescrito en un sistema volitivo en que se da valor a la verdadera voluntad por sobre lo manifestado, por consiguiente, no se busca desacreditar el valor probatorio intrínseco del instrumento, lo que es un error muy común, y así lo reconoce Parra Labarca, quien señala que: “Por lo general, cuando se trata de establecer una voluntad real diversa de la declarada los litigantes y los mismos tribunales olvidan que se trata de una acción de simulación la ejercida y se piensa que se trata de rendir prueba para contradecir el mérito del instrumento público que contiene las declaraciones”²²⁶.

Finalmente, cabe destacar que todos los medios de prueba que se han señalado pueden ser utilizados por las partes, siempre irán en dirección de generar de modo indirecto una presunción que revista tal gravedad, precisión y concordancia que permitan generar en el sentenciador la convicción de que efectivamente se está ante un acto simulado, en palabras de nuestra jurisprudencia, “...la simulación como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substraerá a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjetura y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno”²²⁷; y que a pesar de la rigurosidad que demuestra el legislador con los medios de prueba que se pueden valer las partes, éste no las deja en la indefensión, aun cuando ésta se ha debido a su negligencia, porque les permite probar la simulación a través de la prueba testimonial, pero no sin antes exigir algunas cuestiones previas que permitan dar certeza a la prueba, como son los principios de prueba por escrito, que a la vez que dan

²²⁶ PARRA LABARCA, Ricardo. Ob. Cit. Tomo II.

²²⁷ C. Suprema. 30 marzo 2017. V. Lex N° 673541361 (S. Reemplazo C. 5°)

fundamento a la declaración de los testigos, la limitan de forma que se acerque lo más posible a la realidad .

CAPITULO V

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

En este capítulo analizaremos algunas sentencias donde las partes han alegado la existencia de la simulación, sea por exigir el cumplimiento del acto oculto, o por dejar sin efecto el negocio simulado, y en donde encontramos algunos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia que fijan el rumbo a seguir por los coparticipes al momento de solicitar una u otra acción.

En la primera sentencia los demandados alegan la existencia de un contrato simulado, e intentan demostrar esto al tribunal para desvirtuar la demanda interpuesta en su contra. Luego nos encontramos con sentencias en que las partes intentan evadir el cumplimiento de sus obligaciones alegando que hay simulación en los respectivos contratos; y finalmente analizaremos dos sentencias que buscan obtener el cumplimiento del acuerdo simulatorio, una por medio de la solicitud de nulidad del contrato por ser este simulado absolutamente, y la otra a través de la acción de cumplimiento forzado.

5.1. Comunidad Humberto Parodi Dapello con Barahona y Parodi Ltda.²²⁸

La Corte de Apelaciones de Concepción, conoce del recurso de apelación y de casación en la forma, interpuesto por la parte demandada y vencida, en autos sobre juicio sumario de restitución de inmueble arrendada y cobro de rentas de arrendamiento, en donde el tribunal ad quo acogió la demanda en todas sus partes.

Se fundamente la acción de autos en que Barahona y Parodi Limitada suscribió con fecha 1 de agosto del año 2007 un contrato de arrendamiento por el inmueble local comercial N° 9, con los demandantes Comunidad Humberto Parodi Dapello, Guillermo Parodi Dapello y Marcelo Parodi García, el cual no habrían cumplido por cuanto mantienen una deuda por no pago de las rentas. En su defensa los demandados alegan que este contrato sería simulado, y lo que realmente se pacto es un comodato disfrazado de contrato de arrendamiento para efectos tributarios, ya que los socios son comuneros de la comunidad que los demanda desde que falleció Guillermo Parodi Dapello, por eso la gratuidad en el uso del local cuya restitución se alega.

Alega el recurrente que en la sentencia de primera instancia se habría incurrido en la omisión de los requisitos establecidos para la dictación de la misma, los que se encuentran en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se habría pronunciado sobre la excepción por ellos interpuesta respecto a que el contrato fundante de la acción es simulado, procediendo por tanto casar de forma dicha resolución, lo cual es acogido por el tribunal ad quem, quien dicta a su vez la correspondiente sentencia de remplazo, en la cual se pronuncia sobre la excepción de simulación.

Considera el tribunal ad quem los elementos alegados por el demandado y señala que “la simulación no se encuentra definida en nuestra legislación, pero suele decirse, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que hay simulación toda vez que exista disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración, convenida entre las partes con el fin de engañar a terceros”. (C. 2°), y que la prueba rendida en autos no es suficiente para probar que efectivamente se esté ante un contrato de esta naturaleza, pues “no se ha probado la disconformidad entre la voluntad interna y su declaración; ni la conciencia de la disconformidad, ni el concierto entre las partes ni la intención de engañar a terceros, razón por

²²⁸ C. Apelaciones Concepción, 3 septiembre 2014. Rol N°460-2014. www.poderjudicial.cl; C. Apelaciones Concepción. 3 septiembre 2014. L.P. N°6845 (S. de remplazo)

la cual no es posible dar lugar a la excepción de simulación de contrato interpuesta por la demandada.” (C. 3°).

5.1.1. Análisis crítico

En la presente sentencia, podemos observar que la simulación fue utilizada como excepción perentoria por la parte demandada, intentando así desvirtuar la pretensión principal del actor, la cual consistía en la restitución del inmueble arrendado y pago de las rentas.

La Corte, al revisar los antecedentes no tenía más alternativa que rechazar la apelación y casación por cuanto no existían antecedentes que le permitieran, tanto al tribunal a quo como ad quem, obtener la convicción de que efectivamente se encontraban frente a un contrato simulado, y, que lo pactado era realmente era un comodato. La requerida no utilizó debidamente los medios de prueba disponibles, y fundó la simulación en que el ser comuneros de la propiedad servía de base para suponer que efectivamente se trataba de un comodato de parte de la comunidad demandante.

Nos parece que la Corte fallo acorde a derecho, por cuanto el demandado no tuvo la debida diligencia al acordar el acto que él dice ser simulado, y al ser hombre de negocios, debía saber las consecuencias que su actuar podía tener, debiendo por tanto haber dejado constancia de lo acordado en una contraescritura, la cual no fue realizada, siendo en este caso el único medio que le hubiera permitido probar debidamente su defensa, pues no podían ser utilizados por la prohibición del artículo 1708 y 1709 del Código Civil.

Sumado a lo anterior, creemos que se ha hecho una errónea aplicación de la simulación por parte del demandado, esto debido a que un requisito esencial para que exista un negocio de esta naturaleza es que ambas partes estén de acuerdo en crear una apariencia de acto, más queda de manifiesto en autos que el actor no se encontraba de acuerdo con celebrar un contrato distinto al de arriendo, siendo demasiado escueto el argumento utilizado por el demandado en el que señala que virtud de su calidad de comunero se le habría permitido utilizar el inmueble objeto del arriendo, calidad que adquiere como consecuencia de ser heredero de uno de los miembros originarios, por tanto, nada hace suponer que la intención de la comunidad era permitir que sus comuneros no cancelaran renta alguna por el uso de los locales comerciales, y de así haber sido, dado que se trata de una comunidad antigua dicho acuerdo debiese haber constado por escrito. Ahora bien, argumentar la existencia de un

contrato de arriendo con el único fin de rebajar impuestos, no implica un beneficio recíproco para las partes del contrato simulado, supongamos pues que efectivamente estamos ante un acto aparente, y que tras él hay un acto oculto, el que en virtud de los argumentos dado por el demandado es un comodato, en donde la comunidad le presta el local comercial para que use sus dependencias sin cancelar monto alguno por esto, pues bien, resulta difícil pensar que las partes acuerden un acto simulado donde sólo uno de ellos obtiene algún beneficio, más cuando estamos hablando de personas que se dedican activamente al rubro del comercio, por ende si el demandado quiere demostrar que efectivamente se está ante un negocio simulado y que por tanto la demanda de cobro de rentas no corresponde, debe en primer lugar la existencia de un acuerdo simulatorio, y a falta de contraescritura, lograr por medio de presunciones establecer dicha convicción, inclusive, se puede suponer que al ser parte de la comunidad podría tener documentos que permitieran demostrar que efectivamente existe en la comunidad un acuerdo de permitir a los comuneros utilizar los locales comerciales de manera gratuita, sin embargo, como ya vimos dichos documentos no existían, por tanto, la excepción opuesta por el demandado no podía prosperar pues su argumento carece de fundamento lógico y práctico, siendo el criterio adoptado por los tribunales totalmente acorde a como se plantearon los hechos por las partes, pues no existe ningún elemento que a nuestros ojos haga posible presumir la existencia de un negocio simulado, sólo hay un incumplimiento de un contrato de arriendo que efectivamente se celebró en las condiciones establecidas en el instrumento privado, y que según establece el artículo 1702 del Código Civil, cuando este es reconocido por la parte contra quien se opone, tal y como ocurre en este caso, tiene valor de escritura pública para quienes aparecen suscribiendo dicho acto, de modo que concordando dicha norma con lo señalado en artículo 1700 del Código Civil, nos lleva a concluir que las declaraciones ahí hechas hacen plena prueba en contra de quienes lo suscriben.

5.2. “Ulloa con Mendoza Jaque y otra”²²⁹

En los hechos doña Mirta Eliana Ulloa Baeza celebró un contrato de compraventa con su suegra, doña Melania Rosa Jaque Rohde, en donde la primera le hace venta de una propiedad ubicada en la ciudad de Villarrica, la cual luego de un tiempo fue transferida al esposo de la primera e hijo de la segunda, don Carlos Luis Mendoza Jaque, siendo este último luego de un

²²⁹ C.Suprema.20 de julio 2006. M.J. N°8723; L.P. N°6023/2006.

tiempo resciliado, sin perjuicio que jamás se efectuó la tradición del bien entre los demandados.

Luego de transcurrido un tiempo doña Melania Jaque presenta una demanda donde solicito que se declarará la nulidad por simulación de ambos contratos de compraventa, además de la resciliación posteriormente celebrada entre los demandados, señala que el contrato de compraventa por ella celebrado carece de voluntad real y seria, que no tiene causa y que el precio ahí señalado no es real, sino más bien irrisorio, que estos se habrían celebrado con la intención de ingresar el inmueble objeto de la vivienda al haber social, por cuanto ella lo adquirió como patrimonio reservado, y que dada la prohibición establecida del artículo 1796 del Código Civil, decidieron por medio de su suegra incorporar dicho bien a la sociedad conyugal, sin embargo, esto nunca se concretó. Los demandados, al contestar la demanda se opusieron a lo dicho por la demandante, en primer lugar por la falta de veracidad de sus dichos, y en segundo lugar, por la falta de legitimación con la que ella contaría para interponer la demanda, ya que ella conocía el vicio que invalidaba el contrato, siendo aplicable la limitación establecida en el Art. 1.683 del Código Civil.

Una vez revisado los antecedentes por el tribunal de primera instancia, este procedió a rechazar la demanda con costas, por cuanto considero que la actora más allá de las probanzas presentadas no se encontraba legitimada para interponer la acción de nulidad por haber conocido del vicio que afectaba el acto que ahora intentaba anular. No conforme con dichos resultados, la demandante interpuso un recurso de apelación en contra de dicha sentencia, el cual fue acogido en parte por la Corte de Apelaciones de Temuco, fallo que luego fue recurrido tanto por Casación en la Forma como en el Fondo por los demandados, en donde la Corte Suprema finalmente termino por confirmar la sentencia de primera instancia.

5.2.1. Corte de Apelaciones de Temuco²³⁰

El tribunal de alzada al momento de revisar los autos producto de la apelación interpuesta por la actora, determino que eran hechos acreditados en la causa que la demandante vendió la propiedad a doña Melania Jaque Rohde, para que esta su vez se la vendiera al marido de la primera, siendo la intención de esto eludir la prohibición de celebrar compraventas entre cónyuges. Que dicha maniobra se comenzó a efectuar, sin embargo, por discrepancias entre cónyuges, los demandados celebraron una resciliación, impidiendo así que el inmueble

²³⁰ C. Apelaciones Temuco. 18 diciembre 2003. Rol 1465-2001 www.poderjudicial.cl

ingresara a la sociedad conyugal. Considero que “la secuencia de contratos está conforme con la interpretación que a los hechos se expresa en la demanda”.

Respecto a los medios de prueba utilizado por la actora, considero el tribunal a quo que presenta relevancia la declaración del abogado que redactó los contratos de compraventa cuya nulidad se solicita, por cuanto indica que a él se le encargó la tarea de realizar al mismo tiempo ambas escrituras, y que si bien, los sentenciados tienen en consideración la prohibición del artículo 1709 del Código Civil, consideran que declara un hecho ajeno a la inadmisibilidad ahí establecida. Considera a su vez que en la absolución de posiciones el demandado reconoce que el abogado redactó la minuta de la compraventa realizado con su madre. Finalmente considera que dado que “en el ámbito de las presunciones, reina de las pruebas en materia de simulación, conviene tener presente que el contrato de compraventa celebrado entre la actora Mirta Ulloa y la demandada Melania Jaque tiene fecha de 7 de mayo de 1996. Pues bien, pasado más de un año desde esa fecha, la demandante y vendedora seguía al menos con la tenencia del inmueble. Consta, en efecto, que sólo con fecha 10 de septiembre de 1997 la compradora instó por la entrega de la propiedad adquirida y, eso, con aparente falta de interés puesto que el ejercicio de su acción terminó con la declaración de abandono del procedimiento.” (C. 6°), y, “que los hechos que se han descrito, suficientemente acreditados en el proceso, reúnen los caracteres que el artículo 1712 del Código de Civil exige para que exista la prueba de presunciones. Tales hechos, a juicio de los sentenciadores, son convincentes y concluyentes y permiten que deriven presunciones graves, porque de ellos resulta certeza de la simulación que se quiere probar. También resultan presunciones precisas puesto que son inequívocas y no se prestan a otra interpretación. Y, en fin, de estos hechos resultan presunciones concordantes porque toda ellas coinciden al mismo objetivo de simulación y no se destruyen unas a otras. – En suma, las presunciones permiten acreditar que el contrato celebrado entre la demandante y doña Melania Rosa Jaque Rohde, es simulado. Lo es, porque existe sólo en apariencia y carece de un concierto de voluntades serio y real. Las partes no quieren el acto y sólo desean que este tenga una apariencia exterior que les permita llegar a un objetivo distinto al que aparece en la escritura.” (C.10).

En cuanto a la aplicación del derecho, considera que, dada la acreditación de los hechos, hay dos exigencias con las que no cumple el contrato de compraventa entre la demandada y demandante, una es la falta de precio real, exigencia que se encuentra en el artículo 1808 del Código Civil, y por “aplicación del artículo 1444 de ese Código lleva a la conclusión de estimar que, faltando ese elemento, que es de la esencia del contrato, este o es inexistente o ha degenerado en otro diferente. Por otra parte, el artículo 1682 del mismo Código sanciona con

nulidad absoluta la omisión de un requisito prescrito por las leyes para la validez de un acto o contrato, si este requisito lo es en atención a la naturaleza del mismo”, y, “la simulación, asilada en la acción de nulidad, como se ha planteado en la demanda, lleva a la forzosa conclusión de no existir causa real, lo que es otro motivo de nulidad absoluta. Y debe concluirse también que ha faltado el consentimiento...” (C. 11).

Respecto de la aplicación del artículo 1683 del Código Civil, la Corte de Apelaciones considera que, “... para que opere la conocida excepción de nemo auditur propriam turpitudinem allegans, es necesario que, además del conocimiento, el inhábil haya ejecutado o celebrado el contrato. Pues bien, aceptado que doña Mirta Eliana Ulloa Baeza estaba en conocimiento del vicio en que ahora se apoya, hay que aceptar, sin embargo, que no celebró el contrato de compraventa de que se trata. No lo celebró, porque si falta su voluntad, o el consentimiento de las partes, el contrato no fue celebrado por la vendedora y, en rigor, por ninguna de las partes. Queda desechada de esta forma el propósito de los demandados de negar legitimidad en el ejercicio de la acción de nulidad. (C. 7°).

Finalmente, el tribunal a quo revoca el fallo e primera instancia en cuanto declara nulo el contrato de compraventa celebrado entre la demandante y doña Melania Jaque Rohde, más desestima a solicitud de nulidad del contrato de compraventa y resciliación celebrado entre las partes por cuanto la demandante no tiene interés en que se declare la nulidad ya que jamás se efectuó la tradición del inmueble, de manera que su pretensión quedaría satisfecha con la declaración de nulidad del primer contrato de compraventa y de la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

5.2.2. Corte Suprema²³¹

Los demandados deducen recursos de casación en la forma y el fondo contra la sentencia del tribunal de alzada, fundamentando el primero en que el fallo está afecto a ser anulado por cuanto la sentencia ha incurrido en ultrapetita, y contiene decisiones contradictorias (artículo 768 numerales cuarto y séptimo del Código de Procedimiento Civil); y el segundo, en que se ha hecho una errónea interpretación del artículo 1683 del Código Civil, y en consecuencia del derecho, pues la demandante tenía conocimiento del vicio que invalidaba el contrato, no se encontrándose legitimada para entablar la acción de nulidad del contrato.

²³¹ C. Suprema. 20 de julio 2006. M.J. N°8723; L.P. N°6023/2006.

En relación al vicio de ultrapetita los demandados indican que la actora solicitó la nulidad absoluta del contrato de compraventa, ya que la verdadera intención era celebrar una donación, no una compraventa, y que además al acto le faltaba el precio y causa real, sin embargo, el tribunal de alzada fue más allá, he indicó que en el acto hubo simulación absoluta por carecer de voluntad, lo que a su vez le llevo a concluir que no aplicaba la prohibición del artículo 1683 del Código Civil, debido a la falta de consentimiento en el acto. Frente a esta pretensión la Corte Suprema indicó que en la demanda si se había solicitado la nulidad absoluta del acto, y que el tribunal a quo resolvió dicha petición, por tanto, no se configura el vicio de ultrapetita.

Ahora, respecto de las decisiones contradictorias que contendría el fallo del tribunal de alzada, la Corte señala que “existen decisiones contradictorias cuando las que contiene el fallo son incompatibles entre sí, de manera que no puedan cumplirse simultáneamente, pues interfieren unas con otras” (C. 8°), situación que al parecer de la Corte Suprema no ocurrió en la sentencia recurrida, de manera que desecho dicho argumento.

Finalmente, en relación al recurso de casación en el fondo los demandados argumentaron que en base al relato de la demandante, y de los hechos ya probados en autos, lo que realmente se celebró fue una simulación relativa, donde la demandante sabía del vicio que invalidaba el acto, y por ende, esta no se encontraría legitimada para entablar la acción de simulación, pues se ve afectada por la prohibición establecida en el artículo 1683 del Código Civil, de modo que el tribunal de alzada debió al igual que como lo había hecho el tribunal de primera instancia aplicar dicha norma.

Para resolver este recurso, la Corte Suprema además de considerar los hechos ya establecidos en la causa, considero que la demanda de nulidad absoluta deducida por la actora corresponde a una simulación, y que, “en este supuesto hay dos actos jurídicos: uno ostensible, público, que trasciende externamente y que las partes no han querido verdaderamente realizar, siendo por ello ficticio, simulado ó aparente; otro interno, oculto o disimulado, que es el que sincera y verdaderamente las partes han querido celebrar y acordado guardar en secreto.”, mientras que, “... la simulación absoluta supone ausencia de consentimiento, no sólo para crear o dar vida al acto aparente, sino cualquier otro; la simulación relativa implica la presencia de consentimiento dirigido a celebrar cierto acto, que se mantiene en reserva u oculto, cubriéndosele con la apariencia externa de un acto distinto, prevaleciendo entre las partes lo efectivamente querido por sobre lo simulado mediante formas ostensibles o públicas.”, por tanto, “En este caso no resulta ajustado al mérito de los antecedentes y al Derecho aplicable, sostener, como se hace en la sentencia recurrida, la

existencia de una simulación absoluta, por ausencia de todo consentimiento serio y real en la celebración del contrato de compraventa en cuestión, desde que la propia parte demandante reconoce haber querido, conjuntamente con su co-contratante, un determinado acto jurídico no oneroso (una donación), dándole en forma concertada y previo consejo profesional, una fisonomía totalmente distinta, una apariencia de compraventa, de contrato a título oneroso” (C. 13).

Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte señala que no procedía declarar la nulidad absoluta por ser el acto absolutamente simulado, pues lo que hay es una simulación relativa, y “entre las partes creadores de una simulación relativa, prevalece el acto oculto o disimulado, para el cual existió verdadero consentimiento, y carece de valor el público o simulado, de modo que le está vedado a una de las partes esgrimir y oponer a la otra la simulación, para evitar el cumplimiento del contrato querido y oculto.” (C.13), y dado que, la demandante intervino directamente en el acto o contrato del cual nacieron derechos y obligaciones y que, a través de su libelo, ella misma pretende ahora que se anule, por lo que le es plenamente aplicable la sanción establecida en el artículo 1683 del estatuto civil, destinada a castigar el dolo puesto en juego por aquel que ejecuta un acto o contrato con conocimiento material, real y efectivo del vicio que va a producir y del que posteriormente podrá valerse para alegar una nulidad” (C.14), por tanto, invalido la sentencia del tribunal de alzada, y en su lugar dicto una de remplazo donde confirmo la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia.

5.2.3. Análisis crítico

Ambos fallos, tanto de la Corte de Apelaciones como Corte Suprema, desde el punto de vista doctrinal, son sumamente interesantes, el primero porque, si bien no realiza una correcta aplicación del derecho, la forma en que desglosa los hechos, y como pondera los diferentes medios de prueba nos demuestran la importancia que tiene en una acción donde se alega la simulación el que se realice una buena relación de los hechos en su libelo, más no basta sólo con eso, pues luego debe respaldar sus dichos con los medios de prueba, haciendo uso de todos los elementos que tenga a su alcance. Por su parte el fallo emanado por la Corte Suprema, nos lleva a entender cómo se debe aplicar correctamente el derecho en aquellos casos donde una de las partes quiere excusarse del cumplimiento de un acto por medio de la simulación, sin perjuicio de que, como mencionaremos más adelante, a nuestro parecer lo que la actora realmente quería era exigir el cumplimiento del acuerdo simulatorio.

Del fallo de la Corte de Apelaciones nos parece importante destacar el análisis que en él se efectúa de la prueba testimonial, en particular del testimonio entregado por el abogado redactor de las escrituras de compraventas, puesto que si bien aplica al caso la prohibición del artículo 1708 del Código Civil, el tribunal considera que esta va más allá de lo por esta norma planteado, por cuanto logra establecer hechos que permitirán generar una presunción tal que le permite al sentenciador lograr convicción de que efectivamente se encuentra ante un acto simulado, y que es la que finalmente lleva al tribunal de alzada a revocar la sentencia de primera instancia en donde se había rechazado la demanda de nulidad del contrato.

El problema del fallo del tribunal de alzada, es que si bien efectúa un buen análisis sobre el cómo se desarrollaron los hechos, al momento de fallar separa el acto aparente del acto oculto, desconociendo que el negocio simulado se compone de ambos actos de manera conjunta, como un todo, de manera que consecuentemente llega a concluir que al acto aparente efectivamente le falta voluntad, un precio real y una causa que de vida al contrato, pues si este es mirado de manera aislada, efectivamente carece de todos esos elementos y es, por ende, inexistente; sin embargo, en la simulación el acto aparente viene acompañado de un acto oculto, una intención que las partes han querido mantener bajo reserva de los ojos de terceros, la cual en el caso de la simulación absoluta es no contraer obligación alguna, mientras que en la simulación relativa, será una obligación distinta a la que aparentemente se expresó; en el caso en estudio queda claro de la relación de los hechos efectuada por la demandada que lo acordado secretamente es una simulación relativa, más el tribunal de alzada erróneamente la califica como una simulación absoluta, carente de voluntad, cuando en realidad si existe una, sólo que distinta a la expresada, pues tal como la demandante señala, el acuerdo simulatorio iba destinado a ingresar el bien de su patrimonio reservado al haber social, burlando la prohibición establecida en el artículo 1796, para lo cual crean un negocio simulado, donde por medio de la interposición de un testafierro, que en este caso será la demandada, suegra de la actora y madre del otro demandando, las partes del negocio simulado intentan concretar un negocio que por la vía correcta no podría haberse efectuado. Si se sigue la lógica de la Corte de Apelaciones de Temuco, efectivamente no queda más que revocar el fallo de primera instancia, pues efectivamente el acto material, es decir la compraventa celebrada entre doña Mirta Ulloa y doña Melania Rohde, carece de voluntad, precio y causa real, y por ende al no haber contrato que anular, (de cierta forma acoge la teoría de la inexistencia, sin pronunciarse sobre el fondo de esta), no sería posible aplicar la prohibición del artículo 1683, motivo por el cual el tribunal ad quo rechazó la demanda de nulidad, sin embargo, el negocio simulado no

se puede mirar como dos actos separados pues de cierto modo, como ya se expresó en los capítulos anteriores, el acto oculto no es más que una extensión del acto aparente, siendo las disposiciones en el contenidas las que deben ser acatadas por las partes, y observadas por el juez al momento de conocer de una contienda iniciada por una de las partes del negocio simulado, la que en este caso efectivamente sabía del vicio que invalida el acto oculto, encontrándose efectivamente inhabilitada para alegar la nulidad del negocio por aplicación del principio nemo Auditur.

Por su parte, la Corte Suprema al revisar los antecedentes, concuerda con el tribunal de alzada en que efectivamente hay un contrato simulado, más sin hacer mención expresa, mira el negocio como un todo, no separando el acto aparente del oculto, lo que inequívocamente lo lleva a la conclusión que si hay consentimiento en el contrato de compraventa celebrado entre doña Melania Rohde y Mirta Ulloa, y que al conocer la actora del vicio que afectaba el contrato, se le hace plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 1683 del Código Civil, no pudiendo ser declarada la nulidad del acto a solicitud de una de las partes del negocio simulado.

Ahora bien, en el considerando décimo tercero del fallo se hace mención por la Corte de un elemento que hace sustento a lo que a continuación plantearemos, por cuanto dicho fallo señala que “entre las partes creadores de una simulación relativa, prevalece el acto culto o disimulado, para el cual existió verdadero consentimiento, y carece de valor el público o simulado...”, pues bien, al ver el relato de los hechos por parte de la demandante, se entiende que lo que realmente existió es un incumplimiento del acuerdo simulatorio por el copartícipe de la simulación, en este caso el cónyuge, quien dada la relación que tenía con la testaferra de la interposición de personas y por los conflictos que mantenía con la actora decide no concretar el traspaso del bien en la forma acordada, no ingresando este a la sociedad conyugal, de modo que consideramos que dado que la actora logró acreditar la existencia y contenido de la simulación, la demanda en vez de ir enfocada a solicitar la nulidad del contrato por simulación, debiese haber sido entablada como una acción de cumplimiento de contrato, pues como ya se señaló la demandante logró demostrar que se estaba ante un negocio simulado, logró demostrar que había un acto oculto que tenía una voluntad distinta de la expresada del manera aparente, y que el acto oculto consistía en que se traspasara el bien de su patrimonio reservado a su cónyuge, para que de este modo el bien ingresara a su haber social. El problema que podría haber tenido el seguir este camino, es que el contrato oculto

fuera anulado por no haberse efectuado el trámite de la insinuación, pero aun así judicialmente no le podría haber sido aplicable la prohibición del artículo 1683 a la demandante, pues ella no estaría directamente solicitando la nulidad del contrato de compraventa, sin perjuicio de que al ser evidente que el contrato realmente querido por las partes era una donación entre cónyuges, y al carecer esta del trámite de la insinuación, el juez al quedar de manifiesto la falta de este requisito debiese de oficio haber declarado la nulidad del acto, obteniendo de este modo el mismo fin perseguido con la acción entablada por doña Mirta Ulloa, pero sin que se le pudiera aplicar la prohibición ya indicada.

Este caso no sólo es relevante por la doctrina que sienta la jurisprudencia, sino que también porque muestra los riesgos que conlleva el contratar de manera simulada, donde el abuso de la confianza por parte del copartícipe de la simulación genera desventajas considerables al momento de solicitar la nulidad del acto, o como en este caso debiese a nuestro parecer haberse hecho, solicitar el cumplimiento del acuerdo simulatorio. Acá el testaferro deja de ocupar el mero rol de prestanombre, tomando un rol activo en la forma que desencadenan los hechos, lo que finalmente lleva a que la demandante pierda todos los derechos que tenía sobre el inmueble, no pudiendo hacer nada en contra de esto, pues la Corte Suprema fallo conforme a derecho, cobrando gran relevancia en su decisión el principio *nemo auditur*, pues la actora al interponer la acción de nulidad por simulación, deja claro en autos que tenía conocimiento real y efectivo del vicio que afectaba al acto simulado, lo que le hace plenamente aplicable la prohibición del artículo 1683 del Código Civil.

5.3. Inmobiliaria Alonso de Ercilla con Berenguer²³²

El 15 de enero del año dos mil quince, la primera sala de la Corte Suprema resuelve el recurso de casación en el fondo por infracción deducido en contra de la sentencia dictada por el Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por la cual se acogió la demanda presentada por Inmobiliaria Alonso de Ercilla, representada por don Ramón Luis Trepát Pinilla contra doña Monserrat Berenguer Rosales, por acción de cumplimiento de obligación de dar.

La demanda se basa en que por escritura pública de 2 de diciembre del año 1996 doña Monserrat Berenguer celebró un contrato de compraventa con la parte demandante, donde

²³² C. Suprema. 15 enero 2008. M.J. N°16558.

vendió a la propiedad ubicada en av. Tobalaba 6125, de la comuna de Providencia, constando en la cláusula quinta de la escritura pública que la entrega material de la propiedad se efectuaba en aquel acto, declarando la compradora recibirla a su entera y total satisfacción, sin que a la fecha esto haya ocurrido. Además, en dicho instrumento las partes estipularon que la vendedora tendría derecho a readquirir el inmueble materia del contrato, dentro de un plazo único e improrrogable de dos años contados desde la fecha de celebración del contrato de compraventa, y que la vendedora pretende exigir, sin que se haya cumplido con la entrega de la cosa. Por lo anteriormente expuesto, el demandante solicita que se le entregue de manera inmediata el inmueble de autos dando cumplimiento así a la obligación contraída en la escritura pública ya señalada.

Contesta la demandada que, a mediados del año 1996 mantenía una deuda con Bibliográfica Internacional S.A., empresa de la cual era representante don Ramón Luis Trepát, la cual se tenía documentada con cheques que ascendían a la suma de \$2.500.000 y, al no ser cubiertos resultaron protestados. Ante esa situación el mismo señor Trepát le propuso prestarle dinero para que liquidara sus deudas, quedando garantizada la obligación que generaría con este préstamo con una hipoteca constituida sobre el inmueble. La demandada accedió a la propuesta, materializando el acuerdo por medio de una compraventa celebrada entre ella y la Inmobiliaria Alonso Ercilla S.A. sobre el inmueble ya indicado, fijando como precio la suma de 40 millones, a pesar de que el valor comercial de la propiedad era de 85 millones de pesos. Con el dinero del préstamo el señor Trepát cancelaría la deuda que tenía con el Banco Santiago, se pagaría de la deuda que mantenía con Bibliográfica Internacional S.A., la cual en ese momento ya ascendía a 3 millones de pesos, y restituyéndole los cheques protestados por falta de fondos, además, le haría entrega de 15 millones de pesos para su libre disposición, dándole la opción para que en un plazo de dos años pudiera recomprar la casa por el mismo valor. Así fue como el 2 de diciembre del año 1996 se celebró el contrato de compraventa, en la que se estableció que la entrega del inmueble se hacía en el acto, sin embargo, la demandada indica que el actor no tenía intención alguna de volver a vender la propiedad, y dado que las partes nunca tuvieron intención de celebrar un contrato de compraventa, pues lo que realmente querían y pactaron por medio de una simulación era un mutuo con una hipoteca. Finalmente, sostiene la recurrente que lo que ha existido es una simulación, por cuanto existen dos acuerdos, el aparente (compraventa), y uno oculto (mutuo con hipoteca), por lo cual solicita al tribunal que se rechace la demanda, declarando a su vez la simulación del contrato; subsidiando dicha acción con la invocación de la existencia de lesión

enorme por cuanto el valor comercial de la propiedad era más del doble de lo pactado en el contrato de compraventa.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda en todas sus partes, dictaminando que la demandada debía restituir el inmueble en un plazo no superior a 30 días desde que la sentencia quede ejecutoriada, además de cancelar las costas del juicio. Apelado este fallo por la parte vencida, el tribunal ad quo lo ratificó, revocando sólo la condena en costas.

Con el escenario ya descrito, la demandada entabló un recurso de casación en el fondo, fundamentado el mismo en que en el fallo se habrían infringido las leyes reguladoras de la prueba, además de que se han, a su juicio, “vulnerado los artículos 1707 y 1682 del Código Civil, por cuanto ha quedado comprobado que la compraventa en la cual se fundó la demanda constituye un acto simulado que oculta otro disimulado, a fin de beneficiar al presunto comprador y perjudicar a terceros acreedores del vendedor, por lo que ha operado una simulación de carácter relativa e ilícita cuyos efectos son que el acto simulado, es decir, la compraventa debe ser declarada nula no produciendo efecto alguno, porque carece de causa o porque tiene causa engañosa (ilícita)” (C.1°).

La Corte Suprema, para fallar tiene en consideración primero que las partes celebraron un contrato de compraventa respecto del inmueble ubicado en avenida Tobalaba el 2 de diciembre del año 1996, esto por una suma de 40 millones, precio que fue pagado por el actor sin que a la fecha se haya materializado la entrega del inmueble; en segundo lugar que tal como indica la sentencia recurrida, “de las declaraciones de los testigos de la demandada y absolución de posiciones provocada por la misma parte respecto del actor, no se logra acreditar la existencia del contrato de mutuo alegado como contrato simulado, por cuanto de las declaraciones, como así también de los propios argumentos dados por la demandada al fundar la existencia del contrato en cuestión, no consta ni se logra deducir en qué habría consistido el mutuo, cuál sería la naturaleza y especie de las cosas fungibles objeto del mismo y si la cosa prestada fuese dinero, cuáles serían los intereses convencionales y/o penales pactados, y el candelario (sic) convenido para el servicio del mutuo” (C.2°); y finalmente, respecto de la facultad de recomprar el inmueble a través de una nueva compraventa realizada por la demandada al actor, señala la Corte que “más que demostrar la simulación del negocio concertado a través de la aparente compraventa, corresponde a un acto o convención totalmente regulado en nuestra legislación mediante el pacto de retroventa, estableciendo la ley un plazo fatal de 4 años para intentar la acción el que venció el 1 de diciembre del año 2000, sin que la demandada hubiese acreditado haber ejercido dicha acción y que el plazo

venció antes en virtud de la autonomía de la voluntad, pues en el contrato fijaron término de 2 años que venció 1 de diciembre 1998” (C. 2°).

Por todo lo anterior, nuestro máximo tribunal considero que la demandada no logró acreditar la lesión por cuanto el precio de venta y retroventa es el mismo, y la demandada ha ocupado por tanto gratuitamente el inmueble durante todo el tiempo que ha permanecido en él.

En cuanto a los errores de derechos que denuncia la recurrente respecto a la errónea ponderación de los medios de prueba, “no existe la infracción que denuncia el actor, por cuanto de las respuesta dadas por el representante de la demandante no se colige que la compraventa haya sido simulada, sin que de ello pueda deducirse, a ciencia cierta una confesión de parte que acredite – como lo intenta el recurrente- que el contrato de marras simule un contrato de mutuo con hipoteca, de modo que ni puede haber infracción a los mencionados artículos, como lo pretende el recurrente” (C. 6°). Indicando además en su considerando noveno que “... en cuanto a la trasgresión a los artículos 1707 y 1682 ambos del Código Sustantivo. La primera disposición se refiere al valor tanto de las escrituras privadas y de las contraescrituras públicas, sin embargo, en la sentencia censurada no se ha establecido la existencia de contraescrituras por lo que no pudo haberse cometido el error de derecho que se denuncia. En relación a la infracción al artículo 1682 del Código Civil, referida a la nulidad absoluta, cabe sostener que los jueces del grado no han dado por establecido el hecho que pueda dar origen a la nulidad, en razón de lo cual tampoco se ha vulnerado dicha norma.”

Finalmente, el fallo emanado de la primera sala de la Corte Suprema concluye que el fallo impugnado no incurre en los defectos alegados por la recurrente, de manera que rechaza el recurso de casación.

5.3.1. Análisis crítico

En esta acción vemos como la simulación es utilizada como excepción para enervar una acción de cumplimiento forzado, en particular, la demandada, indica que ella no celebro el contrato de compraventa del cual emana la obligación que se le exige, sino que se trataría de un contrato de distinta naturaleza, un mutuo con hipoteca, de modo que lo primero que hemos de analizar es que se entiende por tal y cuáles son sus requisitos. Pues bien, tenemos que “el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta

cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”²³³, por ende, de suponer que efectivamente lo que quisieron celebrar las partes era un contrato de esta naturaleza, la demandante debió haber acreditado no sólo el monto del préstamo, si no que las condiciones en que este se hacía, como se debía restituir, los intereses y reajustes que correspondían, sin embargo, consta en autos que ella no acreditó ninguno de dichos elementos.

Generalmente de la sola lectura de la demanda uno debe poder identificar los elementos propios de la simulación, sin embargo, en este caso se hace difícil establecer cual es el acto oculto, pues el contrato tal y como fue pactado le permite a la demandada recuperar el bien inmueble sin que sea necesario celebrar un acto oculto, no siendo por tanto identificable el perjuicio que le genera el negocio y que justifica la interposición de la simulación como excepción. Entendamos que en la compraventa el vendedor expresa su intención de transferir el dominio sobre un bien, y en la hipoteca lo que se hace es generar una garantía para quien en este caso prestó el dinero, por tanto, uno y otro contrato en su intención son completamente distintos, pues en el segundo falta el ánimo de transferir, de modo que si suponemos que efectivamente estamos ante una simulación, ambas partes tendrían que tener claro y compartir la falta de intención de transferir el dominio; en este sentido pareciera que cuando la recurrente hace mención al tiempo que ha transcurrido desde que se celebró el contrato hasta que se entabló la acción, quiere poner en antecedente el hecho que la Inmobiliaria nunca ha tenido la real intención de incorporar en su patrimonio el inmueble, y que efectivamente este sólo fue utilizado como garantía para el préstamo otorgado.

Otro elemento a criticar en la defensa efectuada por la demandada es que ella alega al momento de entablar la Casación en el fondo, que el negocio simulado es relativa e ilícita por cuanto intenta perjudicar a terceros, sin embargo, del relato de los hechos no es posible presumir dicha situación, por cuanto los acreedores de la demandada como consecuencia de la venta del inmueble pudieron ver satisfechos sus créditos, por ende, no es correcto indicar que hay terceros perjudicados con el negocio, salvo el fisco por cuanto el mutuo hipotecario al ser un contrato regulado en el mercado financiero, trae aparejada una carga tributaria que de haber sido esta la real intención de las partes, estaría siendo evadida.

²³³ Artículo 2196 del Código Civil

Por último, nuevamente debemos criticar el que si efectivamente se tratará de un negocio simulado, este debió contar en una contraescritura, pues al constar la compraventa en un instrumento público, este hace plena fe contra las partes en cuanto a lo que en él se declara, y dado que el artículo 1707 sólo pone como requisito la inscripción al margen de la contraescritura para hacer esta oponible a terceros, a contrario sensu, las partes del acto no requieren cumplir con dicho trámite para exigirlos, de modo que perfectamente las partes podrían haber hecho constar la real voluntad en un instrumento público que hiciera plena fe entre ellos en caso de que se diera la situación que a ojos de la actora ocurre.

En conclusión, podemos señalar que el fallo está completamente acorde a derecho, por cuanto todo lo pactado en el contrato de compraventa tiene sustento fáctico, y no hay elemento alguno de los aportados por la demandada que permitan establecer que efectivamente se esta ante un acto simulado, pues de así haber sido debió haber demostrado no sólo su existencia, sino que también el contenido y naturaleza del mismo.

5.4. Fariña Escobar con Fariña Belmar.²³⁴

Con fecha 17 de noviembre del año dos mil quince, la Corte Suprema se pronuncia sobre el recurso de casación en el fondo contra la sentencia de segunda instancia que confirma lo señalado por el tribunal de primer grado, quien rechaza la demanda de nulidad por absoluta del contrato de compraventa celebrado entre doña Amalia Fariña y su hermano don Hugo Fariña.

Se tienen como hechos de la causa el que la demandante celebros un contrato de compraventa con su hermano, según expone ella, con el solo fin de que este pudiera postular al beneficio de subsidio para la reconstrucción de su vivienda, la que se vio afectada luego del terremoto del 2010, puesto que la entidad pública encargada de la postulación le señalaron que debía ser el único propietario del terreno con el cual postularía a la obtención del beneficio, sugiriéndoles en la Notaria que lo que podían hacer era suscribir un contrato de compraventa y que luego de transcurrido un tiempo prudente, don Hugo Fariña restituirá los derechos que a ella le corresponderían en el terreno. Sin embargo, el hermano de la demandante falleció antes de que pudiera cumplir con el acuerdo, de manera que ella viene en accionar para que

²³⁴ C. Suprema. 17 de noviembre 2015. L.P. N° 6993; J. L. y G. Yumbel. 30 de abril 2015. Rol 61-2014 www.poderjudicial.cl

se declare la nulidad de dicho contrato a su heredera, la menor Frankell Fariña, representada por su madre, doña Marcela Belmar.

La requirente fundó su pretensión en que el contrato de compraventa sería nulo por falta de voluntad, falta de precio y finalmente por simulación, además de interponer de manera subsidiaria las acciones por incumplimiento de contrato por no pago del precio, de rescisión por lesión enorme, de acción por enriquecimiento sin causa. Respecto a la falta de voluntad señala que es un “Requisito de existencia de todo acto jurídico, y que al no concurrir falta un elemento esencial, sin el cual el acto no puede nacer a la vida del derecho. - Indica que la voluntad debe ser seria y exteriorizarse y que en caso que haya un desacuerdo entre la voluntad real y la declarada el Código Civil acepta la teoría de la voluntad real por sobre la declarada, lo que se desprende de sus artículos 1445 y 1560. Refiere que en el caso de autos, claramente nunca existió una voluntad real por parte de la actora para transferir el dominio de sus derechos ni en su hermano existió voluntad para adquirirlos, ya que ambos querían conservar sus respectivos derechos sobre el inmueble de autos...”; la falta de precio argumenta que se manifiesta porque si bien en el contrato referido se mencionó un monto, este en la práctica nunca existió; en cuanto a la simulación indica que, en la especie se cumplen todos los requisitos para que esta sea sancionada, en particular la simulación absoluta, pues ella con su hermano jamás tuvieron la intención real de obligarse, y solo buscaban que su hermano pudiera conseguir el subsidio habitacional, por lo que interpone la acción de simulación dentro de la acción de nulidad absoluta, pues esta traería aparejada la nulidad del contrato por falta de los requisitos esenciales para la existencia del mismo; respecto de la lesión enorme indica que el precio estipulado en el contrato además de no existir como tal, es completamente inferior al valor real del inmueble por lo que aplicaría la lesión enorme; y finalmente, en cuanto al enriquecimiento sin causa, este se produce al ver la demandada aumentado su patrimonio sin que hubiera ninguna causa para este, pues el contrato que dio origen a que la propiedad estuviera en su poder es nulo por las razones previamente enunciadas.

Frente a esto, la demandada debidamente representada indico que dichas pretensiones no serían tal, pues habría “comparecido la actora libremente al otorgamiento de la escritura de compraventa, con clara intención de ceder a su hermano los derechos que le correspondían, para que posteriormente se hiciera la tradición de los mismos y el señor Fariña quedará dueño del predio en su totalidad.”²³⁵, y que, si realmente la intención de los contratantes hubiera sido

²³⁵ J. L. y G. Yumbel. 30 de abril 2015. Rol 61-2014 www.poderjudicial.cl

la de que transcurrido determinado plazo el cesionario hubiera regresado los derechos a la cedente, hubiesen agregado una cláusula de pacto de retroventa.

Finalmente, luego de haber recibido los argumentos de ambas partes sobre cada una de las pretensiones, el tribunal de primera instancia rechaza tanto la demanda principal como la subsidiaria, siendo relevante para la materia en estudio lo señalado respecto a la acción principal, donde se pronuncia indicando que "... de la escritura pública de compraventa agrega a fojas 1 y siguientes y 185 y siguientes aparece claramente manifestada la intención de los contratantes, como también la existencia de un precio pagado y recibido a entera conformidad de la vendedora. Del mismo contrato también aparece con claridad la existencia de una causa en las obligaciones correlativas", y que, "cabe señalar que el artículo 1683 del Código Civil señala que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba y del tenor de la demanda aparece claramente que la actora conocía los vicios que alega al celebrar el contrato, no obstante como ya se dijo, ellos no han resultado probados. De esta manera, al haber indicado la demandante que ella sabía que el contrato de compraventa celebrado con su hermano lo fue sólo para que éste obtuviera un subsidio y que de su parte no había voluntad real de celebrarlo como tampoco de pagar el precio, no estaba habilitada para demandar de nulidad absoluta del mismo contrato." (C. 12 J.L. Yumbel).

Luego de haber obtenido este fallo en contra, la demandante recurre ante la C. de Apelaciones de Concepción, quien confirma en su totalidad la sentencia del tribunal a quo, ante lo cual la actora interpone un recurso de casación en el fondo contra la sentencia del tribunal ad quem, que rechaza la nulidad del contrato de compraventa. Fundamenta su recurso en que se han sido infringidos los artículos 1681, 1682, 1683, 1437, 1445, 1560 y 1707 del Código Civil, por cuanto, "la sentencia yerra al establecer que el demandante carece de legitimación activa para intentar la nulidad de un acto al cual concurrió conociendo el vicio que lo invalidaba, porque bajo tal interpretación las partes nunca podrían accionar de nulidad en casos de simulación" (C.2°), agregando que se ha apreciado mal la prueba rendida pues de haberlo hecho correctamente se habría establecido que la intención de las partes no era celebrar una compraventa, sino que sólo que su hermano pudiera acceder al subsidio habitacional.

La Corte Suprema al momento de dar admisibilidad al recurso tomo en consideración los argumentos de la recurrente y señalo que, si bien en el ya citado considerando undécimo de la sentencia de primera instancia el tribunal desestimó la demanda por falta de legitimación

activa, “los sentenciadores no solamente rechazaron la pretensión de la parte demandante por lo señalado en el artículo 1683 del Código Civil, que estatuye que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, disposición que según el recurrente no tendría aplicación en los casos de nulidad por simulación absoluta, sino que también “porque la prueba aportada por la actora no resulta idónea para acreditar las causales de nulidad absoluta que alega” (C. 4°). Finalmente, la Corte concluye que dado lo anteriormente señalado el recurso no puede prosperar porque de ser así habría que modificar los hechos, lo cual es improcedente según la naturaleza del recurso deducido, por lo cual no puede más que rechazar el recurso, ya que este no puede tener acogida por eminente falta de fundamento.

5.4.1. Análisis crítico

Este caso es la hipótesis clásica de simulación, donde una de las partes hace abuso de su condición patrimonial preferente no dando cumplimiento al acuerdo simulatorio, con la diferencia que acá quien concurrió a la conformación del acto simulado falleció, de modo que si la carga de la prueba para la parte que quiere demostrar la existencia de la simulación es difícil, en este caso se ve aún más complejo, pues no la actora no cuenta con la prueba confesional, pues no puede solicitar a su copartícipe que concurra a absolver posiciones, inclusive al ser la heredera y demandada en autos menor de edad, tampoco puede concurrir personalmente a absolver posiciones, por tanto, las voluntades de todos aquellos que pudieran tener una directa relación con el acto se encuentran imposibilitadas de ser presentadas como prueba en el juicio.

En este caso en particular, parece relevante primero analizar si el contrato que la demandante intenta anular es simulado absoluta o relativamente, pues de los antecedentes expuestos queda la duda sobre si las partes efectivamente quisieron ocultar otro tipo de acto, o si la apariencia cumple un rol meramente instrumental, tal y cual ocurre cuando un deudor quiere esconder el patrimonio de su deudor, acto que como expusimos en los capítulos anteriores suele ser una simulación absoluta. Pues bien, lo primero que consideraremos es si la parte que adquiere los derechos cedidos tenía o no la intención de adquirirlos, o, sí sólo los necesitaba para engañar a un tercero, en este caso el organismo a cargo de conceder los subsidios habitacionales, debiendo ser la primera alternativa la que más se acerca a lo menos al relato dado por la demandante, pues el acto por ella celebrado sólo tenía un carácter instrumental, sin embargo, nuevamente el problema es como probar que esto es así, ya que

al no haber contraescritura que acredite dicha intención la única forma de demostrarlo es a través de presunciones, prueba que como ya sabemos es la estrella en materia de simulación, y que en este caso se podría obtener por medio del establecimiento de las fechas en que los hechos se suscitaron, en orden de ocurrencia, primero cuándo y cómo adquirieron el terreno, segundo, qué destino le dieron al terreno mientras fueron copropietarios del mismo, y finalmente, si quien demanda a pesar del contrato de compraventa siguió en posesión del terreno, esto actuando como dueña, haciendo uso y goce del mismo, y de los frutos que de él podía obtener.

Ahora bien, tenemos que quien acciona, no sólo alega la nulidad por falta de voluntad, sino que también argumenta la falta de pago del precio acordado, debiendo nuevamente haber recurrido a aquellos elementos que le permitieran acreditar que efectivamente nunca se efectuó el pago del mismo, más su mayor dificultad radica en la norma establecida en el artículo 1709 del Código Civil, pues dicho elemento es de los que debe constar por escrito y al ser así, por aplicación del artículo 1700 del Código Civil, no permite prueba en contra de lo señalado en el instrumento, pues este hace plena prueba contra quienes concurrieron a su otorgamiento.

Respecto de la titularidad de la acción de nulidad, el particular, sobre si quien entabla la acción se encuentra o no legitimada para interponer la acción, debemos nuevamente analizar si lo pactado por las partes era una simulación absoluta o relativa, puesto que de haberse tratado de la segunda, quien alega la nulidad del acto no se encontraría legitimada por afectarle la prohibición del artículo 1683, y que es lo que finalmente determino el sentenciador, pues considera que quien demanda sabía del vicio que afecta el acto y lo manifiesta a través de la exposición de los hechos realizada en el líbello, más no concordamos con dicho criterio, puesto que ella alega que en el contrato no hay voluntad, que no hay precio, y que por consiguiente no hay causa, pues la onerosidad propia del contrato de compraventa no se cumpliría, mal ella no afirma conocer un vicio del acto, por el contrario, la demandante alega la falta de estos requisitos esenciales en un contrato de compraventa, y no que estos elementos se encuentran viciados, ya que en ningún momento alega ilicitud del acto, es más, el contrato celebrado por las partes de manera aparente no se trata de un contrato ilícito, pues no busca defraudar a la ley, si no que más bien busca por los medios establecidos conseguir un subsidio habitacional. El problema es que las partes no previnieron lo que podía ocurrir en caso de fallecimiento de uno de ellos, y he ahí la gran negligencia de quien busca obtener la nulidad del contrato, pues tal como señala el fallo de primera instancia, si las partes efectivamente hubieran querido restituir los derechos a la demandante, podrían haberlo acordado por medio de un pacto de

retroventa, aún y cuando en el momento de efectuar dicho negocio uno de ellos hubiera fallecido, pues el heredero al ser el representante del causante tiene la obligación de respetar dicho acuerdo, y de este modo la actora podría haber recuperado el inmueble, quizás con la carga de que si no puede demostrar que se trataba de un acuerdo simulado tendría que pagar el precio pactado, más aun así podría haber recuperado el inmueble.

Finalmente, al analizar la decisión de los tribunales, debemos concluir que fallaron conforme a derecho, pues la actora no demostró de manera idónea su pretensión, y por ende no logró el convencimiento del tribunal, esto porque al existir un instrumento público donde consta la voluntad de las partes, el que hace plena fe contra los declarantes, y a las limitaciones establecidas en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, no puede la demandante probar su pretensión. Sumado a lo anterior, está el que, al no lograr demostrar la falta de los requisitos de existencia del acto, la limitación de solicitar la nulidad del acto establecida en el artículo 1683 es plenamente aplicable, pues el acto a todas luces existe.

5.5. Ebel con Klotiarenco.

Don Francisco Ebel Vial interpone ante el 16° Juzgado civil de Santiago, una acción por cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios en contra de doña Liliana Klotiarenco Azerman.

La demanda se basa en que él era dueño directamente con su cónyuge, hijos y sociedades relacionadas de un paquete accionario del Banco de Chile, los cuales correspondían a un 2.84% del total, y que querían ser compradas por B.T. Holdings (South American) Limited y Cia Limitada, quien proponía pagar \$20 por acción del Serie A, \$40 por acción de las series B y D, y \$22 por acción de la serie E. Quien le comunicó de la intención de adquirir las acciones era un miembro del directorio del Banco, al cual dicho Holding también le ofreció el adquirir su participación, pues la intención de ellos era adquirir un paquete accionario que fuera equivalente al 7% del total de la propiedad del Banco, el que se completaría con el porcentaje de don Francisco Ebel, Liliana Klotiarenco, y tres personas más incluido quien le habló de la oferta. Frente a esto, el demandante indicó que estaba dispuesto a vender, pero sólo si le pagaban \$22 por las acciones de la serie A.

Luego de realizada la oferta por B.T.Holding Limited y Cia Limitada, en reiteradas ocasiones el demandante recibió llamadas de la señora Klotiarenco para que aceptara vender en las condiciones propuestas por la empresa ya indicada, ofreciendo cubrir ella personalmente la diferencia de precio que el señor Ebel solicitaba, pues de lo contrario el holding no adquirirá el

paquete accionario que ella tenía. En base a esta última propuesta, el demandante acepto, enajenando el total de su paquete accionario al Holding, que le cancelaria \$20 por acción de la serie A, y la diferencia con lo que él pedía sería cancelada por la demandada, suma que ascendía a \$156.757.664, pero que fue rebajada de común acuerdo a \$109.800.000, los que serían pagados una vez que se concretara la compraventa.

El día de la firma del contrato de promesa de compraventa del paquete accionario la demandada no había materializado de ningún modo el acuerdo alcanzando, por lo que antes de concurrir a la suscripción del documento, el demandante se comunicó con ella en presencia de su abogado, el señor Carlos Zepeda, para que le hiciera llegar el documento donde constaría el acuerdo por ellos alcanzados, a lo cual la demandada solicito le hiciera llegar un borrador, el que fue enviado vía fax al hijo de la demandada, estipulándose en dicho instrumento que, don Francisco Ebel realizaría una asesoría a la señora Klotiarencó por la venta de 50.000 acciones del Banco de Chile, pagando por esto la suma de 109.800.000 pesos, además de los honorarios del árbitro y actuario de un juicio arbitral que seguían contra el banco de Chile, simplificando de esta forma la redacción del objeto del contrato. Dicho instrumento luego de realizar algunas modificaciones fue firmado ante los abogados Zepeda y Pedregal.

Sin embargo, una vez firmada la compraventa definitiva con el Holding la demandada se negó a cumplir el acuerdo, no pagando el dinero acordado, de manera que luego de muchos intentos fallidos de cobro el Sr. Ebel procedió a presentar una acción preparatoria de la vía ejecutiva ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, citando a la señora Klotiarencó a confesar deuda y reconocer la firma estampada en el instrumento, más ella negó la existencia de la obligación y desconociendo la firma estampada en el documento. Luego de esto, el señor Ebel interpuso una querrela criminal, la que al momento de iniciar la acción de cumplimiento de contrato se encontraba en plena tramitación e investigación.

En la acción de cumplimiento entablada, el demandante alega que lo que suscribieron realmente con la señora Klotiarencó fue un contrato innominado en el cual esta se obligaba a pagar la suma de ciento nueve millones ochocientos mil pesos, por concepto de venta de la venta de 50.000 acciones del Banco Chile, y él a vender sus acciones a la sociedad compradora. Señala que la obligación consta en un documento privado debidamente firmado por la demandada, por lo que la ley lo autoriza a pedir el cumplimiento forzado o la resolución con indemnización de perjuicios, además de que la obligación se encontraba sujeta a un plazo, el cual venció, debiendo la demandada pagar la cifra acordada, con los correspondientes

reajustes e intereses que se hayan devengado, el lucro cesante y el daño moral producido por el incumplimiento de la obligación.

La señora Klotiarencó contestó la demanda en los siguientes términos: 1° Negó los hechos, e indicó que la relación jurídica es inexistente, que no pactó ninguna clase de asesoría ni acuerdo por pago de sobreprecio.; 2° Que si el tribunal llegará a formarse la convicción de que existió tal relación, la versión del demandante sería falsa por cuanto no pactaron un sobreprecio por la venta de las acciones y que así lo da cuenta el que haya iniciado la preparación de la vía ejecutiva por el cobro del dinero adeudado por la supuesta asesoría; 3° El actor no le ha prestado asesoría de ningún tipo, oponiendo por tanto la excepción de contrato no cumplido; 4° Señala a su vez que dicha obligación carece de objeto y causa, oponiendo la excepción de nulidad de la misma; 5° Indica que el demandante debe primero probar la simulación relativa que invoca, y de hacerlo, este no se encontraría legitimado para reclamar la totalidad del precio, pues habría pactado la obligación por la venta de acciones propias y de terceros, no apareciendo ninguno de ellos como demandantes, siendo ellos los titulares del interés jurídico y careciendo el demandante de la legitimación para reclamar interés ajeno; 6° De probar la existencia de la simulación relativa, esta sería nula por objeto ilícito, ya que contraviene una norma establecida en la Ley de Mercado de Valores, donde se sanciona la variación artificial de los precios de venta de las acciones²³⁶; 7° Indica que no procede el cobro del daño moral, ya que el demandante debe hacerse cargo de la licitud de sus actos y propósitos, solicitando que se rechace también este punto de la demanda.

En la réplica el señor Ebel nuevamente reiteró su intención de que se acoja la demanda, que el documento ha sido calificado por dos peritos, quienes concluyen que la firma es real y proveniente de la señora Klotiarencó, cuyos informes están acompañados en la causa criminal. Indica que el contrato sí tiene objeto, la venta de las acciones y el pago del sobreprecio, así como también tiene causa, por su parte recibir un precio superior al ofertado, y por la demandada dar de su peculio el sobreprecio para que el demandante enajenara sus acciones y compraran las de ella. Indica que el acto cumple con todos los requisitos de validez, y que respecto la excepción de nulidad de la contraparte esta no puede prosperar, ya que carece de legitimación activa, debido a que conocía o debía conocer el vicio que invalida el acto. Respecto a la excepción de contrato no cumplido, esta no sería tal, pues el enajenó sus acciones, cumpliendo de ese modo la obligación por el adquirida, por ende, no se justifica

²³⁶ Ley de Mercado de Valores N° 18.045, Título VII. Art. 52. inciso primero “Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores o con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.”

dicha excepción, así como tampoco la alegación de falta de legitimación activa que alega la señora Klotiarencó, ya que ella no estaba comprando ninguna de las acciones de ellos, el pago al que se obligó era por el consentimiento para vender sus acciones y obtener así el paquete. Finalmente, respecto al objeto ilícito, este no sería tal pues lo por ellos pactado no se encuentra dentro de las actividades prohibidas en la ley de mercado de Valores.

En la dúplica la demandada reitera lo expuesto en la contestación, y agrega que el propio abogado del señor Ebel indico en la causa penal, que él no presencio la firma del contrato, por lo cual no le constaba que se hubiese firmado. En segundo lugar, respecto de la real existencia del contrato de asesoría celebrado entre las partes, complementa lo dicho con que en la gestión de la preparación de la vía ejecutiva, la confesión obtenido hace plena fe contra el confesante, y de no ser así, se trataría de un instrumento privado que al ser reconocido como auténtico tiene el valor de una escritura pública, haciendo pleno valor probatorio en cuanto al haberse otorgado y su fecha, y si no fuese el caso valdría como declaración extrajudicial realizada ante juez competente, lo que probaría que la obligación creada era la ahí expresada²³⁷. Finalmente y de manera subsidiaria, la demandada hace notar que en relación a los dos contratos celebrados por las partes, el aparente y el simulado, que el actor denomina innominada, le corresponde a él probar la simulación relativa, y si logra acreditarlo carece de legitimación activa para accionar por los terceros que él dice controlar, y solo podría reclamar las acciones que vendió a título personas, pues habría simulado una estipulación a favor de terceros distintos del acto y solo estos podrían demandar lo solicitado.

5.5.1. Primera instancia²³⁸

Considera el tribunal *a quo* los argumentos y pruebas presentadas por ambas partes, entre las que cuenta una carta enviada por la demandada donde consta el compromiso de pagar la diferencia en el precio; informe pericial caligráfico, absolución de posiciones, fotocopia expediente criminal, designación de un perito y su correspondiente informe caligráfico, siendo las conclusiones más relevantes que:

²³⁷Con este argumento lo que viene a expresar la demandada es que el contrato de asesoría fue reconocido por el demandante al preparar la acción ejecutiva para el cumplimiento del mismo, no pudiendo por tanto el señor Ebel señalar ahora que dicho contrato no es tal, y que se trata de un contrato innominado distinto.

²³⁸ 16° Juzgado Civil de Santiago. 28 noviembre 2006. ROL C-6878-2009. www.poderjudicial.cl

–“Apreciado el informe pericial aludido conforme a las reglas de la sana crítica, y no encontrándose desvirtuado por prueba en contrario, se le atribuirá el mérito de plena prueba, quedando de este modo establecido que la firma que aparece en el documento objeto de la experticia es auténtica, que ella fue hecha por la demandada” (C.8°)

–Que es un hecho del proceso, no controvertido que celebraron un contrato de promesa con la sociedad Holding B.T. (South American) Limited y Cia. Limitada.

–“Que el actor ha hecho consistir su pretensión en la existencia de una simulación lícita relativa...” “...constituyendo el contrato de asesoría que da cuenta el documento reseñado en el numeral 1 del considerando 5°, el contrato aparente que contiene la declaración de la voluntad no real de las partes” (C. 13)

–“Que la institución de la simulación supone la divergencia entre la voluntad real de las partes y la declarada por ellas, caracterizándose porque las partes crean, de común acuerdo, una situación jurídica aparente que difiere de la real, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo.” (C. 14)

–Que la demanda en la absolucón de posiciones reconoció que no existió el contrato de asesoría, lo que, ligado a la autenticidad del documento, “es suficiente en orden a establecer la existencia entre las partes de un acto o contrato generador de obligaciones recíprocas, siendo el negocio jurídico declarado tan sólo un contrato aparente, distinto del verdadero y real...” (C.16)

–Respecto a la declaración del abogado Carlos Zepeda, que tratándose “de un testigo presencial, quien tiene la calidad de un testigo abonado, al haber intervenido personalmente en la redacción del documento de marra y haber tomado, además, conocimiento directo de las conversaciones llevadas a cabo por las partes respecto al contrato de que da cuenta el documento sub-lite, su testimonio constituye una presunción judicial que, por su gravedad y precisión y que unida, además, a los demás medios de prueba aportados al proceso es suficiente en orden a corroborar lo sostenido por el actor en su demanda y establecer que el negocio jurídico a que se refiere dicho documento, mediante el cuál(sic) la demandada reconoce la existencia de una asesoría prestada por el actor para la venta de 50.000.000 de acciones y en virtud de la cual se compromete a pagar al actor la suma de \$109.800.000 constituye un acto o contrato simulado, siendo el contrato oculto, real y verdadero el innominado a que el actor alude en su demanda...” (C. 19)

– Respecto del acuerdo de disminución del sobreprecio a pagar por la demandada, “cabe señalar que aún en el evento de estimarse que contrariedad sentada en el considerando anterior, impidiere establecer legalmente la existencia del contrato innominado que la actora alude en su demanda; acreditada la autenticidad del documento de marras y de la firma de la demandada puesta en él, y dando cuenta él de una obligación...”, “... es suficiente para presumir la existencia de una causa real, no siendo necesario expresarla...” (C.23)

Es por estas consideraciones, y otras que se mencionan en la sentencia extractada, que el tribunal de primera instancia acoge la demanda, rechazando si la indemnización de perjuicios por daño moral, “atendido, en primer término, que dicho rubro no resulta indemnizable en materia de responsabilidad contractual...” (C. 26), y además, concluye que se reducen a la mitad los intereses, que corresponden a la indemnización compensatoria, pues el actor se expuso al daño reclamado, eximiendo a la demandada del pago de las costas.(C.27). Rechaza la excepción de nulidad por adolecer de objeto ilícito, pues acreditándose la existencia del contrato simulado no se ve como este pudo haber influido en la variación artificial de precios que sanciona la Ley de Mercado de Valores.

5.5.2. Segunda Instancia²³⁹

Conoce la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Santiago del recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia dictada por el tribunal a quo sobre cumplimiento forzado de contrato, determinando revocar la sentencia de primera instancia por los motivos que a continuación se exponen:

– El tribunal de alzada considera que la acción se basa en la solicitud de cumplimiento de un “...contrato innominado suscrito por medio de instrumento privado, presuntamente firmado por la demandada...” (C. 1°), el que se habría simulado relativamente con el fin de ocultar la verdadera intención de las partes, siendo necesario primero determinar si hay una simulación relativa entre las partes, ya que, “entre la partes creadoras de una simulación relativa, prevalece el acto oculto o disimulado, para el cual existió verdadero consentimiento, y carece de valor el público o simulado, de modo que le está vedado a una de las partes esgrimir y oponer a la otra simulación, para evitar el cumplimiento del contrato querido y oculto”

²³⁹ C. Apelaciones Santiago. 28 de junio 2007. L.P. N° 1242/2007

(C. 5°), y que tal como menciona la demandante, en la especie hay dos actos, “1° un acto disimulado o fingido que es el contrato de marras en el cual las partes se valen de la expresión contrato de asesoría y; 2° otro disimulado u oculto que constituye su voluntad real y que es el pago de sobreprecio por las acciones de mi parte a que se obliga la contraria”, considerando el tribunal ad quem que con dicho argumento se ratifica el que no se trata de una simulación absoluta, sino que se está ante una relativa.

– Señala que la declaración de simulación es eminentemente declarativa, y que dada la “naturaleza declarativa de la acción que invoca simulación tiene como efecto natural que el contrato simulado es inexistente;” (C. 6)

– Luego de determinar que es un acto simulado, la corte razona que “al actor le sería aplicable la sanción del artículo 1.683 del Código Civil, esto es, que no puede alegar nulidad o beneficiarse de ella, aquel que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo de saber el vicio que lo invalidaba, deberá ser considerada esta circunstancia para desechar la pretensión de la actora...” (C. 7°), complementando dicho razonamiento con que “en relación a quien puede invocar una simulación relativa, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido la prohibición expresada en el artículo 1.683 del Código Civil, el que tiene a evitar que quien ejecuto el acto con conocimiento del vicio que lo invalidaba se aproveche de su propia mala fe;” (C. 8°).

– Respecto de la prueba, en aplicación del principio restrictivo de la admisibilidad de la prueba testimonial, indica que “si bien esto no restringe que se pueda probar por otros medios, incluso las presunciones judiciales, sólo si se funda en la circunstancia que una de aquellas pueda constituir plena prueba si a juicio del tribunal tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convicción,” (C. 9°), llevando esto a concluir que la prueba testimonial otorgada por Carlos Zepeda se debe desestimar por ser esta contradictoria, ya que señaló en el juicio criminal que no le constaba que la demandada hubiese firmado, y que además en el caso de autos aplica el artículo 1709 del Código Civil, no siendo admisible la prueba testimonial.

– En cuanto a la prueba confesional, indica el tribunal de alzada que la demandada reconoce que no existe el contrato de asesoría, pero esto no resulta suficiente para probar el contrato innominado. Lo cual sumado a los considerandos eliminados del fallo de primera instancia llevan al tribunal a revocar la sentencia, dado que, “con los elementos probatorios rendidos por la parte demandante, no resultan conducente para acreditar la simulación que se aduce; en otros términos, no se han rendido evidencias calificadas para demostrar que la

actora y la demandada celebraron un contrato con el sólo objeto de ofertar a un tercero un capital accionario conjunto a fin de obtener un mejor precio como asegurar(sic) la demanda de autos”.- “Por otra parte, no surgen de dichos elementos de prueba acompañados presunciones graves, precisas o concordante que puedan llevar al convencimiento de que el contrato de asesoría corresponde a uno simulado, ya que el sólo hecho que exista una evidencia por escrito del contrato de asesoría, desvirtuara cualquiera opción de que estemos ante un contrato innominado.” (C. 11), agregando, además, “que si se aceptó por parte de la actora la simulación relativa, no por este sólo hecho es que puede inferirse la existencia de un contrato innominado, con todas sus obligaciones, derechos y efectos;” (C.12)

5.5.3. Corte Suprema²⁴⁰

Recorre el demandante de Casación en el fondo contra la sentencia del tribunal de alzada, alegando que tanto en la sentencia de primer grado como en la recurrida se reconoce la existencia de la simulación relativa, “sin embargo, paradójicamente en vez de aplicar las disposiciones pertinentes a la simulación relativa, la sentencia recurrida hace una falsa aplicación de la ley, introduciendo las normas que rigen la nulidad, las cuales no tienen ninguna relación con la institución legal aplicable al caso”(C. 1°). Indica el actor que en la especie se ha acreditado la existencia de la simulación, fijándose como hechos inamovibles la existencia del contrato aparente, tanto por la prueba pericial, por el testigo Carlos Zepeda, y por la confesión prestada por la parte, pero el tribunal no se hace cargo del incumplimiento de la contraparte, pues considera que existiría una falta de interés y falta de legitimación activa para reclamar la acción de simulación pretendida, aduciendo “que su parte se pretendería aprovechar del acto o contrato simulado cuando la situación fáctica es precisamente la contraria, y que dicho acto o contrato simulado adolecería de un vicio de nulidad, vicio que no declara ni se distingue si es constitutivo de nulidad absoluta o relativa.” “... De este modo se termina sancionando a su parte con una inhabilidad para declarar una nulidad que no ha solicitado y que no corresponde a las normas que rigen y reglamentan la simulación” (C.1°). Finalmente, el recurrente concluye señalando que producto de la errónea aplicación de las normas, en particular del artículo 1683 del Código Civil, termina violando el artículo 1445, 1554, 1556 y 1560 del mismo cuerpo normativo, no declarando cual era la intención de las partes al celebrar el contrato simulado que justifica a presentación de la acción de cumplimiento de

²⁴⁰ C. Suprema. 7 de abril 2009. Rol N° 4470-2007. www.poderjudicial.cl

contrato, y agrega que se debe reconocer el documento fundante como principio de prueba por escrito que da cuenta del acto simulado, de modo tal que sumado a las demás pruebas hacen que el tribunal debiese haber declarado la real voluntad de las partes.

Además el actor sostiene que la sentencia debiese ser casada por cuanto efectúa una errónea aplicación de las normas reguladoras de la prueba, en particular, del artículo 1709, ya que este no es prohibitivo, y tampoco se trata de una disposición de orden público pues, en el Código de Comercio, específicamente en el artículo 128, si se admite la prueba de testigos de manera libre, no importando el monto de la obligación, lo cual es el caso, al tratarse de una transacción de acciones de una sociedad anónima abierta, se tiene que los compradores y vendedores son comerciantes. Agrega que no aplica la prohibición del artículo 1708, ya que lo que se prohíbe es respecto de los hechos jurídicos que importan vínculos propios del acto, más nada dice sobre la prueba de que el acto se efectuó, lo que es solamente perceptible por los sentidos, y que al final del día es sobre lo que versa la declaración del abogado Zepeda.

Concluye con que el documento cuya veracidad se estableció, es un principio de prueba por escrito, y dado que no era un hecho establecido cual fue la real voluntad de las partes al contratar, los medios de prueba debían apuntar en esa línea, desestimando de igual modo el tribunal estos alcances, y no dando el valor probatorio que debía a cada uno de los medios de prueba presentados.

La Corte, considero entre otros, los siguientes elementos de las sentencias dictadas por el tribunal a quo y ad quem:

– “Que para revocar la decisión del juez de primera instancia, en cuanto acogió la demanda, la Corte de Apelaciones de Santiago eliminó parte de las consideraciones del fallo recurrido ante ella, entre las cuales se encuentran las motivaciones octava y novena relativas a la autenticidad de la firma puesta en el documento por Liliana Klotiarenco Azerman.” – “En relación con el fondo de o discutido, razonó que el tema central de la litis es decidir, si existe una simulación relativa y en su caso, si el acto dado por establecido es exigible”, sosteniendo que en virtud de lo expuesto había una simulación relativa, “en la cual si existió un concierto de voluntades entre los contratantes para encubrir u ocultar, mediante apariencias externas previamente acordadas, sus genuinos y verdaderos propósitos, destinados a producir determinadas consecuencias jurídicas.” C°3

– Indica que el tribunal de alzada considero que aplicaba el artículo 1683, “pues tiene a evitar que quien ejecutó el acto con conocimiento del vicio que lo invalida se aproveche de su propia mala fe, debido a lo cual habiendo actuado personal y físicamente el demandante

Francisco Ebel Vial en el contrato que rola a fojas 1, carece en su calidad de contratante, del derecho para ejercer la acción basada en la simulación en razón del interés emanado de su calidad de tal...” (C. 3°)

– Respecto de la prueba el tribunal ad quem, restringe la testimonial pero no impide que se pruebe por otros medios, y que respecto de la declaración del testigo Zepeda, dice que dicha prueba no es suficiente, por lo cual las pruebas rendidas no serían suficientes. (C. 4°)

Frente a lo planteado por el recurrente en su recurso y lo dictaminado por el tribunal de alzada, la Corte termina concluyendo que:

– Respecto a las infracciones a las leyes relacionadas con la prueba, “los jueces del fondo son soberanos para apreciar las probanzas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes. Por ello no son susceptibles de ser revisadas por la vía de la casación las decisiones de los sentenciadores basadas en las disposiciones que le otorgan la libertad en la justipreciación de los diversos elementos probatorios”. (C. 5°);

– “que la razón primordial para desestimar la declaración del deponente Sr. Zepeda, y demás medios aportados por la actora, dice relación con la valoración de su testimonio para los efectos de tener por probada la convención invocada por el actor y luego descartar que logre justificar lo sostenido por la demandante, puesto que en su deposición expresa que no consta que la demandada Klotiarenco haya firmado el documento...”, “en el presente caso los jueces extrajeron una valoración comparativa de toda la prueba rendida por la demandante en orden que no se acreditaron los supuestos de hecho por ella sostenida...” (C. 6°);

– “en relación a la prueba de testigos y su ponderación...”, “...el tribunal debería estar facultado para desestimar, no sólo el dicho de dos, sino de cualquier número de testigos, cuando en su concepto no fueren dignos de fe de sus testimonios”(C. 7°);

– “respecto de la vulneración a las normas del artículo 1712 del Código Civil...”, “...la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones judiciales queda entregada a los magistrados de la instancia, puesto que la convicción de los sentenciadores ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas.” (C. 8°).

– Finaliza la Corte rechazando el recurso esgrimido, pues, “en autos no se acreditó la existencia de la convención invocada por el actor y que hubiera generado la obligación para la demandada Klotiarenco(sic) de pagar al actor la cantidad de \$109.000.000” (C. 11)

5.5.4. Análisis crítico

El caso acá expuesto es relevante en primer lugar, porque es muy difícil encontrar demandas donde se exija el cumplimiento de un acto simulado, más aún por las partes, puesto generalmente las acciones entabladas por simulación dicen relación con terceros afectados, o con partes del acto que quieren deshacer lo pactado por este modo. Además, acá nos encontramos con un caso que no sólo tiene un alcance civil, sino que también hay una clara intención de las partes de evadir cargas tributarias, y tal como manifestó la demandante, bordea la ilicitud, en cuanto hay conductas que pueden ser clasificadas como prohibidas por la Ley de Mercado de Valores.

Ahora bien, analizando los fallos en particular, tenemos que el tribunal a quo realizó en gran parte del fallo un correcto análisis, tanto de los elementos propios de la simulación, como de la normativa aplicable a ella, salvo cuando establece que el testimonio aportado por el Señor Zepeda no se encontraba afecto a la limitación del artículo 1709, por cuanto dicha norma es clara al señalar que cuando las obligaciones deben contar por escrito no se admitirá prueba en contrario, y dado el monto del acuerdo celebrado entre las partes tenemos que este se trataría de uno de ellos.

Si bien no es uno de los elementos más relevantes del fallo, si se hace necesario indicar que yerra el tribunal de alzada al señalar en su considerando vigésimo sexto, que no corresponde indemnizar el daño moral en la responsabilidad contractual, por cuanto si bien esta fue la tendencia inicial en esta materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia en reiterados fallos ha mencionado que si procede la reparación del daño moral en materia de responsabilidad contractual.

En cuanto al fallo del tribunal de alzada, este efectúa una errada interpretación de la naturaleza misma del negocio simulado, pues al igual que ocurrió en la sentencia emitida en el caso caratulado “Ulloa con Jaque Rohde y otra”, se consideró el acto aparente y oculto como dos distintos, no como un todo, lo que queda de manifiesto al señalar que el actor no se encuentra habilitado para entablar la acción incoada, pues esto significa hacer un abuso del derecho; más, lo que el señor Ebel solicitó al tribunal era se obligara a su contraparte a cumplir con el negocio simulado, y no la nulidad del mismo, por tanto, no es aplicable la sanción del artículo 1683, la cual tal como se expresó en el capítulo cuarto de la presente obra, es de derecho estricto, y sólo puede ser aplicada cuando concurren todos los elementos que ahí se

solicitan, siendo el primero y más importante que se trate de una acción de nulidad, donde quien alega la aplicación de dicha sanción debe tener un conocimiento real y efectivo del vicio que afecta el acto. Ahora bien, recordemos que el acto oculto es una extensión del acto aparente, siendo para las partes del negocio simulado dichas disposiciones las exigibles, sin que importe lo estipulado en el acto aparente, de modo que, si lo acordado por las partes era que la señora Klotiarencó pagaría la diferencia existente entre el precio pagado por el comprador del paquete accionario y lo solicitado por el señor Ebel, sólo esa obligación puede ser exigida a la contraparte. En tanto la Corte Suprema, continua con el error de la sentencia del tribunal ad quem pues reitera en su análisis que habiendo actuado personal y físicamente el actor en la creación del negocio, este no puede entablar la acción incoada, confundiendo nuevamente la nulidad con el cumplimiento del negocio simulado, y más aún, una de las características del principio nemo Auditor, es que no basta con el conocimiento de la ley, se requiere el conocimiento real y efectivo del vicio que afecta al acto, lo que claramente no ocurre en autos, pues el actor al señalar que se trata de un contrato innominado, de carácter lícito, deja claro su desconocimiento del vicio que en teoría anula el acto, sumado a que expresa haber recibido asesoría jurídica para la redacción del mismo, la cual supone que quien redactó el contrato sabía que estaba celebrando un contrato simulado, donde el fin real perseguido por las partes era el pago del sobreprecio, y no una asesoría como se planteaba en el contrato.

Otro error en que incurre la Corte de Apelaciones es que señala que el actor no logró demostrar que se celebró un contrato con el sólo objeto de ofertar un capital a un tercero conjunto para obtener un mejor precio, cuando lo que en realidad quiere y demuestra el actor es que se trata de un contrato innominado, que se acuerda en los términos del acto aparente para justificar tributariamente la obligación adquirida por la señora Klotiarencó de pagar la diferencia entre el precio ofrecido por el comprador del paquete accionario, y el querido por el vendedor y actor en autos, puesto que de no mediar la venta de las acciones de este último, el comprador tampoco adquiriría las de la demandada.

Al igual que el razonamiento efectuado por la Corte de Apelaciones, nos parece errado el que realiza la Corte Suprema, pues aplica normas relativas a la nulidad, a la acción de cumplimiento de contrato, imponiendo una prohibición que en materia de responsabilidad contractual no existe cuando lo que se quiere es pedir que se obligue a la contraparte a cumplir con la obligación contraída, y si bien, es correcto que el recurso de casación en el fondo, en la forma que fue planteado, como una errónea aplicación de las normas de valoración de la

prueba no es suficiente para revocar la sentencia del tribunal ad quem, si nos parece que podía haber corregido la mala aplicación del artículo 1683.

Respecto de la excepción opuesta por la demandada en relación a la nulidad del contrato por ilicitud del objeto, al vulnerarse la regla establecida en el artículo 52 inciso primero de la Ley de Mercado de Valores, nos parece a la luz de los hechos, que efectivamente si se incurre en una falta a las actitudes prohibidas por esta ley, más esta se encontraría en el artículo 53 inciso segundo de la misma, en la cual expresamente que, “Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento”, actitud que de la relación efectuada por el actor, se efectuó precisamente por la demanda que opuso la nulidad del acto por ilicitud del objeto.

Finamente, considerando que el actor es un hombre de negocios, no queda más que señalar que su actuar fue negligente, y por esto mismo no pudo lograr exigir el cumplimiento de la obligación contraída por la señora Klotiarencó, ya que dada su experiencia, nada impedía que se hubiese en conjunto con el acto aparente, se creara por las partes una contraescritura en la que se hiciera constar su real voluntad, la que en virtud de la redacción del artículo 1707, hubiese bastado se celebrara por medio de un instrumento privado, el que si lo que querían era evadir carga tributaria no tenían obligación de enseñar a terceros, y que les hubiese permitido demostrar la obligación realmente adquirida.

CONCLUSIÓN

Un refrán popular dice, en la confianza está el peligro, y al finalizar este trabajo nos hace más sentido que antes, por cuanto la simulación, institución base de nuestra obra, se basa en la confianza, la que sumada a la libertad que le ley provee a las partes para pactar todo aquello que no sea contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres, permite que se generen negocios simulados, los que consisten en que dos o más personas acuerdan celebrar un negocio, donde la voluntad interna y la declarada serán distintas, más ellos están conscientes de esto, y lo hacen con la intención de realizar un negocio que no existe, o que en verdad es distinto a lo que aparentemente manifiestan, motivados por su intención de engañar a terceros; más al momento cumplir las obligaciones que emanan de este acuerdo, todo se termina basando en la confianza, pues en el fondo, no hay norma alguna que les permita hacer exigible esta voluntad oculta a su contraparte, quedando el cumplimiento de la obligación en manos de jurisprudencia, quien por medio de la interpretación de las normas y de la doctrina, determinaran si cada corresponde o no a un negocio simulado, donde existe una voluntad distinta de la declarada y que ha sido querida por las partes de manera conjunta.

De la definición dada, podemos resumir sus requisitos en: a) el acuerdo de voluntades; b) emitidas conscientemente; c) donde la voluntad declarada y la real son distintas; d) todo esto con la intención de engañar a terceros; siendo determinante la existencia de la disconformidad consciente entre la voluntad declarada y la real, pues a falta de ella, el negocio deforma en uno completamente distinto del simulado, pues este requiere que todos los partícipes estén en conocimiento real y efectivo de la diferencia entre una y otra. Ahora bien, de la misma definición es que podemos clasificar la simulación, en absoluta y relativa, lícita e ilícita; la primera clasificación atiende a si existe un negocio oculto tras la apariencia, o sólo es una creación con la intención de engañar mas no contiene en sí obligación alguna, mientras que la relativa es aquella donde tras la apariencia existe otro negocio, como si se pactara un arrendamiento cuando en verdad se trata de un depósito, o una compraventa cuando lo que se efectúa es una donación. Por su parte la segunda clasificación atiende a si las partes han querido efectuar esta declaración aparente con el fin de perjudicar a terceros o de defraudar a la ley, recordemos que toda simulación supone la intención de engañar a terceros, siendo este un

requisito propio de este tipo de actos, más cuando existe intención de dañar o se busca eludir con ella la aplicación de una norma de carácter prohibitivo, estamos ante una simulación ilícita, y que afecta directamente a aquellos terceros que inicialmente solo se quería engañar.

Así como la simulación es una creación doctrinal, también encontramos que la acción de simulación comparte esta característica, de ahí que su naturaleza sea eminentemente declarativa, pues la ley a no reconocerla como una acción, no le otorga efectos que remedien las situaciones que se generan como consecuencias del negocio simulado, siendo esto aplicable tanto para las partes como para terceros, entendiéndolos a estos últimos como todos aquellos cuya voluntad no concurrió a la creación del acto aparente. De lo anterior, emana como consecuencia el que la acción de simulación rara vez sea interpuesta de manera individual, sino más bien, se entable como complemento de una acción de nulidad o cumplimiento, donde su función radica en revelar la verdadera intención de las partes, para que así el juez pueda aplicar las normas que correspondan al caso, restituyendo las partes al estado anterior, u obligando al copartícipe a cumplir con lo pactado, aun cuando sea simulado.

La simulación para los terceros tiene la calidad de hecho jurídico, por lo cual las normas aplicables son las de responsabilidad extracontractual, dándole así mayor libertad al momento de probar el acto simulado, y los efectos que en su patrimonio puede generar. Para los terceros el negocio simulado le es inoponible, siendo la norma establecida en el artículo 1707 la más importante en esta materia, pues es en ella la doctrina fundamentada la institución de la simulación, ya que al señalar que, “las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”, tanto los teóricos del derecho como la jurisprudencia coinciden en que la ley reconoce valor a aquellos pactos que secretamente las partes puedan generar con el fin de alterar lo que en apariencia han acordado, más como medida de protección para quienes sin ser parte del negocio simulado, se puedan ver afectados por dichas modificaciones, en el inciso segundo de dicha norma que restringe los efectos hacia los terceros, se establece como requisito fundamental que en aquellos casos donde el acto aparente conste en escritura pública, para que pueda producir efectos en aquellos que no han sido parte de él, se tome nota al margen de la escritura matriz.

Respecto de las partes, la simulación constituye un acto jurídico, aplicando a él las normas de responsabilidad contractual, lo que se debe esencialmente al que, al estar las partes dotadas de libertad contractual, la cual en nuestro ordenamiento encuentra su máxima

expresión en el artículo 1545 del Código Civil, el que al establecer que, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, determina que todo negocio, simulado o no, debe ser cumplido íntegramente por quien lo pacto, y no sólo a lo que ellos se expresa, si no que a todo lo que de su naturaleza emana, por tanto, dada que en la simulación tenemos un negocio complejo con dos actos interdependientes, cualquier persona que pacte un negocio de estas características está obligado a cumplir el acto oculto, no el acto aparente, porque este es tan sólo una imagen para engañar a terceros, y las partes al momento de celebrar el acto tenían la conciencia y la intención de crearla, entendiendo los efectos que para ellos celebrar dicho acto conlleva. Sin embargo, el problema es que a pesar de que a nivel teórico al igual que la doctrina, coincidimos con la conclusión anterior, y siendo a su vez apoyada en distintas sentencias de la Corte Suprema, al momento de fallar sobre cumplimiento del acto oculto, la Corte se ha desentendido de la definición que ellos mismos hacen de simulación relativa, tal y como vimos en la sentencia de Ebel con Klotiarencó, donde la Corte terminó por dar validez al negocio simulado, aun y cuando para las partes el exigible es el oculto, tal como ellos en otra causa, citando a Francisco Carrara señalaron (véase 88p).

El gran problema de la simulación es que al ser un negocio donde la confianza entre las partes es uno de los elementos centrales, muchas veces, ya sea por evitar que quede constancia de su real intención, o para evitar que esta pueda ser usada en su contra, las partes no dejan constancia de la verdadera voluntad en un instrumento, sea este público o privado, y dada las limitaciones que establece el Código Civil respecto de los medios de prueba que pueden usar las partes, destacando la prohibición del artículo 1708, que prohíbe la prueba de testigos en aquellos casos donde la obligación se haya debido hacer constar por escrito, y que según el artículo 1709 debe constar por escrito toda acto en el que se acuerda la entrega o la promesa de entrega de un bien que tenga un valor sobre las 2 UTM, las partes si es que no realizaron una contraescritura donde hayan hecho constar la obligación, verán muy difícil probar su pretensión ante un tribunal, ya que las declaraciones efectuadas en un instrumento público, o en uno privado que se haya tenido por reconocido, hacen plena fe en contra de quienes las realizaron, motivo por el cual cuando las partes aparentemente fijan un precio para la venta de un bien mueble, aún y cuando secretamente hayan pactado uno superior, no podrán exigir el cumplimiento del pago del mismo probando dicha diferencia por un medio distinto del exigido por la ley, sin perjuicio, de que él coparticipe confiese en juicio que efectivamente hubo simulación y que el precio era otro.

Sin duda, la Corte Suprema tiene aún mucho que decir sobre la simulación, más cuando nuestra legislación no se hace cargo de ella, de manera que de mantenerse la legislación como está, seguiremos encontrando personas que depositan su confianza en un testafierro, más bastara con que este último junto con el coparticipe de la simulación desconozcan el acuerdo simulatorio para que una de las partes de la negocio vea perjudicado sus intereses; o bien, seguiremos encontrando casos donde las partes sin poder acreditar su real voluntad con los medios de prueba regulados, serán defraudados por la persona en la cual depositó la confianza; o porque no, tendremos más situaciones donde la pretensión de aquel que exige el cumplimiento de un acuerdo ante tribunales se verá limitado por el artículo 1683, aún y cuando el acuerdo aparente jamás haya existido para él, pero a ojos de la Corte, él sabía o debió saber del vicio que invalida el contrato cuya nulidad se solita para poder exigir el cumplimiento del oculto, cuando en verdad lo que vale desde el principio para las partes es este acto secreto, no debiendo ser su tarea anular el acto aparente, sino que solo probar la existencia y contenido del acto oculto, ya que al ser el primero sólo una pantalla sin eficacia jurídica alguna para ellos no podrán acreditar en juicio que efectivamente se está ante un acto exigible.

En conclusión, se requiere que nuestra legislación se haga cargo de una institución usada a diario por personas que tal como vimos en las sentencias analizadas en el quinto capítulo con la intención de postular a subsidios habitacionales, o de burlar normas prohibitivas que no les permiten realizar los negocios en la forma por ellos querida, acuerdan un negocio simulado que luego no tendrá los efectos esperados, y que dada la rigidez del sistema probatorio que en materia contractual existe en Chile los hace tener que cargar con estos efectos indeseados. La falta de normativa que regule el negocio simulado de manera expresa, y siendo las normas de interpretación contractual insuficientes en esta materia, pues la voluntad real generalmente no se encuentra manifestada en ningún instrumento, por tanto las partes que se puedan ver afectadas por el negocio simulado no podrán solicitar al tribunal que se les permita remediar estas situaciones; sumado a esto los distintos tribunales de nuestro país, incluida la Corte Suprema, aún no han planteado un criterio unificado en esta materia, sin embargo nosotras mantenemos la postura que se inclina porque todo aquel que pacto un negocio simulado se debe hacer responsable de los efectos que este trae aparejado, así como también debe actuar diligentemente, procurando al momento de celebrar el acto, generar los medios de prueba que en caso de incumplimiento le permitan probar su pretensión, ya que si en la legislación no se incorpora esta institución muchos coparticipes se verán traicionados por aquel en el que confió.

TABLA SENTENCIAS

TRIBUNAL	FECHA	FUENTE	PÁGINA
16° Juzgado Civil de Santiago	28-nov-06	Rol 6878-2009 www.poderjudicial.cl	134
C. Apelaciones Antofagasta	05-ago-10	L. Publishing N° 4686/2010	50
C. Apelaciones Chillán	03-mar-10	M. Juris N° 23431	25
C. Apelaciones Concepción	24-abr-12	Rol 1934-2010 www.poderjudicial.cl	30; 81
C. Apelaciones Concepción	18-oct-17	L. Publishing N° 2237	10; 94; 100
C. Apelaciones Concepción	03-sept-14	Rol 460-2014 www.poderjudicial.cl	111
C. Apelaciones Concepción	03-sept-14	L.P. N°6845	111
C. Apelaciones Coyhaique	12-ago-11	M. Juris N° 28803	10; 83
C. Apelaciones Coyhaique	12-Ago-11	M.J. N°9485	67
C. Apelaciones La Serena	04-abr-12	N°3985/2012	64
C. Apelaciones San Miguel	23-dic-13	M. J. N° 36710	61
C. Apelaciones Santiago	28-jun-07	L. Publishing N°1242	136
C. Apelaciones Santiago	17-jun-09	G. Jurídica N° 348	24

C. Apelaciones Santiago	21-jul-14	L. Publishing N° 4707	41; 58
C. Apelaciones Santiago	01-dic-14	L. Publishing N° 10093	17
C. Apelaciones Santiago	28-jul-11	M. Juris N° 28615	16; 46
C. Apelaciones Santiago	10-jul-85	M. Juris N° 5786	18; 105
C. Apelaciones Santiago	28-jun-07	L.P. N° 1242/2007	27
C. Apelaciones Temuco	24-ago-10	L. Publishing N° 6232	12; 24; 37; 62
C. Apelaciones Temuco	07-mar-13	M. Juris N° 34709	15; 29; 49
C. Apelaciones Temuco	20-jul-16	V.Lex N° 645453093	9
C. Apelaciones Temuco	18-dic-03	Rol 1465-2003 www.poderjudicial.cl	114
C. Apelaciones Valparaíso	08-ago-14	M. Juris N° 38384	25
C. Suprema	01-jun-10	M. Juris N° 24026	23
C. Suprema	19-ene-12	M. Juris N° 30909	38; 47
C. Suprema	26-jul-12	Rol 4397-2012 www.poderjudicial.cl	21
C. Suprema	21-jul-14	Rol 2749-2013 www.poderjudicial.cl	49; 85
C. Suprema	30-mar-15	L. Publishing N° 1694	10; 17; 55
C. Suprema	23-dic-15	V. Lex N° 590465442	13; 89
C. Suprema	24-nov-16	V. Lex N° 654011737	10; 27; 29; 38; 42; 76
C. Suprema	15-mar-17	V. Lex N° 671576065	51; 98; 99
C. Suprema	30-mar-17	V. Lex N° 673541361	10; 16; 62; 108
C. Suprema	26-may-11	V. Lex 333033998	26

C. Suprema	10-ago-10	M.J. N° 24579	76
C. Suprema	07-abr-09	Rol 4470-2007 www.poderjudicial.cl	89; 103; 138
C. Suprema	20-jul-16	V. Lex N° 64545093	75
C. Suprema	12-dic-16	V. Lex N° 655353737	107
C. Suprema	20-jul-06	M.J. N°8723; L.P. N°6023/2006	113;116
C. Suprema	15-ene-08	M.J. N°16558	121
C. Suprema	17-nov-15	L.P. N° 6993	126
C. Suprema	10-ago-14	L. Publishing N° 4642/2015	58
J. de Letras y Garantía Yumbel	30-abr-15	www.poderjudicial.cl	126;127

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk Manasevich, R. (2001). *Las obligaciones* (4° Edición ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Alcalde Rodríguez, E. (2000). La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales. *Revista Chilena de Derecho*, 27(2).
- Alessandri Bessa, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (Vol. I). Santiago: Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, A., & Somarriva, M. (2010). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (Vol. I). Santiago: Jurídica de Chile.
- Cárcaba Fernández, M. (1986). *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona: Librería Bosh.
- Casarino Viterbo, M. (2005). *Manual de derecho procesal* (5 ed., Vol. II). Santiago: Jurídica de Chile.
- Díez Duarte, R. (2014). *La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Teoría jurídica y práctica forense*. (3° ed.). Santiago: Editorial Metropolitana.
- Ducci Claro, C. (2010). *Derecho civil. Parte general* (4° ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Ferrara, F. (1960). *La simulación de los Negocios Jurídicos* (2° ed.). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Fueyo Laneri, F. (1991). El fraude a la ley. *Revista de derecho y jurisprudencia*, LXXXVIII(2), 25-50.
- León Hurtado, A. (1963). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Jurídica de Chile.
- León Hurtado, A. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (4° Edición ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- López Santa María, J. (1998). *Los contratos. Parte general* (2° Edición ed., Vol. II). Santiago: Jurídica de Chile.
- López Santa María, J. (2005). *Los contratos: parte general* (4° Edición ed., Vol. II). Santiago: Jurídica de Chile.

- Meza Barros, R. (2009). *Manual de derecho civil. De las obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Niño Tejada, E. (1991-1992). La Simulación. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*(XIV), 71-95.
- Paillas, E. (2003). *La simulación en derecho privado. Doctrina y jurisprudencia*. (3° Edición ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Parra Labarca, R. (1994). *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley.
- Parra Labarca, R. (1999). *Tratado de la simulación* (Vol. II). Santiago: Ediciones jurídicas La Ley.
- Peñailillo Arévalo, D. (1992). Cuestiones Teórico-Prácticas de la Simulación. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, LX(191).
- Peñailillo Arévalo, D. (1996). El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, LXIV(200), 7-40.
- Ramos Pazos, R. (2008). *De las obligaciones* (3° Edición ed.). Santiago: Legal Publishing.
- Real Academia Española*. (28 de mayo de 2016). Obtenido de www.rae.es
- Samper Polo, F. (2003). *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Sánchez Lecaros, J. (1998). La Acción de Simulación. *Revista de Derecho*, VI(6), 96.
- Vial del Rio, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico* (5° ed.). Santiago: Jurídica de Chile.