



Universidad de Chile
Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Privado

PROBLEMAS DE LA SIMULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales**

JOSEFA MARGARITA VICENCIO SANHUEZA

**PROFESOR GUIA:
HUGO CÁRDENAS VILLARREAL**

Índice

Introducción.....	4
CAPITULO I: Conceptualización general de la simulación	6
1. Concepto.....	6
2. Naturaleza jurídica	9
3. Elementos que conforman la simulación.....	11
a. Acuerdo de las partes o acuerdo simulatorio.....	12
b. Disconformidad intencional de las partes.....	13
c. Finalidad: engañar a terceros.....	14
d. Perjudicar a terceros: simulación ilícita.....	16
4. Clases de simulación y sus efectos.....	16
a. En cuanto al contenido del acto simulado	17
a. Simulación relativa	17
b. Simulación absoluta	19
b. En cuanto a la licitud del acto simulado	20
a. Simulación lícita	21
b. Simulación ilícita.....	22
5. Regulación en el Código Civil chileno	25
CAPITULO II: Prueba de la simulación	27
1. Regulación de la prueba en la simulación y admisibilidad de la prueba de testigos 27	
2. Carga de la prueba.....	32
3. Prueba de presunciones y su importancia en esta materia.....	36
a. Presunción como medio de prueba.	37
1. Concepto de presunción ¿unitario o plural?	37
b. Estructura de las presunciones simples	42
c. Requisitos para que el hecho base tenga la aptitud de producir una presunción judicial.	44
d. Rol de las máximas de la experiencia.....	47
CAPITULO III: Relación de la Simulación con el régimen de sanciones de ineficacia de nuestro ordenamiento jurídico.....	50
1. Acción de simulación.....	50
a. Objeto	50

b. Legitimidad procesal: condiciones requeridas para entablar la acción	51
2. Relación de la simulación con las sanciones de ineficacia	52
a. Relación entre la simulación y la inoponibilidad	52
b. Relación entre la simulación y la nulidad	54
a. La simulación no es una causal de nulidad	54
b. Declaración de nulidad en la simulación absoluta	55
c. Declaración de nulidad en la simulación relativa	58
Conclusiones	62
Bibliografía	68
Jurisprudencia	70

Introducción

La simulación es una institución que, si bien tiene una escasísima regulación legal, es relevante en nuestro ordenamiento jurídico en tanto mecanismo de protección a terceros que pueden eventualmente verse afectados por actos simulados que lesionen intereses jurídicamente protegidos.

Por ello, para realizar un estudio más acabado del tema se debe recurrir necesariamente a otras fuentes del derecho. En este trabajo se intentará abordar el fenómeno de la simulación desde distintas perspectivas, poniendo especial énfasis en la visión que ha tenido la Corte Suprema, en adelante, indistintamente “Corte Suprema” o “Corte”¹, para abordar los diversos temas y, así, entender cómo funciona esta institución en la realidad jurídica y en el día a día del funcionamiento de nuestros tribunales, más allá de las diversas teorías que se han discutido sobre la materia.

En ese sentido, el presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis sobre los principales elementos de la simulación, así como sobre los principales problemas en materia probatoria que se presentan a raíz de la complejidad de llevar a juicio un asunto que, por su naturaleza, es necesariamente oculto.

Para ello, en primer lugar, se abordará el concepto de simulación, cuáles son las teorías que ha acogido la Corte al respecto, realizando todas las distinciones relevantes al efecto.

En segundo lugar, se abordará la prueba de la simulación. Como se verá en el primer capítulo, el acuerdo simulatorio siempre tiene por finalidad engañar a terceros, de ahí que es necesario que, en el caso de que este engaño les produzca perjuicios – simulación ilícita – el ordenamiento jurídico les provea de las herramientas necesarias para solicitar la protección de sus intereses jurídicos.

¹ Toda referencia en que no se especifique, se entenderá realizada a la Corte Suprema de Chile.

Sin perjuicio de que el Código de Procedimiento Civil tiene plena vigencia en esta materia, también es cierto que la Corte Suprema ha utilizado las herramientas otorgadas por el mismo para dar una mayor flexibilidad, atendiendo precisamente a que, en caso contrario, se trataría de una exigencia imposible de cumplir. Por esto, se estudiará específicamente el tratamiento que ha realizado la jurisprudencia respecto de las presunciones judiciales y cómo aplican en esta materia.

Finalmente y para concluir, se abordará la hipótesis en que un acuerdo simulatorio llega a un litigio: la acción de simulación y las sanciones de ineficacia aplicables.

En cuanto a la acción de simulación, se estudiará su objeto y las características relevantes, así como la legitimidad para interponerla.

En cuanto a las sanciones de ineficacia, no obstante las diferencias de opiniones existentes a nivel doctrinal, en este trabajo se abordará la relación entre la simulación, la inoponibilidad y la nulidad; en este último caso, realizando todas las distinciones pertinentes en cuanto a sus efectos en relación a la simulación absoluta y relativa.

Es relevante indicar que la presente memoria se realizó bajo el marco de un proyecto de investigación de los profesores Hugo Cárdenas Villarreal y Ricardo Reveco Urzua sobre las "sanciones de ineficacia" en el ordenamiento jurídico nacional, donde a través de un completo estudio jurisprudencial, se busca sistematizar y analizar los tipos de ineficacias; revisando al mismo tiempo si el propio concepto de "sanción" resulta explicativo de todas aquellas o si al contrario, se precisa contar con una concepción distinta.

CAPITULO I: Conceptualización general de la simulación

En este capítulo se tratará sobre el concepto de simulación y su naturaleza jurídica, cuáles son los elementos que la conforman, las principales clasificaciones y, en último término, su actual regulación en nuestra legislación nacional.

1. Concepto

Para tratar la simulación como un fenómeno relevante en el ámbito contractual y, en particular, en su relación con las sanciones de ineficacia, en primer lugar debemos definirla.

Bien es sabido que nuestro legislador no otorga una definición propia de la misma, limitándose simplemente a regular algunos de sus efectos, presuponiendo ya su existencia y, por tanto, los principales elementos que la conformarían.

Por lo mismo, hasta ahora, ha sido un trabajo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia la delimitación del concepto de simulación. Desde ya hacemos la prevención de que otorgar un concepto de simulación no es una tarea sencilla dada la complejidad del fenómeno simulatorio y, debido a ello, en muchas ocasiones los autores simplemente se limitan a explicar el mecanismo de la simulación y cómo se configuran los elementos que la integran, sin dar un concepto propiamente tal. Así lo expresa María Carcaba².

A su vez, dicha autora ha intentado explicar el origen del concepto, entendiendo que el elemento central que la define es el del engaño, en particular expresa que *“El término ‘simulación’ proviene de la voz latina ‘simulare’, que significa fingir o hacer aparecer lo que no es cierto, comprendiendo de este modo dos ideas diferentes con un tronco común: el engaño, que puede consistir en una mera ficción con la que se pretende burlar a los terceros haciéndoles creer en la existencia de algo que no tiene entidad, o bien en un disfraz que oculta la realidad mostrando cosa diferente de la que es”*³.

² CARCABA (1986), p. 23.

³ Ídem.

En Chile, el profesor Daniel Peñailillo sigue esta misma línea argumental, señalando que: “Al examinar el tema de la simulación hay quienes la hacen descansar en la noción de causa, lo cual implicará, habitualmente, introducirla en la causa ilícita. Sin embargo, preferimos ubicarla ampliamente en el campo de la voluntad y, más específicamente, **en el del desacuerdo entre la voluntad real y la declarada**, tal como procede – consciente o inconsciente-la generalidad de la doctrina, al menos en nuestro medio. Esto, es claro, sin perjuicio de que, en ciertas situaciones específicas, pueda resultar procedente vincularla a la causa.

Instalados en la voluntad como un elemento fundamental en la construcción del acto jurídico, es posible constatar que es frecuente que la voluntad real del sujeto no coincida con lo que declara.

Pues bien, ese desacuerdo entre la voluntad real y la declarada puede producirse consciente o inconscientemente. Y la primera alternativa se configura en al menos estas tres situaciones:

- a) *En la llamada reserva tácita o ‘reservatio mentalis’ (en que el sujeto simplemente guarda para sí una voluntad manifestando otra);*
- b) *En la denominada declaración ‘iocandi causa’ (en que el sujeto actúa en términos de representación artística o didáctica);*
- c) *En la simulación (en que se acuerda celebrar un acto en circunstancias en que no es eso lo efectivamente perseguido).*

Con estos antecedentes es que se le define como la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes con el fin de engañar a terceros. O que es el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro o ninguno”⁴, énfasis agregado⁵.

⁴ PEÑAILILLO (1992), p. 11.

⁵ En adelante, todos los énfasis serán agregados.

Sobre las afirmaciones de Peñailillo cabe detenerse brevemente a la alusión que hace al problema de la causa en relación a la simulación. En el mismo sentido que indica el autor, la Corte Suprema indicó en *Zañartu con Fritz*, en el considerando tercero de la sentencia de reemplazo que “*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 la que corresponde: es el por qué 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*”⁶.

En este sentido, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuál es el concepto de simulación. Al respecto, es conteste en entenderla como una disconformidad entre la voluntad real y declarada, de la misma forma que la definió Peñailillo precedentemente, así, en *Zañartu con Fritz*, en el considerando primero de la sentencia de reemplazo, reitera que “*como ya ha tenido ocasión de asentar este Tribunal de Casación, 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. También se la ha definido como el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro, o ninguno*”⁷.

A mayor abundamiento, en *González con Gamboa* la Corte en su considerando séptimo profundiza en el significado etimológico de la voz “*simulación*”, en virtud del cual la misma “*tiene su origen en las locuciones latinas ‘simul’ y ‘actio’ y según esta etimología señala el concierto o inteligencia de dos o más personas para dar a alguna cosa la apariencia de otra.* (Raúl Diez Duarte. ‘*Contrato Simulado*’ Editorial Jurídica Conosur, 1995, pág. 47). *La simulación, desde el punto de vista jurídico se define como la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes, con el fin de engañar a terceros. También, como el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro o ninguno.*

⁶ ZAÑARTU CON FRITZ (2015).

⁷ ZAÑARTU CON FRITZ (2015). En el mismo sentido, FIGUEROA CON FIGUEROA (2011) y CORVACHO CON CORVACHO (2011).

Para Cariota Ferrara la 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”⁸.

Así, a modo de conclusión, podemos indicar que la concepción que tiene la Corte Suprema sobre el concepto de simulación, es aquella que la entiende como una disconformidad entre la voluntad y la declaración, de la misma forma que la entiende Peñailillo y Carcaba.

2. Naturaleza jurídica

Una vez precisado el concepto de simulación que tiene aplicación en nuestro derecho, conviene hacer presente una discusión en torno a cuál es su naturaleza jurídica. Este punto no es pacífico, existiendo algunas posturas que se expondrán a continuación.

En primer lugar, existe una postura que considera que la simulación sería un vicio de la voluntad. Sin embargo, debido a que el Código Civil chileno establece de manera clara y taxativa cuáles son los vicios del consentimiento, esta teoría no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo mismo, no será analizada en profundidad dada su poca relevancia.

Una segunda teoría considera la simulación como una anomalía o vicio de la causa del contrato. Esta teoría es aquella que se mencionó citando a Peñailillo en el apartado anterior. Sin embargo, y como fue señalado, nuestra Corte desecha esta interpretación, dado que entiende que el acto simulado sí tiene causa, y esta sería la denominada “*causa simulandi*”. En *Zañartu con Fritz* lo expresa claramente al manifestar en el considerando tercero de la sentencia de reemplazo que “*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*

⁸ GONZALEZ CON GAMBOA (2011).

a la que corresponde: es el por qué 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”⁹.

En ambas teorías se considera al acto simulado como uno susceptible de ser privado de eficacia por nulidad o por inexistencia¹⁰, en este caso la sanción de ineficacia elegida dependerá de la postura del autor en cuanto a este tema, sin perjuicio de que en nuestro derecho la Corte Suprema ha reconducido la sanción de inexistencia a través de la nulidad absoluta, dada la actual regulación del Código Civil en la materia, por lo que, en realidad, no es relevante realizar esta distinción.

Así, en *Candia con Vilches* la Corte explica que, dada la regulación en Chile de las sanciones de ineficacia, una causal que en doctrina sería de inexistencia, deberá ser sancionada con la nulidad, en particular indica que **“Como es sabido, el objeto sobre el que versa la voluntad de sus otorgantes, constituye un requisito de existencia de los actos jurídicos y, dado que nuestro ordenamiento no contempla, de modo expreso, la inexistencia jurídica como una sanción, en la generalidad de los casos en que falta el mencionado presupuesto, se admite su sanción por vía de la nulidad en referencia. En palabras del profesor Alessandri: ‘la falta de objeto constituye causa de nulidad absoluta, pudiendo incluirse entre aquellos requisitos que se exigen en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra’.** (*La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Ed. Jurídica de Chile, T. I, pág. 193*)”¹¹.

Adicionalmente, Eduardo Niño Tejeda propone una tercera alternativa a la nulidad, en virtud de la cual plantea la posibilidad de considerar la simulación como una modalidad de los actos jurídicos, junto al plazo, a la condición, al modo y a la solidaridad, ninguna de las cuales pertenece esencial ni naturalmente al acto, sino que se le agrega por medio de cláusulas especiales, por manifestaciones de voluntad expresas y particulares¹². Con esta teoría, postula

⁹ ZAÑARTU CON FRITZ (2015).

¹⁰ MÜLLER (2006), P.63.

¹¹ CANDIA CON VILCHES (2011).

¹² NIÑO (1992), p. 81.

al mismo tiempo que el acto disimulado sería parte del acto ostensible como una “cláusula” adicional a este.

3. Elementos que conforman la simulación

Una vez revisado el concepto de simulación, es relevante repasar los elementos que la componen.

Al respecto, podemos señalar que nuestra Corte Suprema ha uniformado el criterio en torno a señalar cuáles son los principales elementos que conformarían la simulación. En particular, en *Zañartu con Agrícola e Inmobiliaria Norte y Sur* ha descrito todos los elementos de la simulación, señalando en su considerando primero que “*como ya ha tenido ocasión de asentar este Tribunal de Casación, 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.*

También se la ha definido como el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro, o ninguno.

*De lo dicho aparece que son elementos de la simulación, los que siguen: a) **disconformidad entre la voluntad real, efectiva, verdadera y la declarada o manifestada;** b) **deliberación y conciencia de la disconformidad, esto es, voluntad y pleno conocimiento de que queriéndose algo se expresa una voluntad diferente.** 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) **concierto entre las partes**, o sea, comunicación recíproca y acuerdo entre ellas en que lo manifestado como voluntad ostensible es sólo apariencia porque lo realmente convenido es algo distinto, o la nada, es decir puede no existir voluntad negocial alguna; y d) **derivado de lo anterior, intención de engañar a terceras personas**”¹³.*

¹³ ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

Este criterio ha sido seguido por la Corte Suprema en diversos fallos, los cuales son contestes¹⁴.

La doctrina, por su parte, concuerda con la jurisprudencia en este punto. Es posible afirmar que ambas son seguidores de los postulados de Ferrara en esta materia, el primero en proponer los elementos mencionados¹⁵. Adicionalmente, este planteamiento es seguido por otros autores, como Raúl Diez Duarte¹⁶ y Avelino León Hurtado¹⁷.

A continuación, los elementos mencionados se desarrollaran por separado.

a. Acuerdo de las partes o acuerdo simulatorio

El acuerdo entre las partes para celebrar un acto simulatorio es un elemento de la esencia de la simulación, el que puede consistir en esconder un acto distinto o simplemente aparentar la existencia de un acto que no es real, dependiendo de si la simulación es absoluta o relativa, como se verá más adelante.

Se entiende que este acuerdo es un elemento de la esencia, ya que sin él estaríamos simplemente frente a una reserva mental, la cual produce efectos jurídicos distintos a los de la simulación¹⁸.

Existe una discusión en torno a la naturaleza de este acuerdo simulatorio, existiendo dos tendencias en doctrina, a saber, una que lo considera parte integrante del contrato simulado, y otra que considera que el acto simulado y el acuerdo simulatorio son dos negocios distintos, autónomos e independientes, pero relacionados por un nexo teleológico que los une para dar lugar a la simulación¹⁹.

¹⁴ FIGUEROA CON FIGUEROA (2011), GONZALEZ CON GAMBOA (2011), ZAÑARTU CON FRITZ (2015), entre otros.

¹⁵ FERRARA (1961), p. 56.

¹⁶ DIEZ DUARTE (2014), p. 60.

¹⁷ LEÓN HURTADO (1979), p. 132.

¹⁸ La reserva mental existe cuando se emite una declaración de voluntad conscientemente divergente del querer interno con la intención de engañar a la otra parte, consistiendo, por tanto, en no aceptar en el fuero interno lo que se manifiesta como voluntad real (Carcaba (1986), p. 49). En cuanto a sus efectos, la reserva mental no tiene influencia alguna en la validez y eficacia del acto jurídico ya que no influye en la seriedad de la declaración, a diferencia de la simulación en que las partes no manifiestan una voluntad seria de obligarse, es solo una apariencia.

¹⁹ NIÑO (1992), p. 80.

Adicionalmente, es posible diferenciar en este aspecto el contenido del acuerdo simulatorio, dependiendo de si estamos frente a una simulación relativa o una simulación absoluta – distinción en la que se profundizará más adelante – dado que en el primer caso debe quedar establecido que tras el negocio aparente existe otro que es el realmente efectuado, el cuál igualmente debe ser acordado pero de manera disimulada – y, en el fondo, no sería otra cosa que una parte del mismo acuerdo simulatorio, pero que se realiza a escondidas por las partes – y en el caso de la simulación absoluta, por su parte, debe quedar establecido que en realidad, no existe voluntad negocial alguna²⁰.

A su vez, este elemento es relevante dado que permite determinar los actos jurídicos que son susceptibles de simulación. En opinión de Peñailillo – doctrina mayoritaria – esta exigencia de concierto en el acuerdo simulatorio dejaría dispuesto que la simulación sólo procede en los actos jurídicos bilaterales o convenciones, sin perjuicio de que también sea concebible en los actos jurídicos unilaterales recepticios, por ejemplo, la notificación al deudor para perfeccionar a su respecto la cesión del crédito, el requerimiento de pago, entre otros. Lo entiende concebible atendido a que el acuerdo de voluntades puede realizarse entre el autor de la voluntad emitida y el destinatario del acto jurídico unilateral recepticio²¹. En el mismo sentido, concuerda Eduardo Niño Tejeda²².

b. Disconformidad intencional de las partes

Como fue mencionado, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido uniforme en exigir este elemento como un requisito para configurar la simulación.

Pese a ello, la doctrina no es conteste en cuanto a la formulación específica de este requisito. Por ejemplo, Díez Picazo niega la posibilidad de que exista un desacuerdo entre la voluntad interna y la exteriorizada, afirmando que quien dice querer cuando en realidad no quiere se

²⁰ CARCABA (1986), p.28.

²¹ PEÑAILILLO (1992), p.12.

²² NIÑO (1992), p. 77.

expresa de este modo voluntariamente, de suerte que lo manifestado coincide plenamente con la voluntad de realizar tal declaración²³, es decir, existe voluntad en declarar lo que se declara, independiente del querer interno de quien realiza tal declaración.

Sin embargo, esta postura no sería precisa, en el sentido que dicha explicación no sería suficiente para afirmar que no existe desacuerdo propiamente tal en relación a la voluntad interna y la declarada, simplemente sirve para calificar esta discordancia como consciente o intencional, esta disconformidad existe pese a que sea ineficaz por mutuo acuerdo, en este sentido lo expresan Verdura y Tuells y María Carcaba²⁴.

Así como Díez Picazo, existen otras posturas, muy minoritarias que, bajo diferentes argumentos, continúan señalando que esta disconformidad no es tal, sin embargo, no es del caso tratarlas en esta tesis por su poca relevancia a nivel nacional.

María Carcaba, por su parte, concluye que este requisito es esencial en la simulación, dado que permite diferenciarla del error obstativo, específicamente señala que *“la consciencia de la divergencia distingue la simulación del error obstativo ya que en ambos supuestos existe discordancia entre la voluntad y la declaración, pero en el primer caso se produce de forma deliberada, mientras que en el segundo se origina inconscientemente al incurrir el declarante en una equivocación al elegir los medios para manifestar su voluntad”*²⁵.

c. Finalidad: engañar a terceros

Como tercer elemento configurativo de la simulación como fenómeno jurídico se señala, nuevamente de forma conteste por nuestra Corte Suprema, que es esencial que exista una finalidad específica y determinada, consistente en el engaño a terceros. Así, en *Zañartu con Fritz* al caracterizar los principales elementos de la simulación señaló *“Como ya ha tenido ocasión de asentar este Tribunal de Casación, la simulación consiste en la disconformidad*

²³ DIEZ PICAZO (1981), p.557.

²⁴ CARCABA (1986), p.32.

²⁵ Ídem, p.33.

*deliberada y consciente entre la voluntad real y la 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. De lo dicho aparece que son elementos de la simulación, los que siguen: a) disconformidad entre la voluntad real, efectiva, verdadera y la declarada o manifestada; b) deliberación y conciencia de la disconformidad, esto es, voluntad y pleno conocimiento de que queriéndose algo se expresa una voluntad diferente. 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) concierto entre las partes, o sea, comunicación recíproca y acuerdo entre ellas en que lo manifestado como voluntad ostensible es sólo apariencia porque lo realmente convenido es algo distinto, o la nada, es decir puede no existir voluntad negocial alguna; y d) **derivado de lo anterior, intención de engañar a terceras personas**”²⁶.*

En primer lugar, es necesario distinguir entre lo que es el engaño a terceros del daño o perjuicio de los mismos, dado que conceptualmente son diferentes. Una explicación elocuente de esta distinción es aquella realizada por Josserand, quien explica que el fin que se persigue engañando a terceros puede ser lícito, y da como ejemplo la entrega de una dote simulada hecha con el solo propósito de ostentación, o donaciones hechas por un filántropo por medio de una tercera persona solo para evitar las manifestaciones de gratitud de aquellas personas a quienes protege²⁷. La razón de esta distinción es precisamente por qué este requisito difiere de aquel que distingue entre la simulación lícita de aquella que es ilícita.

Esta distinción conceptual es independiente que, de hecho, en la mayoría de los casos las personas efectivamente tengan el objetivo de perjudicar a terceros, pero aquella situación es configurativa de una clasificación de la simulación, la simulación ilícita y la frecuencia en su ocurrencia no modifica las distinciones conceptuales relevantes. Por tanto, el daño o perjuicio no es de la esencia de la simulación, dado que se dejarían fuera posibles situaciones de simulación lícita, produciendo una confusión conceptual.

²⁶ ZAÑARTU CON FRITZ (2015).

²⁷ JOSSERAND (1946), p. 241.

Finalmente, no obstante lo dispuesto por la Corte, Daniel Peñailillo discrepa, en parte, de esta afirmación, dando cuenta que, a su parecer, el establecimiento de este requisito sería innecesario ya que este se subentendería de los otros, en concreto, señala que *“si ya se ha exigido que para que se configure la simulación debe existir disconformidad entre la voluntad real y la declaración y, más todavía, se ha exigido el concierto entre las partes, la exigencia de un fin de engañar a los terceros es innecesaria. Es evidente que si las partes, de común acuerdo, declaran algo que no quieren, todo tercero que tome conocimiento de ese acto resultará engañado. Tengan o no las partes la intención de engañar, los terceros resultarán engañados, puesto que pensarán que es cierto lo que no es. Por lo demás, que otra intención podrían tener las partes cuando declaran lo que no quieren, sino engañar al resto de la comunidad. En suma los contratantes, por el sólo hecho de declarar lo que no quieren, objetivamente están engañando a terceros”*²⁸.

d. Perjudicar a terceros: simulación ilícita

Como ya fue expuesto, es perfectamente posible distinguir la finalidad de engañar que la de perjudicar a terceros, por ello, es fácticamente posible que se produzca una simulación con fines lícitos e incluso altruistas.

En el caso de la simulación ilícita sí es un requisito el perjudicar a terceros o infringir la ley. Este tema será tratado con mayor profundidad en el siguiente apartado, al tratar sobre las clasificaciones de la simulación.

4. Clases de simulación y sus efectos

La simulación puede ser clasificada atendiendo a dos criterios diferentes: en cuanto al contenido del acto simulado y en cuanto a la licitud del mismo. Estas categorías serán analizadas a continuación.

²⁸ PEÑAILILLO (1992), p.13.

a. En cuando al contenido del acto simulado

La Corte Suprema ha utilizado reiteradamente este criterio de clasificación, y en *Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria los Nogales* explicó su contenido, distinguiendo entre simulación absoluta y relativa, en particular dijo en su considerado vigésimo segundo “*que, desde otro prisma, la simulación puede ser absoluta o relativa. En la primera, el acto jurídico se da sólo en apariencia, pues carece por completo de contenido serio y real. La declaración que se formula no obedece a voluntad real alguna; como dice Ferrara, ‘el negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público’ (Obra citada; página 173). En suma, el negocio resulta ser por completo ficticio, lo que tiene lugar, por ejemplo, cuando el deudor, ante la amenaza de ejecución de sus bienes, simula enajenarlos a un tercero. La simulación relativa, en cambio, supone la celebración de un acto jurídico aparente, cuando en realidad se persigue convenir en otro distinto. Quienes concurren a darle forma tienen la intención de concluir un negocio verdadero, pero lo disfrazan con una modalidad diversa de manera que su naturaleza real permanece oculta. Ejemplo típico de esta forma de simulación es el de un contrato aparente de compraventa, tras el cual, se esconde una donación*”²⁹.

De esta forma, lo relevante es determinar la existencia – o no – de un acto disimulado. De esta distinción se generan una serie de efectos que se abordarán en esta tesis, de estos son particularmente relevantes aquellos efectos relacionados a las consecuencias jurídicas de los mismos y las eventuales sanciones de ineficacia que aplican en uno u otro caso, conforme se tratará más adelante.

a. Simulación relativa

Esta clase de simulación es aquella en que las partes declaran su voluntad de celebrar un acto jurídico diverso al que realmente desean celebrar, por tanto, hay dos actos entre las mismas partes, el primero es el “acto simulado”, que es aquel acto que las partes han celebrado

²⁹ CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011).

públicamente, pero cuyos efectos no han querido, y el otro es el “acto disimulado”, y es aquel que las partes han querido realmente³⁰.

De esta forma, la diferencia se puede dar en diversos aspectos del contrato, es por ello que la simulación relativa puede clasificarse de la siguiente forma:

- a. En relación a la naturaleza del negocio realmente celebrado. Tal como su nombre lo indica, en este caso las partes dan la apariencia jurídica de un negocio que no quieren celebrar y en realidad celebran uno distinto; un ejemplo típico es la donación disfrazada de contrato oneroso.
- b. Aquella que recae sobre las condiciones del negocio. En este caso, tanto el contrato simulado como el disimulado tienen la misma naturaleza jurídica, por ejemplo, una compraventa, sin embargo, se difiere en parte de sus términos, como pueden ser el objeto, la fecha, el precio, modalidad, pactos accesorios, etc.
- c. La interposición de personas, en que cambian los sujetos del contrato. En esta subclasificación alguien finge contratar con una persona pero en realidad lo hace con otra, no interviniendo la persona interpuesta en el contrato, pese a aparentarlo³¹.

En cuanto a los efectos de la simulación relativa, hay que hacer varias distinciones. En primer lugar, difieren los efectos en relación a las partes y en relación a terceros, dado que la regla general es que las partes, al haber acordado la voluntad real en el acto disimulado, este debe prevalecer.

Sin embargo, la situación es diferente en relación a los terceros, en particular los terceros de buena fe. Este es un tema complejo que será tratado más adelante con la debida profundidad, sin embargo, en este capítulo se dejarán establecidos los lineamientos generales para abordar adecuadamente este problema.

³⁰ FIGUEROA (2006), p.37.

³¹ CARCABA (1986), pp. 61 - 62.

Primeramente debemos distinguir aquellos terceros a quienes les perjudica el acto simulado de aquellos a los que les perjudica el disimulado, en el primer caso la doctrina ha señalado que procede la denominada “acción de simulación”, en virtud de la cuál los terceros hacen valer el contrato disimulado en relación a las partes.

En las otras hipótesis, el contrato que será válido para los terceros será el contrato aparente, esto queda demostrado en el artículo 1707 del Código Civil, el que señala que las escrituras privadas realizadas con la intención de alterar lo pactado en una escritura pública no producen efectos respecto a terceros, por tanto, el artículo mencionado puede ser invocado por terceros como una excepción, para hacerles inoponible el acto simulado que se pretende hacer valer en su perjuicio, es decir, el contrato disimulado les es inoponible a estos terceros por falta de publicidad. Los terceros igual podrían invocar este artículo solicitando la nulidad del acto simulado, en el caso que les resulte conveniente hacer valer la voluntad real de las partes³².

b. Simulación absoluta

La simulación absoluta, por su parte, es aquella en que las partes celebran un acto jurídico sin la intención de celebrar acto jurídico alguno. En ella hay solo un acto, el acto simulado³³.

En la práctica, el principal ejemplo de simulación absoluta – y que a la vez es ilícita – es la realización de un contrato simulado para perjudicar a los acreedores, esto suele realizarse o (i) fingiendo una disminución del activo, o (ii) aparentando un aumento del pasivo al fingir que se adquieren nuevas obligaciones. Sin perjuicio que, conceptualmente, puede existir una simulación absoluta con fines lícitos.

En cuanto a los efectos del acto simulado de manera absoluta y su relación con las sanciones de ineficacia cabe detenerse un momento. Sobre este punto Carcaba señala “*en cuanto a la inexistencia del negocio absolutamente simulado, hay que partir de la idea de que la simulación*

³² FIGUEROA (2006), p. 38.

³³ Ídem.

es un fenómeno jurídico autónomo que en ningún momento ha de ser confundido con una categoría de invalidez”³⁴.

Esto es muy relevante, dado que es un tema complejo y tratado de diversas maneras por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema. Sin embargo, la misma señaló en *Toro con González*, en su considerando vigésimo segundo “*que, 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 pueden hacer públicamente también pueden 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*”³⁵.

Sin perjuicio de ello, de igual forma es relevante entender cuál es el efecto jurídico del acto ostensible cuando la simulación es absoluta, y sobre esto existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca en *Fuentes con Fuentes* que lo expresa de la siguiente manera en su considerando sexto: “*Que el contrato simulado absolutamente adolece de una falta total de consentimiento y por ello no produce efecto contractual alguno, por no existir en su celebración un interés serio y real, limitándose las partes a crear una mera apariencia de contrato legalmente celebrado, ejecutándolo de una manera ficticia para perjudicar a terceros. Es por ello que no existe voluntad de producir los efectos propios del contrato*”³⁶.

Esta prevención es relevante dado que este tema será tocado con mayor profundidad en el capítulo final de esta tesis.

b. En cuanto a la licitud del acto simulado

³⁴ CARCABA (1986), p.63.

³⁵ TORO CON GONZALEZ (2015).

³⁶ FUENTES CON FUENTES (2015).

Sobre esta clasificación, es usual la confusión en relación a la simulación en general con la simulación ilícita que, como fue mencionado, se debe a la frecuencia de la simulación ilícita en el ámbito jurídico, en contraposición a la simulación lícita, que es menos habitual.

El criterio para determinar esta clasificación dice relación con la licitud del fin perseguido por las partes del contrato simulado, en el sentido de que, si el fin es lícito, la simulación será lícita y si es ilícito, la simulación será ilícita. En general se señala que, para que la simulación sea ilícita, el fin perseguido debe ser perjudicar a terceros o infringir la ley.

Al respecto, Raúl Diez Duarte ha señalado respecto de esta clasificación que *“la intención de engañar es requisito esencial de la simulación, pero también es cierto que no siempre se concierne con fines fraudulentos, dolosos, sino, a veces, obedece a una causa lícita, es decir, a motivos o móviles perfectamente lícitos y hasta generosos”*³⁷. Víctor Vial, por su parte, ha indicado que la causa de la simulación lícita debe buscarse en cualquier móvil que no sea el perjuicio de terceros³⁸.

En cuanto a la simulación ilícita, debido a que su fin perseguido es perjudicar a terceros o infringir la ley, se considera contraria al ordenamiento jurídico, conllevando, por tanto, sanciones en sede civil y/o en sede penal, dependiendo la naturaleza y entidad de los perjuicios provocados.

No obstante, se debe tener presente la hipótesis en que, sin perjuicio de que la intención de las partes sea lícita, efectivamente se dañe a terceros, lo que provoca un problema en este esquema. Este punto será tratado más adelante.

a. Simulación lícita

Como se adelantó, la simulación, pese a tener por objeto el engañar a terceros, sí puede ser lícita y esto ocurre porque la publicidad no es un requisito de los actos jurídicos y, pese a que podría

³⁷ DIEZ DUARTE (2014), p.81.

³⁸ VIAL (2003), p. 141.

entenderse que en un sentido moral la finalidad de engaño sí sería ilícita, técnicamente se niega esta calificación.

Por tanto, es posible concluir que, como principio general, es lícito simular. Mientras no se perjudique (o se tenga la intención de perjudicar) a terceros, se puede contratar simuladamente³⁹.

Tal como fue mencionado, en *Toro con González* la Corte se pronunció en este mismo sentido en su considerando vigésimo segundo, apelando a la libertad de las personas de regular sus propios intereses, por lo que es válido hacerlo oculto en tanto sea lícito, en particular, señaló *“Que, 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 pueden hacer públicamente también pueden 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.*

*Según la doctrina, el acto o contrato simulado es válido y produce efectos jurídicos; siempre, naturalmente, que se ajuste a los requisitos y solemnidades a que, atendida su naturaleza propia, esté subordinada legalmente su celebración”*⁴⁰.

b. Simulación ilícita

Entonces ha quedado establecido que, conceptualmente, la regla es que la simulación sea lícita, dado que la misma se desprende del mismo concepto de la simulación y porque, conforme lo señala la unanimidad de la doctrina, así como también nuestra jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien toda simulación, por el hecho de ser tal, persigue engañar a terceros, ello no la transforma necesariamente en ilícita o ilegítima, ya que las partes pueden

³⁹ PEÑAILILLO (1992), p.14.

⁴⁰ TORO CON GONZÁLEZ (2015).

obligarse como quieran y, en tal sentido, realizar en secreto también les sería permitido realizar públicamente⁴¹. No obstante, y como se adelantó, la regla general en la práctica jurídica es precisamente la contraria, esto es, que la simulación persiga un fin ilícito.

Para definir la simulación ilícita, podemos señalar, en primer término, que es aquella que se encuentra prohibida por la ley o aquella destinada a causar perjuicio a terceros. Ella es la excepción y, como en el derecho privado la buena fe de las partes se presume, quien alega la celebración de una simulación ilícita deberá probar que los fines o propósitos para los cuales se celebró han sido ilícitos⁴². Sobre la prueba de la simulación en general se tratará en profundidad más adelante.

Para caracterizar este tipo de simulación, Josserand ha indicado que el móvil que se persiga será decisivo para calificar el acto, pues habrá mentiras jurídicas condenables y a veces criminales, otras que serán solo pecados veniales y algunas, por último, indiferentes a la moral y aún motivadas por exceso de delicadeza o de escrúpulos de conciencia⁴³.

A su vez, en esta materia conviene tener presente algunas disposiciones establecidas en nuestro Código Penal, que utilizan la figura de la simulación para la tipificación de determinados delitos y, por lo tanto, dan cuenta de algunas hipótesis legales de simulación ilícita. Las disposiciones en particular son las siguientes: art. 471 n°2, 466 inciso final y 463 bis del Código Penal, sobre las que no se profundizará por encontrarse fuera del objeto del presente trabajo.

Nuevamente, en *González con Gamboa* la Corte expuso el concepto mediante el cual entiende la simulación ilícita, al indicar en su considerando 8 que “*La doctrina entiende, por simulación ilícita la que perjudica (o tiene la intención de perjudicar) a terceros o viola (o tiene la intención de violar) la ley, y por simulación lícita la que no provoca (o no pretende provocar) alguno de aquellos resultados. Lo que se expone, sin perjuicio que en todo caso en la simulación estará presente el engaño a los terceros, por lo que desde un punto de vista ético bien podría*

⁴¹ ALCALDE (2000), p.266.

⁴² FIGUEROA (2006) p.37.

⁴³ ALCALDE (2000), p.267.

*considerarse que toda simulación es ilícita, en cuanto el engaño o encubrimiento de la verdad es ilícito*⁴⁴.

Finalmente, cabe hacer presente un comentario en relación a la hipótesis en que, sin perjuicio de que la intención de las partes sea lícita, de todas formas se cause un perjuicio a terceras personas. Al respecto, Alcalde señala que aún en las hipótesis de simulación ilícita, cree que más que sancionarse el engaño o la disconformidad entre voluntad y declaración, lo realmente punible y que justifica la intervención judicial es la mala fe o la intención fraudulenta que representa el hecho de ejecutar una conducta destinada a perjudicar a terceros. Asimismo, advierte, que no por el hecho de que la simulación ocasione un perjuicio esta deviene necesariamente en ilícita⁴⁵.

Diez Duarte, por su parte, sólo exige que se genere un perjuicio, independiente de cuál sea la intención de las partes y de si esta es fraudulenta o no – sin perjuicio de referirse de manera más bien superficial al tema⁴⁶.

Peñailillo, a su vez, distingue en cuanto a la licitud misma de la simulación, por un lado y la responsabilidad que genera, por el otro. En cuanto a la responsabilidad, postula, que en relación a las partes generaría responsabilidad contractual y en relación a terceros generaría responsabilidad extracontractual por un hecho ilícito, debido a la ausencia de vínculo contractual.

En base a esta distinción, y otras consideraciones, concluye que lo decisivo es el resultado. Indica que si perjudica a terceros la simulación es ilícita, si no los perjudica es lícita, todo con prescindencia de la intención o diligencia de los contratantes que, por lo demás, será extremadamente difícil de descubrir – si es que no imposible – al menos de manera directa, por las trabas probatorias del procedimiento civil⁴⁷.

⁴⁴ GONZALEZ CON GAMBOA (2011).

⁴⁵ ALCALDE (2000), p.267.

⁴⁶ DIEZ DUARTE (2014), p.119.

⁴⁷ PEÑAILILLO (1992), p.16.

5. Regulación en el Código Civil chileno

Por último, para terminar de conceptualizar el fenómeno de la simulación, es necesario atender a su regulación en el Código Civil.

No es una novedad que su regulación es bastante escueta, debido a la falta de una sistematización general de esta institución en nuestra legislación. Sin embargo, existen algunas disposiciones que se refieren a ella, las cuales han permitido un mayor desarrollo de la institución. Esto tiene un sentido histórico, dada la época de dictación del código, ya que esta era la tendencia de su tiempo – y, por tanto, de los códigos en los que el nuestro se inspiró.

Esta situación contrasta con la de los códigos civiles posteriores, en particular aquellos dictados desde el siglo XX en adelante, la gran mayoría de los cuales dedica al menos algunas disposiciones a la materia, en términos directos. Así, por ejemplo el código alemán (Art. 117), el código federal suizo de las obligaciones (art. 18), el código civil italiano, que destina un capítulo especial al tema (Art. 1414 a 1417), el código civil portugués 8arts. 240 a 243), el código civil boliviano, que llega a ser bastante didáctico en sus textos a este respecto (arts. 543 a 545); el código civil peruano, de notoria inspiración italiana (Arts. 190 a 194), el código civil paraguayo (Arts. 305 a 310)⁴⁸.

En cuanto a la regulación chilena propiamente tal, en este capítulo sólo nos referiremos, de forma general, a las que tienen una relación directa con la simulación, debido a que, si se consideran aquellas disposiciones relevantes en general, pero que sólo pueden ser vinculadas a la simulación de manera indirecta, su estudio se haría demasiado amplio llegando incluso a tocar materias relativas a la formación del consentimiento, cuestión que está fuera de los límites de esta tesis.

La disposición que por antonomasia es relacionada a la simulación es el artículo 1707 del Código Civil, el cual señala que “*Las escrituras privadas hechas por los contratantes para*

⁴⁸ Ídem, p.9.

alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". Se ha entendido que esta norma hace referencia a la simulación dada la caracterización que hace del supuesto de hecho que regula la norma, en específico, al referirse a "*escrituras privadas que alteren lo pactado en una escritura pública*", es decir, que de manera oculta – acto disimulado – se modifique un acto público – acto simulado.

A su vez, otra disposición relevante en esta materia es el artículo 1876 inciso segundo que, a propósito de la regulación del contrato de compraventa indica los efectos probatorios que produce la afirmación de haberse pagado el precio en una escritura de venta, aún cuando esta disposición haya sido simulada, en específico dispone que "*Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores*".

Fuera del ámbito del Código Civil se pueden mencionar, de manera adicional, el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, que regula los requisitos para invalidar una escritura pública mediante prueba de testigos, cuando esta no es auténtica, es decir, simulada.

A su vez, en materia penal se relacionan a esta materia los artículos 463 bis, 466 inciso final y 471 n°2 del Código Penal, que utilizan la simulación en ámbitos específicos como supuesto de hecho que configura la tipificación de un delito.

Como es posible apreciar – y como se adelantó – nuestra legislación es bastante reducida, lo que ha provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia tengan un rol fundamental a este respecto, quienes a través de los años han configurado esta institución haciéndola aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, en una labor interpretativa que ha permitido llenar estos vacíos legales. De ahí la utilidad de analizar el punto de vista jurisprudencial en la materia, siendo esta actualmente su principal fuente.

CAPITULO II: Prueba de la simulación

En este capítulo nos referiremos principalmente a los siguientes temas: en primer lugar, a las reglas probatorias que regulan los requisitos para dar por acreditada la simulación. En segundo lugar, se analizará el tratamiento que se ha dado a la carga de la prueba y su valoración; finalmente, se realizará un análisis un poco más acabado sobre la prueba de presunciones debido a que es especialmente relevante en este ámbito.

La importancia de revisar los aspectos probatorios en esta materia radica precisamente en su naturaleza que, por su carácter generalmente oculto, es difícil de probar de manera directa. Por ello, tiene particular importancia el tratamiento de los temas de prueba relevantes en relación a los terceros, que son quienes tendrán mayores dificultades para probar un acuerdo simulatorio.

Por esto, es importantísimo brindarle a terceras personas una amplia variedad de medios de prueba para efectos de otorgarles la posibilidad de defender sus derechos en sede judicial. Este es el origen, por ejemplo, de la amplia aceptación que tiene la prueba de presunciones, que, de manera indirecta, tomando distintos antecedentes en consideración, permite dar por probada una simulación.

1. Regulación de la prueba en la simulación y admisibilidad de la prueba de testigos

Nuestro sistema de derecho procesal civil es un sistema de prueba legal o tasada, en el sentido de que se regula tanto los medios de prueba que pueden hacerse valer – artículo 341 del Código de Procedimiento Civil – así como su valoración – artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Por ello, la forma que tienen las partes de probar las afirmaciones que realizan en el proceso es más bien “limitada”, en contraste con otros procedimientos admiten una mayor libertad probatoria, por ejemplo, el Código Procesal Penal que, en virtud de su artículo 323 dispone que pueden admitirse como pruebas “*cualquier medio apto para producir fe*”.

Específicamente en materia de simulación, conforme al artículo 1707 del Código Civil es posible interpretar que se contiene una regulación sobre la prueba instrumental que, conforme al artículo 1700 del Código Civil, tiene un gran valor probatorio. Conforme a las reglas generales, la prueba instrumental hace plena prueba respecto a haberse otorgado y a su fecha, no así en relación a la veracidad de las declaraciones en ella contenidas, en cuyo caso solo hace plena fe contra los otorgantes de la misma.

Las partes pueden probar el acuerdo simulatorio por contraescrituras públicas o privadas que hacen fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1706 del Código Civil.

En este sentido, de acuerdo al artículo 1707 se puede entender regulada tanto la situación de las partes del acuerdo así como de los terceros ajenos al mismo, pero que eventualmente pueden ver afectados sus derechos producto del acuerdo simulado. Según el tenor literal de dicho artículo, estas contraescrituras no producen efecto contra terceros, en ningún caso si son privadas y solo cuando se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero, si son públicas. En este sentido, en relación a las partes, se puede concluir, a *contrario sensu* del tenor literal del artículo 1707 del Código Civil, que las contraescrituras privadas sí producen efecto contra las partes, en armonía con la regulación del artículo 1706.

La veracidad del contenido de un instrumento público o privado se presume contra los declarantes, según los artículos 1700 y demás ya citados, dicha presunción no existe respecto a los terceros. Pero las partes pueden desvirtuarla probando que lo declarado en él fue falso.

Esta prueba puede hacerse por contraescrituras públicas o privadas, sin ninguna duda, atendiendo el valor que las disposiciones citadas les confieren para este intento⁴⁹.

⁴⁹ NIÑO (1992), p.93.

Lo mencionado es unánimemente aceptado, tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia⁵⁰. Sin embargo, la misma unanimidad no se encuentra presente en la discusión en torno a la procedencia de la prueba de testigos. Esta discusión se centra en lo dispuesto en los artículos 1708 y 1709, que excluyen la posibilidad de probar, mediante dicho medio probatorio, las obligaciones que deban constar por escrito, esto es, todas aquellas cuyo monto ascienda sobre 2 UTM.

Por tanto, para dilucidar esta cuestión, se debe determinar la naturaleza jurídica de la simulación y si, en su virtud, rige la limitación previamente señalada.

Sobre este punto existe divergencia de opiniones en doctrina. Por una parte, existe una postura que señala que este medio de prueba no sería admisible, y su principal argumento es el artículo 1709 inciso segundo, que señala que: ***“no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma”***.

Dada su redacción se estima que si se alega la existencia de un acuerdo simulatorio, lo que se debe probar es una alteración de lo pactado mediante escritura pública y, por ende, estaría alterando lo “expresado en el acto o contrato”; por tanto, no podría acreditarse su veracidad mediante prueba de testigos, en la medida que lo que se busca alterar es el acto simulado, el cual es un acto o contrato. De igual forma se rechaza la aplicación de este medio probatorio por parte de terceros ajenos al contrato, por las mismas razones.

Por su parte, existe una segunda postura que entiende que para acreditar la simulación no aplicaría dicha limitación. La argumentación desarrollada para llegar a esta conclusión dice relación con el hecho de que las reglas limitativas de dicho medio de prueba aplican a actos y contratos y que, en esta materia, lo que se busca probar no es tal sino que un hecho o

⁵⁰ CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011).

circunstancia: el que se simuló, que lo actuado no era sincero. En este sentido se admite, incluso, la posibilidad de emplear este medio por las mismas partes que celebraron ambos contratos.

Respecto a terceros, a quienes opinan de esta forma les parece aún más evidente la inaplicabilidad de dichas disposiciones ya que, si existe un perjuicio, se puede considerar la simulación como un ilícito civil, ámbito en el que aplicarían las reglas de la responsabilidad extracontractual y por tanto, habría mayor libertad en este ámbito⁵¹.

Finalmente, existe una postura intermedia que distingue entre las partes y los terceros, en tanto la simulación sea lícita. Si la simulación es ilícita, tanto las partes como terceros podrían valerse de los mismos medios: *“para las partes, en cambio, la situación es diferente: las partes deben probarla con la contradecación; existe solo una excepción, relativa al caso en el cual el negocio simulado es ilícito, en tal supuesto, la exigencia de hacer prevalecer la licitud sobre la ilicitud implica que las partes puedan valerse de cualquier medio (por lo tanto también de testigos) para lograr la declaración de la simulación”*⁵².

En este sentido, la Corte Suprema ha reconocido que existe tal diferenciación al señalar en *Figueroa con Figueroa*, en su considerando décimo segundo *“Que habitualmente y así ocurre en la especie, el acto que se dice simulado consta en instrumento público. Como se sabe, este medio, muy explicablemente, está revestido por la ley de un poderoso vigor probatorio, conforme al artículo 1700 del Código Civil. Se entiende que, en cuanto a la existencia de su contenido, es decir, al hecho de que él fue declarado por las partes, tiene valor de plena prueba; y en cuanto a la sinceridad de las declaraciones entre las partes también hace plena prueba. Sin embargo, respecto de terceros ese poder de convicción ya es inferior, o sea, no obstante el poder de convicción que ostenta el instrumento público (en el que puede constar y ordinariamente consta el contrato que se impugna por simulación), es perfectamente posible demostrar la falta de sinceridad de la declaraciones en él contenidas. Entre las partes, ello*

⁵¹ PEÑAILILLO (1992), p.25.

⁵² ALPA (1999), p. 105.

*podrá hacerse mediante otra plena prueba en contrario, por ejemplo, otro instrumento público, y por terceros, lisa y llanamente con otros diversos medios probatorios*⁵³⁻⁵⁴.

El fundamento de esta diferencia dice relación con las particularidades a las que se deben enfrentar los terceros al intentar probar una materia tan ardua como la simulación. Por ejemplo, en *Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria Los Nogales*⁵⁵, en una demanda por simulación entablada por un tercero ajeno al acuerdo, la Corte señaló en su considerando décimo sexto que: *“se ha expresado también, poniéndose énfasis en el tópico, que los terceros, a pesar de esta amplitud de prueba, se encuentran siempre en situación difícil para descubrir la urdimbre sutil de engaños tramada en la sombra y las astutas ficciones y el disfraz de las relaciones contractuales. En efecto, los terceros, salvo en casos excepcionales, no pueden tener la esperanza de utilizar la contradecларación que las partes pudieran haber hecho, pues seguramente se les ocultaría con todo cuidado y permanecería ignorada de ellos. Tampoco pueden confiar en la confesión o el juramento de los propios contratantes, pues si éstos realizaron la simulación para engañar a todos, no han de ser tan ingenuos que declaren su engaño o tan leales que lo afirmen con juramento; medio de prueba, además, heroico y peligroso que expone a quien lo usa a una derrota irreparable. En parte, puede ser útil el interrogatorio, aun dispuesto de oficio, ya que, puesto el simulante en presencia del juez y obligado a responder a diversas preguntas referentes al acto impugnado, pudiera dejar entrever algún rayo de luz que descubriese la trampa”*.

Por esas mismas razones, sin perjuicio de la amplitud probatoria de la que disponen, en el mismo caso se hicieron presente algunas consideraciones suavizando su efectividad – sin perjuicio de su admisibilidad formal: *“Más dudosa resulta todavía la prueba de testigos, porque generalmente la simulación se urde en el misterio y con él se la rodea, sin que deje huella tras de sí”*⁵⁶.

⁵³ FIGUEROA CON FIGUEROA (2011).

⁵⁴ En el mismo sentido, DOBREW CON DOBREW (2014).

⁵⁵ CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011).

⁵⁶ Ídem.

Sin perjuicio de todos los reparos de las probabilidades fácticas de producir dicha prueba, la Corte señaló *“que viene al caso tener presente, a propósito del tema en estudio, que tratándose, como en el caso de autos, de una acción orientada a acreditar la simulación de un contrato, incoada por terceros, dado que ésta configura, respecto de ellos, un delito civil regido por el título XXXV, Libro Cuarto del Código Civil, es dable acudir a todos los medios de prueba aceptados por nuestro ordenamiento”*

Posteriormente, y de manera más clara aun, en *Figueroa con Figueroa*, la Corte Suprema descartó abiertamente la limitación a la prueba testimonial, en cualquier caso, sin realizar distinciones. En concreto dijo en su considerando 12 que *“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 de lo que aquí se trata es de la prueba de un hecho o circunstancia: el que se simuló; que lo actuado no era sincero”*⁵⁷.

Sin perjuicio de las consideraciones mencionadas, en cualquiera de dichas hipótesis – que la acción la entable una parte o un tercero – y sin perjuicio de las consideraciones sobre la efectividad de la prueba, la Corte Suprema ha sido relativamente clara al señalar que admite la prueba de testigos para efectos de dar por acreditado un acuerdo simulatorio. De la misma forma lo han hecho los tribunales de instancia⁵⁸.

2. Carga de la prueba.

Sobre el concepto de carga de la prueba, Michelle Taruffo ha sostenido que la carga probatoria es un medio con el que cuenta el tribunal, que tiene la finalidad de dar solución a casos difíciles, es decir, cuando no han sido probados todos o algunos de los hechos principales, lo que puede deberse a diversos supuestos: las pruebas no ofrecen suficiente apoyo para una decisión acerca

⁵⁷ FIGUEROA CON FIGUEROA (2011).

⁵⁸ A modo de ejemplo, en DOBREW CON DOBREW (2014), el tribunal de primera instancia señaló *“que la simulación puede probarse por los terceros por cualquier medio de prueba. Podrá utilizarse la prueba de testigos aunque el monto de la obligación sea superior a dos unidades tributarias, ya que se trata de probar la simulación y no la obligación misma”* (c°6).

de la existencia o inexistencia de los hechos; las partes no han presentados, ni el juez ordenado, ninguna prueba sobre un hecho principal; o los medios de prueba demuestran que un enunciado sobre el hecho principal es falso⁵⁹. Por su parte, y de una manera más simple, Rosenberg define la carga de la prueba como “*la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso*”⁶⁰.

Por tanto, en virtud de la carga de la prueba se determina a qué parte le corresponde en el proceso realizar la actividad probatoria, tendiente a que sea acogida su pretensión por el Tribunal.

En nuestro derecho, este tema es resuelto por el artículo 1698 del Código Civil, en virtud del cual, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Sin embargo, en esta materia dicha disposición se ha matizado, atendida la dificultad probatoria que implica probar un acto oculto, en particular cuando la acción de simulación la entablan terceras personas, ajenas al contrato simulado⁶¹.

En este sentido, María Carcaba expresa precisamente que este “principio” no debe interpretarse de una manera excesivamente férrea, ya que sería injusto imponer a una parte la carga de la prueba de hechos que no está en su mano probar, así mismo cita a López Etcheverre, que utiliza el término “*temperamento transaccional*”, en virtud del cual, si bien es cierto que la carga de la prueba en relación a los hechos planteados en la demanda recae sobre el demandante, no lo es menos que las manifestaciones, respuestas evasivas y silencios de la contraparte tienen en ciertos casos una importancia fundamental y hasta pueden hacer innecesaria toda prueba⁶².

Si atendemos con rigor a nuestro sistema jurídico, de tradición legalista, podríamos concluir anticipadamente que no es posible quitarle valor de plano al artículo 1681 del Código Civil, dada la importancia de la ley como fuente del derecho. Sin perjuicio de esta afirmación, esta

⁵⁹ TARUFFO (2008), p. 145.

⁶⁰ ROSENBERG (1956), p. 15.

⁶¹ Tal como se trató en el apartado anterior, la Corte Suprema ha tratado la diferenciación en materia probatoria entre las partes del contrato y los terceros, atendidas las especiales dificultades que estos deben sortear para probar el acto oculto.

⁶² CARCABA (1986), p.120.

tesis tiene por objeto contrastar, por un lado, la norma legal y por otro, la práctica jurisprudencial sobre estos temas.

Sobre este punto cabe destacar la opinión de Muñoz Sabate⁶³, que refiere precisamente a los indicios endoprosales de simulación, en virtud de los cuales el comportamiento de los sujetos dentro del procedimiento, más allá de que tengan o no tengan la carga procesal para probar determinada afirmación, su conducta procesal puede ser determinante a la hora de fallar⁶⁴. Esto se complementa con la relevancia de la prueba de presunciones.

En *Gutiérrez con Inversiones Leiva y Compañía Limitada*, la Corte Suprema tomó en cuenta algunas de las consideraciones precedentemente señaladas y, sin desconocer el rigor de la letra de la ley en el caso del artículo 1698 del Código Civil, en concreto, señaló en su considerando noveno, de la sentencia de reemplazo “*que las vinculaciones que se efectúen entre la simulación y el derecho probatorio, deben siempre iniciarse con el establecimiento del principio general relativo a la carga probatoria; quien alegue la existencia de una simulación, debe probarlo. La unanimidad de la doctrina nacional y extranjera, lo entiende de dicho modo. La jurisprudencia nacional lo ha resuelto y, por último, ello emerge del razonable criterio y de lo prevenido en el artículo 1698 del Código Civil. Al comienzo, lo único que aparece como existente es el llamado acto ostensible. Si se pretende que solamente es apariencia, no realidad o sinceridad, deberá demostrarse por quien así lo sostiene. No puede pasarse por alto que lo normal, lo corriente, lo común, es que los actos sean sinceros, verdaderos, reales*”⁶⁵.

Sin embargo, este rigor legal tomado en cuenta por la Corte ha sido interpretado conforme a la naturaleza de los hechos, en la medida que la prueba directa de la simulación es prácticamente imposible, bastando la rendición de la prueba indirecta.

⁶³ MUÑOZ SABATE (1972), p. 406.

⁶⁴ Por ejemplo, en DE LA PUENTE CON HOLMAN (2017), en la sentencia de primera instancia, el Tribunal señaló – en fallo confirmado por la Corte Suprema: “(...) **pero nuevamente las declaraciones de la demandada pierden verosimilitud**, pues ella misma dijo que al momento de la compraventa el precio del inmueble estaba pagado en forma paulatina y con anterioridad a su celebración y por tanto en sus ganancias (...) **pues aquello, según su propio relato, habría ocurrido con anterioridad, sin especificar los montos pagados ni las fechas de los mismos; (...) por lo demás la versión de la forma en que se realizó el mismo, fue modificada a lo largo del proceso**”.

⁶⁵ GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016).

En este sentido, la Corte continúa su razonamiento en *Gutiérrez con Inversiones Leiva y Compañía Limitada* de la siguiente manera (en el considerando noveno de la sentencia de casación): “*Sin embargo, la simulación, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substrahe 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 conjeturas y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno (R.D.J. T. LV, sec. 1ª p. 194)*”; Así, en dicho caso también señaló “*que, enfrentados a una divergencia psicológica en la intención de los declarantes, la constatación de la simulación se substrahe a una prueba directa y más bien se infiere del contexto en que ha nacido el contrato. En consecuencia, la prueba de la simulación es indirecta, y se deduce de las relaciones entre las partes, del contenido de la convención y de las circunstancias que la rodean, siendo por ende una prueba indiciaria*”⁶⁶

Así, en concordancia con lo expuesto y atendido que la prueba directa en esta materia es prácticamente imposible – particularmente cuando la alegan terceros ajenos al contrato – la Corte Suprema ha señalado, en reiteradas ocasiones, a propósito de la prueba de la simulación que “*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 aún 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

⁶⁶ GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016).

b.- Que 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”⁶⁷.

Estas consideraciones, que la Corte ha dejado establecidas en distintas oportunidades en relación a la prueba de la simulación, son importantes debido que permiten morigerar, de alguna forma, la norma del artículo 1698 del Código Civil. Lo anterior, permite librar o disminuir la carga de la parte demandante sobre las afirmaciones que realiza en el proceso.

La primera de las conclusiones se refiere a la valoración de la prueba, la cual se puede definir como aquel examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de la experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el juez⁶⁸. Es pertinente hacer una pequeña referencia a ella, atendido la implicancia probatoria que tiene esta afirmación, en la medida que autoriza directamente a suavizar el rigor probatorio en la simulación. En otros términos, permite “atenuar” la norma del artículo 1681 en relación a la carga de la prueba, en el sentido que no se le exigirá a un demandante de simulación la misma cantidad y calidad de prueba que se le exigiría a un demandante de otra materia.

En cuanto a la segunda de las conclusiones, la presunción como medio de prueba será tratada latamente más adelante, sin embargo, cabe adelantar la relación entre esta afirmación y las denominadas “presunciones jurisprudenciales”, así como su asimilación a las presunciones simplemente legales, lo que permite realizar una conexión entre medio de prueba, por una parte, y la carga de la prueba, por la otra. Sin embargo, el valor en nuestro ordenamiento jurídico de las presunciones jurisprudenciales se discute, por lo que su aplicabilidad es discutida en doctrina e ignorada por la Corte Suprema.

3. Prueba de presunciones y su importancia en esta materia

⁶⁷ FIGUEROA CON FIGUEROA (2011), CORVACHO CON CORVACHO (2011), LÓPEZ CON LÓPEZ (2012), ZAÑARTU CON FRITZ (2015), entre otros.

⁶⁸ NIEVA FENOLL (2010), p.28.

Como se mencionó, un punto central en cuanto a la prueba de la simulación es la prueba de presunciones ya que, como señala el profesor Peñailillo *“los simuladores no serán tan ingenuos como para dejar accesibles testimonios de sus maniobras, para que luego se las enrostran y emerjan las consecuencias adversas a sus planes”*⁶⁹.

Es por esto que, a nivel jurisprudencial, ha cobrado gran relevancia, siendo el principal medio probatorio para dar por acreditada la simulación, en particular, cuando esta es alegada por terceras personas ajenas al contrato⁷⁰, siendo un potente mecanismo conferido a las partes para poder dar por acreditadas sus alegaciones en el proceso.

a. Presunción como medio de prueba.

Un primer punto a dilucidar es el concepto de presunción, tanto legal como judicial, ya que esta ha sido definida por un gran sector de la doctrina como *“inferencias que parten de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido y se vinculan a través de una máxima de experiencia, con lo cual, su naturaleza es la misma, tienen el mismo fundamento y el mismo carácter lógico, una y otra son un juicio de probabilidad”*⁷¹, sin embargo, este concepto no es tan pacífico como parece, debido a que ha surgido una nueva corriente que cuestiona su aplicabilidad y amplitud, dudando de la posibilidad de construir una noción de presunción tan amplia y, por tanto, abogando por examinar el concepto a partir de los distintos tipos de presunciones existentes en el Derecho, a saber, la presunciones legales, judiciales y, para algún sector de la doctrina, jurisprudenciales.

1. Concepto de presunción ¿unitario o plural?

Tradicionalmente, tal como se adelantó, la concepción más extendida en la dogmática jurídica continental sostiene que las presunciones son razonamientos del legislador o del juez en los que se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho ignorado, inferencia

⁶⁹ PEÑAILILLO (1992), p.7.

⁷⁰ Cabe hacer presente que en el periodo analizado, se puede concluir que estadísticamente la mayoría de los casos de simulación son interpuestos por terceras personas ajenas al acuerdo simulatorio.

⁷¹ GAMA (2013), p. 72.

que sería posible gracias a la existencia de un vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido que los juristas asocian con la noción de “máximas de la experiencia”⁷².

De igual forma, esta corriente entiende que este concepto sería uno general aplicable a todos los tipos de presunciones, por tanto, lo entienden como un concepto homogéneo, con una estructura común, correcto para describir tanto a las presunciones legales como judiciales. A su vez, y como consecuencia de este entendimiento unitario, postulan la asimilación conceptual de las presunciones legales y judiciales⁷³.

Por otro lado existe una segunda corriente que cuestiona la anterior, criticándola por señalar que no sería comprensiva de todo el fenómeno que rodea a las presunciones tanto legales como judiciales, postulando un concepto plural de presunción, renunciando, en primer lugar, a la posibilidad de construir un concepto general de presunción que resulte adecuado para dar cuenta de los distintos tipos de presunciones en el derecho y, en segundo lugar, por rechazar la asimilación conceptual entre presunciones legales y judiciales⁷⁴.

En principio, entienden que el concepto tradicional es correcto cuando se trata de la aplicación de presunciones judiciales, sin embargo, el problema se produce al extender esta noción a las presunciones legales, ya que serían fenómenos jurídicos distintos. Lo anterior, por las siguientes razones: **(i)** en primer lugar, por la función que cumple (instrumento interpretativo de la norma versus mecanismos de control de la lógica del juez); **(ii)** la gran mayoría de las presunciones legales no responden a dicha estructura, por ejemplo, la presunción de inocencia o la presunción de buena fe y, aun cuando respondan, la mayoría se establece a partir de consideraciones de distinta índole; **(iii)** la concepción tradicional no daría cuenta del carácter normativo de las presunciones legales; y **(iv)** las presunciones legales no son una inferencia, sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo ocurrido⁷⁵.

⁷² Ídem, p.69.

⁷³ Ídem, p.71.

⁷⁴ Ídem, p.73.

⁷⁵ Ídem, p.73.

Cabe hacer presente, a su vez, que en doctrina se ha planteado un tercer concepto que sería abarcado mediante el concepto de presunción, y sería aquel relativo a las presunciones jurisprudenciales, que son presunciones que no se encuentran establecidas legalmente, pero que consisten en reglas que dispensan de la carga de acreditar un hecho y trasladan a la contraparte la carga de la prueba de lo contrario⁷⁶. En concreto, dichas presunciones han sido definidas por la doctrina como “reglas que dispensan de la carga de acreditar un hecho y trasladan a la contraparte la carga de la prueba de lo contrario. En estos casos, el juez no formula una inferencia entre hechos, ni extrae consecuencias cognoscitivas respecto de su existencia”⁷⁷.

En materia de simulación, entonces, la pregunta relevante es si nuestra jurisprudencia ha establecido, a lo largo de los años, presunciones jurisprudenciales o si simplemente se ha limitado a evaluar los hechos de los casos en concreto, restringiendo su razonamiento a las presunciones judiciales simples.

En este punto, cabe destacar que dicha noción de presunciones jurisprudenciales no es pacífica en doctrina, habiendo detractores de este concepto, quienes apelan a la incertidumbre e inseguridad que produciría en las partes, así como el riesgo de vulnerar el principio de contradicción, para criticar la idoneidad de aplicar una noción como esta⁷⁸.

En adelante, se expondrán los fallos relevantes de la Corte, dictados en los últimos 10 años, en los cuales se establecen presunciones judiciales que podrían ser consideradas similares entre sí, atendidos los hechos de los respectivos casos – *i.e.* enajenación de activos en fraude a acreedores o legitimarios⁷⁹ – pero que, no obstante, no modifican en manera alguna la carga de la prueba, realizando dichas inferencias por las pruebas aportadas por la parte demandante en caso.

Así, por ejemplo en *Dinamarca con Leiva*, la Corte de Apelaciones de Concepción – en fallo confirmado por la Corte Suprema – implementó la teoría del levantamiento del velo societario

⁷⁶ Ídem, p.81.

⁷⁷ Ídem, p.81.

⁷⁸ TARUFFO (1995), p.77.

⁷⁹ Sobre esto se profundizará en la sección “máximas de la experiencia”.

debido a que una persona con un cáncer terminal el mismo día constituyó diversas sociedades a las cuales transfirió la totalidad de su patrimonio; veintiún días después de la constitución de las mismas, el causante cedió la totalidad de sus acciones a sus hijos de filiación matrimonial y a su cónyuge, en perjuicio de sus hijos de filiación no matrimonial – todos hechos acreditados con las respectivas escrituras de las sociedades – así, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló en sus considerandos vigésimo noveno y trigésimo: “***que todo lo anterior permite establecer presunciones judiciales, que reúnen los requisitos de gravedad y precisión, para adquirir la convicción, de que los negocios jurídico fueron en favor de los hijos de filiación matrimonial y de su cónyuge con la finalidad de ocultar, desprenderse y traspasar parte importante y mayoritario de los bienes de propiedad de Reinaldo Dinamarca González, en beneficio de aquellos y en perjuicio del demandante como hijo de filiación no matrimonial; (...) Que, solo así se justifican los antecedentes fácticos acreditados, y que llevan a la persuasión lógica de aquélla finalidad perseguida, dado que estas presunciones reúnen la característica de gravedad y precisión***”⁸⁰.

Por su parte, en *Gutiérrez con Inversiones Leiva y Compañía Limitada*, situación similar a la descrita anteriormente en que el marido de una sociedad conyugal transfirió un inmueble a una sociedad – de la cual era el socio mayoritario, con un 99% de participación social – la cual transfirió dicho inmueble a la pareja no matrimonial del marido, justo después de la solicitud de separación de bienes de la mujer. En este caso, todos los antecedentes base para realizar esta presunción se encontraban en el expediente, en específico aquellos antecedentes societarios y judiciales relativos a la separación.

En este caso la Corte resolvió en su considerando vigésimo cuarto de la sentencia de reemplazo “*que en el caso de marras, develando los intereses subjetivos subyacentes de la sociedad Inversiones Leiva y Compañía Limitada, aparecen en forma palmaria los presupuestos exigidos por la doctrina, y en tal situación el derecho no podría avalar una solución tan contraria a la realidad de las cosas y a la evidencia que emana de los antecedentes del proceso, demostrativos de que efectivamente la compañía se constituyó como instrumento para vulnerar los derechos*

⁸⁰ DINAMARCA CON LEIVA (2016).

de la cónyuge demandante, para ello basta examinar que para la formación de la sociedad se recurrió a una persona que en la práctica comercial se le denomina “socio de papel” o “socio de paja” por la nula participación en el haber social, en este caso, con el 04% del capital, y sin ninguna relevancia o incidencia en la decisiones societarias, reservadas exclusivamente al socio real quien detenta el 99,6% del capital, como la totalidad de las decisiones administrativas y de disposición de bienes”⁸¹.

Finalmente, en el caso *Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria los Nogales*, en que la empresa demandada habría traspasado, mediante la creación de diversas sociedades, la totalidad de sus activos a una persona natural, arrojando importantes pérdidas en su contabilidad y, una vez que todo el patrimonio fue traspasado, las acciones se vendieron al dueño de la sociedad demandada, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia confirmada por la Corte Suprema, causa en la que señaló en su considerando décimo sexto que *“no aparece en los actos impugnados, voluntad seria y dirigida de aportar bienes a una sociedad, sino por el contrario, de extraer el patrimonio de la sociedad demandada y, pasado un tiempo, volver esos mismos bienes a la persona de su gerente y único dueño, mientras que este aunque tenga tales bienes en su patrimonio, no puede ser demandado como persona natural”⁸².*

Sin perjuicio de lo anterior, hay un solo tema que – algunas veces – puede asemejarse levemente a las denominadas presunciones jurisprudenciales y es, en estos casos, el pago del precio cuando el contrato simulado es un contrato de compraventa. Existen algunos fallos en los que, acreditadas ciertas condiciones que dan cuenta de un negocio simulado – i.e. situaciones de parentesco, situaciones de insolvencia, participaciones muy diferenciadas en sociedades creadas al efecto (socios de papel), etc. – la Corte Suprema ha llegado a la conclusión de que, debido a que la parte demandada no ha logrado acreditar el pago del precio, resuelve declarar la nulidad absoluta por falta de objeto, en el entendido que el precio es un elemento de la esencia del contrato de compraventa⁸³.

⁸¹ GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016).

⁸² CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011).

⁸³ Por ejemplo, en Gutiérrez con Inversiones Leiva y Compañía Limitada, la Corte Suprema señaló en su considerando 15 que: *“no se encuentra acreditado que el precio de la compraventa se hubiese pagado en la forma estipulada en la cláusula tercera, esto es, que “la compradora cancela en este acto en dinero efectivo y de contado”. Ni en el Libro Diario ni en las cartolas de la cuenta corriente bancaria existe una partida por la cantidad*

De todas formas, pareciera ser que el caso mencionado es muy marginal, y que puede ser discutible o forzado su clasificación en dicha categoría. De hecho, en *Balbontín con Pernar*, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel señaló en su considerando quinto “*que la simulación, esto es, que la voluntad real del demandado era donar a su hija el referido inmueble debió ser acreditada por la parte demandante, lo que no hizo. Los fundamentos de la pretensión de nulidad y los antecedentes agregados permiten establecer que la causante atribuyó, en la herencia a su hija la cuarta de libre disposición y la de mejoras, pero de ello no se sigue necesariamente que el contrato, con anterioridad al testamento, existiera ánimo de donar y no de vender como se expresa en dicho contrato*”⁸⁴.

A modo de conclusión, respecto al concepto de presunción al cuál adscribe la Corte Suprema, en *Zañartu con Agrícola e Inmobiliaria Norte y Sur S.A.* se pronunció al respecto definiéndola de acuerdo al concepto utilizado por la teoría tradicional que entiende el concepto de presunción desde una perspectiva unitaria, en específico señaló en su considerando octavo que “*sabido es que la presunción es una operación lógica mediante la cual partiendo de un hecho conocido se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto y también es conocido que según sea que la consecuencia del hecho conocido la saque el legislador o el juez, la presunción es legal o judicial*”⁸⁵.

b. Estructura de las presunciones simples

Sin perjuicio de las consideraciones planteadas en el capítulo anterior, las cuales son relevantes en tanto permiten realizar distinciones que permiten ser más precisos en el uso del lenguaje, existe un relativo consenso en doctrina en cuanto a la definición del concepto y de la estructura de las presunciones judiciales simples, entendidas como una inferencia o un proceso lógico.

de \$ 40.000.000. Si bien en el libro de contabilidad de la sociedad está registrado un asiento por “Anticipo por venta Depto. Vergel” por \$ 30.000.000, pero no tiene respaldo porque no se acompañó al proceso el documento sustentatorio de esa anotación contable”.

⁸⁴ CA San Miguel. BALBONTIN CON PERNAR (2011).

⁸⁵ ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

En esta materia resulta particularmente relevante tratar las presunciones judiciales, debido a que es precisamente en tribunales donde se ventilan estos conflictos, y es precisamente la jurisprudencia la cual ha elevado la prueba de presunciones a un rol fundamental en el ámbito de la simulación.

El primer elemento de la estructura de las presunciones judiciales es el hecho base, también llamado hecho conocido o proposición base. Tal como su nombre lo indica, es el punto de partida para realizar el razonamiento presuntivo. En general por “hecho conocido” se encuentra “*cualquier circunstancia de hecho que el juez conozca en los modos admitidos por las leyes procesales*”⁸⁶, por tanto, necesariamente se excluyen los hechos que forman parte del conocimiento privado del juez.

El segundo elemento es el hecho presumido, también conocido como hecho desconocido, este, por el contrario, representa el punto final del razonamiento presuntivo, determinando los hechos que se tienen por acreditados mediante este medio de prueba, generalmente hechos cuya prueba extremadamente difícil de producir.

En último término se encuentra el enlace, que se encuentra constituido por un enunciado general que permite vincular el hecho base y el hecho presumido, entendido como un nexo lógico. La doctrina ha entendido que el enunciado general se encuentra conformado por las máximas de la experiencia⁸⁷.

La Corte Suprema ha entendido este razonamiento de la misma forma, expresando en *Agrícola e Inmobiliaria Norte y Sur*, en su considerando octavo, que “*Mediante las presunciones judiciales, llamadas también simples, de hecho o de hombre, el juez “logra el resultado o inducción lógica de dar por conocido un hecho que no lo era, a través de otro que sí es conocido. El hecho que proporciona las bases para el razonamiento inductivo se llama indicio o hecho básico; el desconocido, al cual se llega por operación lógica, hecho presumido o*

⁸⁶ TARUFFO (1991), p. 3.

⁸⁷ GAMA (2013), p. 70.

presunción... Para que la presunción sea admisible es necesario que el hecho básico indicio esté completamente demostrado; en otro caso habrá que probarlo y esto señala que la presunción de hecho no modifica las reglas de la carga de la prueba” (Leonardo Prieto Castro, ‘Derecho Procesal Civil’ volumen I, Madrid, 1978, N°169 págs 181-182)”⁸⁸.

A modo de ejemplo del funcionamiento de este medio de prueba, se explicará brevemente el caso *Fuentes con Fuentes*⁸⁹, en que don Héctor Fuentes – de 79 años de edad – celebra un contrato de compraventa con su hija María Graciela Fuentes, mediante los cuales adquirió una serie de propiedades y, finalmente, don Héctor muere, dejando fuera de su herencia estos terrenos. Sobre estos hechos, el Tribunal tuvo en consideración los siguientes elementos para formular la presunción de que en el caso hubo una simulación entre las partes: (i) el precio irrisorio de la venta; (ii) con posterioridad las mismas partes realizaron una novación, cuyo objeto fue que finalmente no se pagara el precio; y (iii) finalmente, la relación de familia existente entre las partes del contrato.

Entonces, como conclusión, el hecho presumido o desconocido que el Tribunal tiene por acreditado es la realización del acto simulado por don Héctor Fuentes junto a María Graciela Fuente. Las máximas de la experiencia señalan que una compraventa entre un padre y una hija, a un precio irrisorio que no se exige, a una avanzada edad del padre, generalmente tiene por objeto sustraer bienes del patrimonio de una persona para beneficiar o perjudicar a parte de los herederos.

c.Requisitos para que el hecho base tenga la aptitud de producir una presunción judicial.

No cualquier hecho o afirmación pueden servir de base para la creación de una presunción judicial, por ello, es relevante abordar cuales son los requisitos para que el hecho base tenga la aptitud de producir una presunción, por una parte, y para que tenga determinado valor probatorio, por la otra.

⁸⁸ ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

⁸⁹ FUENTES CON FUENTES (2015).

Respecto de la prueba del hecho base, esta debe ser siempre directa. Esto es razonable ya que, si se espera que las presunciones funcionen de manera adecuada, esta debe partir desde un sustrato fáctico sobre el cual no exista discusión sobre su ocurrencia, es decir, el hecho base debe quedar lo suficientemente acreditado en juicio, lo que puede ocurrir por un acuerdo entre las partes – no hay controversia sobre los hechos – o porque estos quedaron suficientemente acreditados por otros medios de prueba que, conforme a las normas del código de procedimiento civil, producen plena prueba.

Al respecto, se ha señalado que *“Con relación al tipo de hechos con los que el juez puede fundar una presunción (hechos reales y probados), queda claro que el legislador excluye la posibilidad de construir presunciones fundadas en hechos que, a su vez, derivan de otras inferencias fundadas en hechos secundarios (fenómeno similar a la llamada cascaded evidence). Esta es una decisión de política legislativa que viene a establecer un piso mínimo de justificación probatoria, vedándole al juez la posibilidad de construir cadenas de inferencias cuya solidez —y aceptabilidad en orden a acreditar el hecho controvertido— puede resultar demasiado débil en ausencia de pruebas directa que acredite con suficiencia cada uno de los eslabones que la componen”*⁹⁰.

Respecto al valor que tiene la presunción judicial, el legislador estableció en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil que *“Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil. Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”*.

A su vez, el artículo 1712 del Código Civil señala que las presunciones judiciales *“deberán ser graves, precisas y concordantes”*. Es decir, en la medida que las presunciones sean graves, precisas y concordantes, tienen la aptitud de producir plena prueba en juicio.

⁹⁰ MARINO (2014), p. 51.

Lo anterior, ha sido reconocido literalmente por la Corte Suprema, quien ha señalado que *“solo así se justifican los antecedentes fácticos acreditados, y que llevan a la persuasión lógica de aquélla finalidad perseguida, dado que estas presunciones reúnen la característica de gravedad y precisión, y en este sentido el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, expresa que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, ‘a juicio del tribunal’, tenga caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento; complementándose, la presunción judicial, con lo establecido en el artículo 1712 del Código Civil, en cuanto a que las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes, y que es lo que precisamente acontece”*.

A este respecto resultan interesantes algunas reflexiones de Tomás Marino en torno a los requisitos vinculados al número y precisión de los “hechos indiciarios” y cómo estos deben conjugarse entre sí. Al respecto señala que *“los requisitos vinculados al número y precisión de los hechos indiciarios son importantes no obstante no pueden concebirse en su individualidad sino que interactúan en forma tal en que la mayor presencia de uno de ellos puede derivar en la menor necesidad de los restantes. Por caso, a mayor gravedad y precisión tengan una serie de indicios, tal vez haga necesario un menor número; a la vez, en otro caso puede que existan indicios no tan precisos y graves en su individualidad, pero numerosos en cantidad, motivando una asignación de sentido suficiente para formar la convicción”*⁹¹.

En un sentido similar, la Corte Suprema ha desarrollado el concepto de concordancia, entendiendo que para realizar presunciones judiciales, estas deben analizarse en conjunto con los otros hechos probados. En particular, en *Zañartu con Agrícola e Inmobiliaria Norte y Sur* ha señalado en su considerando octavo que *“la jurisprudencia ha dicho que ‘si los hechos probados son múltiples, el primer proceso intelectual de la prueba de presunciones consiste en el examen conjunto de tales hechos para establecer si ellos son concordantes, esto es, si guardan entre sí relación de conformidad con todos o algunos de ellos tienden, uniforme que indubitadamente a establecer el hecho desconocido, o sea, el hecho que ha dado origen al proceso y sobre el cual no se tienen pruebas preestablecidas y completas. Si bien los requisitos*

⁹¹ Ídem, p. 52.

de gravedad, precisión y concordancia de las presunciones judiciales son materia que queda entregada a la sola inteligencia del juez, a su propia convicción, esta libertad de apreciación se refiere, naturalmente, a la deducción misma; pero el examen previo de los hechos probados que deben producir la convicción en uno u otro sentido obliga en cuanto al requisito de la concordancia, al examen conjunto de tales hechos, pues sólo el estudio simultáneo de llevar a la conclusión de que entre ellos existiendo relación de correspondencia o conformidad'. (C. Suprema, 30 de noviembre de 1955. R., t.52, sec.1ª, p.388.)”⁹².

d. Rol de las máximas de la experiencia

Un concepto fundamental para entender el funcionamiento de las presunciones judiciales en nuestro derecho es el de “máximas de la experiencia”, las cuales han sido vinculadas al enlace que permitiría determinar el hecho desconocido o el hecho presumido, y serían, en parte, el fundamento mismo de la presunción.

El concepto de máxima de la experiencia fue acuñado por Stein, para quien “*son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren, y fuera de los cuales presentan valor para otros casos*”⁹³. Podríamos decir, entonces, que por máximas de la experiencia entendemos el conocimiento general que tiene una persona – en este caso el juez – sobre el comportamiento tanto humano como de la naturaleza. Para Michelle Taruffo las máximas de la experiencia “*es el sentido común o la cultura del hombre medio en una determinada situación espacio-temporal*”⁹⁴.

Por tanto, dada su naturaleza, las máximas de la experiencia no aportan antecedentes adicionales al razonamiento, sino que, más bien, juegan un rol intermedio que permite explicar las conclusiones extraídas del hecho base, es decir, justifican y legitiman una inferencia⁹⁵. Por ello,

⁹² ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

⁹³ STEIN (1999), p. 17.

⁹⁴ TARUFFO (2002), p. 273.

⁹⁵ MARINO (2014), p. 55.

el nexo de la presunción será más fuerte en tanto la máxima de la experiencia utilizada tenga más valor.

Sin perjuicio de la relevancia de las máximas de la experiencia para llegar a conclusiones que nos permitan presumir hechos desconocidos, es relevante poner de manifiesto dos observaciones que realiza Michelle Taruffo al respecto:

La primera dice relación con que las características del criterio utilizado para formular la presunción dependerán de la naturaleza del razonamiento presuntivo.

La segunda es que el criterio utilizado como enlace de la presunción determina el valor cognoscitivo de las conclusiones extraídas, esto en atención a que se trata de una noción sumamente amplia e indefinida que integra un conjunto amplio, indefinido y heterogéneo de criterios, así, las “máximas de la experiencia” abarcan desde leyes naturales o leyes lógicas a nociones científicas, generalizaciones empíricas, tendencias genéricas, reglas extraídas del sentido común, opiniones, etc.⁹⁶.

Con lo anterior, Taruffo advierte un problema inherente a la utilización de estos criterios, esto es, la heterogeneidad de los mismos, lo que lleva a que los razonamientos presuntivos sean, de igual forma, bastante heterogéneos, y que las distintas conexiones que son posibles de establecer tienen diversos grados de probabilidad, dependiendo del criterio efectivamente utilizado por el juez y la consecuencial incerteza jurídica que conlleva.

Ejemplos de criterios que nuestra Corte Suprema utiliza frecuentemente como máximas de la experiencia son las relaciones de parentesco⁹⁷; en el caso de transacciones, la diferencia entre el monto estipulado y el valor de mercado del bien en cuestión⁹⁸; la formación jurídica de las partes que celebran el contrato⁹⁹; el hecho de que se formen sociedades a las que se les traspase todo

⁹⁶ GAMA (2013), p. 85.

⁹⁷ ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

⁹⁸ FUENTES CON FUENTES (2015).

⁹⁹ TORO CON GONZÁLEZ (2015).

el patrimonio o solo una parte de él; fechas de creación; situación del socio – *i.e.* enfermedades terminales o notoria insolvencia; condiciones contractuales, entre otros.

CAPITULO III: Relación de la Simulación con el régimen de sanciones de ineficacia de nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente capítulo, se abordará la hipótesis en que todo lo analizado precedentemente desencadena en un litigio, de manera que se expondrán los elementos fundamentales de la acción de simulación y las sanciones de ineficacia a la que esta puede conllevar.

1. Acción de simulación

a. Objeto

Atendido el concepto de simulación revisado más arriba, resulta claro que el objeto de la acción es establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la voluntad que falsamente expresaron. Jorge López Santa María la definió como una acción de certeza, meramente declarativa, sólo destinada a que el órgano jurisdiccional reconozca que detrás del acto jurídico que se tiene a la vista o no hay acto alguno, o existe otro acto distinto¹⁰⁰.

Al respecto, Diez Duarte ha señalado que la acción de simulación sea que la intente una de las partes contratantes, sea por un tercero, siempre tiene por objeto obtener una declaración judicial declaratoria que la convención o contrato que se dice celebrada, lo es solo en apariencia y que no existe convención alguna si la simulación es absoluta; o que la convención en realidad celebrada no es la aparente, sino otra distinta ya en su naturaleza, ya en sus cláusulas, ya en las personas que en realidad intervienen, si la simulación es relativa¹⁰¹.

Por tanto, resulta evidente que el interés que van a esgrimir las partes va a ser diverso del que van a esgrimir terceros. Estadísticamente, son los terceros quienes suelen interponer esta acción para develar el verdadero contenido de los respectivos actos jurídicos, sin embargo, teóricamente las partes igual pueden hacerlo, por ejemplo, para efectos de reconstituir el verdadero estado patrimonial de quien entabla la acción o para paralizar un injusto reclamo.

¹⁰⁰ LÓPEZ (2017), p. 383.

¹⁰¹ DIEZ DUARTE (2014), p. 252.

En el caso de los terceros, los intereses más comúnmente perseguidos son los de los acreedores, cuando el deudor realiza actos simulados para esconder su patrimonio y así eludir el derecho de prenda general, y el de los legitimarios, cuando el causante ha realizado en vida actos simulados tendientes a diluir su patrimonio, para efectos de evadir las normas sobre derecho sucesorio.

b. Legitimidad procesal: condiciones requeridas para entablar la acción

Conforme a las reglas generales de derecho procesal, la principal condición para el ejercicio de la acción de simulación es tener interés. En el caso de las partes, este interés puede ser más evidente, en la medida que se encuentran directamente relacionadas y afectadas por el negocio simulado. La cuestión relevante, entonces, se plantea en relación a los terceros.

Al respecto, Alcalde ha indicado las condiciones necesarias para ejercer la acción de simulación. En primer lugar, señala que además de acreditar el dolo de los contratantes, referido a la intención positiva de celebrar acuerdos simulados con el objeto de engañar a otros, el tercero deberá probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar tutela jurídica, sin que constituyan motivos bastantes o suficientes para una legitimación activa, aquellos que el actor fundamente en simples especulaciones, suposiciones o conjeturas, más o menos sofisticadas o razonables, pero que no consisten en un perjuicio cierto, real y efectivo.

De igual modo, el perjuicio alegado por el actor ha de referirse a derechos existentes, o sea, es menester que se alegue la presencia de un daño actual. Los simples derechos en expectativa no pueden autorizar ni justificar el ejercicio de una acción de simulación, toda vez que carecen de existencia jurídica y, en consecuencia, no pueden servir de base a ninguna actividad judicial – por ejemplo, los legitimarios no pueden impugnar donaciones disimuladas de su causante durante la vida de este, ya que solo les corresponde, entretanto, una mera expectativa. Así, en *Lecaros con Lecaros*, en que los hijos de una mujer intentaron impugnar enajenaciones realizadas por esta en vida, alegando una interdicción de su parte, la Corte Suprema, en su

considerando octavo, señaló: “*Que, al entender los recurrentes que la legitimación para accionar de nulidad les viene reconocida, en circunstancias que no es así, precisamente porque el fallo los considera carentes de derechos en el patrimonio de su madre interdicta, por hallarse ésta con vida, resulta que sus afanes anulatorios quedan desprovistos del interés jurídico que habrían debido incardinar*”¹⁰².

Por último, resulta indispensable que el tercero posea un interés legítimo, es requisito necesario para ejercer la acción de simulación la existencia de un interés jurídico en el actor para que se afirme o declare la titularidad de un derecho subjetivo. De consiguiente, y sin perjuicio de lo dicho en relación con la existencia del daño como presupuesto de la acción de simulación, cabe insistir en el hecho de no ser esta una acción popular que, consecuentemente, pueda entablarse por cualquier persona, ante la sola invocación de un interés público comprometido¹⁰³.

2. Relación de la simulación con las sanciones de ineficacia

a. Relación entre la simulación y la inoponibilidad

En primer término, para entender las relaciones existentes entre la simulación y la inoponibilidad es necesario definirla. Para estos efectos, se considerará que la inoponibilidad es “*una especial protección concedida por la ley a ciertas personas por el hecho de formar parte de una relación jurídica -a la que se pretende favorecer- para que puedan considerar como no realizados unos actos llevados a cabo por personas que también forman parte de la relación jurídica protegida, por tratarse de actos que han sido realizados con posterioridad al nacimiento de esa relación jurídica o con desconocimiento de las personas favorecidas*”¹⁰⁴.

Según Bastian es la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración válida de una convención o de su nulidad¹⁰⁵.

¹⁰² LECAROS CON LECAROS (2012).

¹⁰³ ALCALDE (2000), p. 267.

¹⁰⁴ RAGEL (1994), p. 22.

¹⁰⁵ DIEZ DUARTE (2014), p.59.

Si entendemos que la simulación es necesariamente bilateral, como un acuerdo entre dos partes para celebrar un acto jurídico simulado, resulta evidente que la relación entre la simulación y la inoponibilidad se da en el terreno de los terceros, en particular, la simulación ilícita que, como vimos, es aquella que causa perjuicio a terceros.

Para efectos de analizar la incidencia de la inoponibilidad en la simulación, conviene tener presente, nuevamente, la redacción del artículo 1707 del Código Civil, en virtud del cual “*Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros; Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero*”.

Es decir, si se compara dicha situación con la simulación podemos concluir que el acto disimulado es inoponible a los terceros, ya que el artículo 1707 estaría imponiendo una formalidad por publicidad. Sobre los efectos concretos relacionados a los terceros se ha señalado que “*el efecto propio de la falta de publicidad es que el contrato o convención no empece a terceros, hecho que no se opone a que estos terceros puedan aprovecharse de la convención que carece de la publicidad requerida por nuestro legislador para que los afecte*”¹⁰⁶.

Según Diez Duarte, el artículo 1707 contemplaría dos tipos de inoponibilidades, una de forma – por clandestinidad o falta de publicidad – y una de fondo, cuyo fundamento sería el fraude, siendo esta el origen de la acción de simulación tratado en el apartado anterior¹⁰⁷.

Por tanto, la conclusión es que, conceptualmente, existe una estrecha relación entre la simulación y la inoponibilidad, en la medida que esta sería, de alguna forma, el fundamento de la acción de simulación, ya que permite a los terceros desconocer la existencia de ciertos actos jurídicos.

¹⁰⁶ Ídem, p. 60.

¹⁰⁷ Ídem.

Sin embargo, al revisar la práctica de la Corte Suprema en la materia, existe un gran contraste en esta afirmación, probablemente debido a que los casos que se judicializan corresponden a simulaciones ilícitas y el objetivo perseguido por las partes es la declaración de nulidad.

Por ello, en adelante se estudiarán aquellos casos en que la simulación genera un vicio de nulidad, ya sea en el acto ostensible o en el acto disimulado, de acuerdo a la aplicación que ha realizado la Corte del estatuto de nulidad en esta materia en los últimos años.

b. Relación entre la simulación y la nulidad

En general, de acuerdo al artículo 1445 del Código Civil, para que un acto jurídico “nazca” a la vida del derecho, esto es, sea plenamente válido y eficaz, se requieren los siguientes requisitos: 1° que la o las personas que concurran a su celebración sean legalmente capaces; 2° que, a su vez, consientan en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que el acto o contrato recaiga sobre un objeto lícito; 4° que el acto o contrato tenga una causa lícita.

Esto quiere decir que, si un acto jurídico se celebra cumpliendo dichos requisitos, con el consentimiento de personas capaces, sin vicios de la voluntad, sin recaer en objeto o causa ilícitos, se encuentran protegidos por la norma del artículo 1545 del Código Civil, en virtud de la cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. A contrario sensu, si no cumple con cualquiera de estos requisitos, se puede declarar su nulidad conforme al artículo 1681 del Código Civil.

En este sentido, revisaremos el tratamiento que ha dado nuestra jurisprudencia a la simulación en relación a la nulidad.

a. La simulación no es una causal de nulidad

En primer lugar, cabe referirse a la afirmación sobre una supuesta “nulidad por simulación”. Esta afirmación es incorrecta y no existe una causal de nulidad por simulación en nuestro ordenamiento jurídico. En esto está conteste tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia.

Lo anterior es evidente en la medida que la simulación en sí misma no es ilícita, dado que está permitido a las partes celebrar contratos ocultos, engañando a terceros, en la medida que estos no resulten perjudicados ni se contravenga la ley.

Si los terceros resultan perjudicados por una simulación, la causa de nulidad no será la simulación misma, sino que la situación o el vicio que contenga el acto oculto mediante la cual se daña a estos terceros o la contravención a la ley.

En palabras de Alessandri *“en caso de que la causa del acto oculto no existiera o fuera ilícita, la nulidad de este se debería a la falta de causa o a la ilicitud de ella, pero no a la simulación. En resumen, por sí sola la simulación de la causa no determina la nulidad del acto”*¹⁰⁸.

Diez Duarte, por su parte, señala que *“la simulación, en consecuencia, no produce por sí misma nulidad. Si el acto en que incide es nulo, no lo es porque era simulado, sino porque existe una razón particular para declararlo nulo”*¹⁰⁹.

La relación entre la simulación y la nulidad, entonces, será tratada en los siguientes párrafos.

b. Declaración de nulidad en la simulación absoluta

Como veíamos, la simulación absoluta es aquella que no oculta otro acto jurídico, es decir, más allá del contrato simulado no hay otra realidad jurídica escondida, sólo hay una mera apariencia.

¹⁰⁸ ALESSANDRI (1991), p. 887.

¹⁰⁹ DIEZ DUARTE (2014), p.37.

Por tanto, atendido que estamos en presencia de una materia no regulada, para efectos de determinar qué estatuto de la nulidad aplica en este caso debe fundarse jurídicamente en la aplicación de las normas generales.

Sobre este punto Daniel Peñailillo ha señalado que este razonamiento “*consiste en estimar que como las partes no han querido celebrar contrato alguno, de modo que solamente hay apariencia, esa apariencia carece de voluntad. Recuérdese que para que la voluntad produzca efectos jurídicos es necesario que sea seria y manifestada. Aquí el requisito es la falta de seriedad. Hay una manifestación, pero lo que aparece como voluntad carece de la intención de obligar. Como se trata de un acto bilateral, lo que falta es el consentimiento (dejando a salvo la situación de los actos unilaterales recepticios en que, si se estima que también puede haber simulación, habría puramente falta de voluntad)*”¹¹⁰ Así, otros autores concuerdan con esta misma postura¹¹¹.

Como se verá, la Corte Suprema ha acogido esta tesis de manera reiterada, como se expresa en los siguientes fallos:

En primer lugar, en *Dinamarca con Leiva*, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló en su considerando noveno “*que la simulación corresponde a un instituto doctrinario, no contemplado expresamente en nuestra legislación, sin que constituya per se un vicio de nulidad, sin embargo, acreditándose la simulación, significará que no ha existido una voluntad real de las partes, y por ende de intención de obligar, es decir falta el consentimiento que constituye un vicio que anula el acto jurídico, y al solicitar el demandante: ‘que se declare nulo absolutamente por simulación el contrato de compraventa... y las modificaciones sociales y por ende las cesiones, ventas y/o transferencias de los derechos sociales realizados, concretados y que constan en cada una de ellas’.* **Se entiende que lo que se solicita es la nulidad absoluta de aquellos actos jurídicos y compraventa, como consecuencia de la simulación, que contiene el vicio de nulidad.** Es decir, en su petición el demandante no sólo se ha limitado a

¹¹⁰ PEÑAILILLO (1992), pp. 16 y 17.

¹¹¹ DIEZ DUARTE (2014), p.168.

solicitar la constatación de la simulación, lo que no acarrearía efectos jurídicos por si solos, sino que también ha pedido, como consecuencia de aquella, la nulidad absoluta”¹¹².

En el mismo caso, la Corte Suprema confirmando el fallo y, por ende, el criterio adoptado por la Corte de Apelaciones, señaló en su considerando trigésimo octavo ***“que, tratándose de una simulación absoluta, donde las partes no han tenido la intención de celebrar contrato alguno, ya que son solo actos jurídicos aparentes, esta apariencia carece de voluntad, la que debe reunir la característica de seria y manifiesta, y careciendo de ello no ha existido la intención de obligar. Tratándose, de actos bilaterales, ha faltado el consentimiento, requisito esencial para la existencia de los contratos, por lo que necesariamente se debe concluir de conformidad a los artículos 1444, 1445 y 1682 del Código Civil, que los actos jurídicos tantas veces consignados, son inexistentes, si se entiende que la inexistencia está contemplada en nuestra legislación, o de acuerdo a la legislación vigente constituye efectivamente una nulidad absoluta”***.

Así, en *Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria los Nogales* confirmó exactamente el mismo criterio, al indicar en su considerando 26 ***“que lo así decidido se ciñe a una correcta interpretación y aplicación de la normativa aplicable al caso controvertido, no ameritando por ello el reproche de ilegalidad que le dirige el recurso, pues si bien, el contrato simulado no constituye expresión de una voluntad real de las partes, ausencia de consentimiento que en estricta ortodoxia acarrea su inexistencia ante el derecho, al no contemplarse esta modalidad de ineficacia jurídica en nuestro ordenamiento, su sanción no puede ser otra atendiéndose a las prescripciones contenidas en los artículos 1444, 1445 N° 2 y 1682 del Código Civil- que la nulidad absoluta, por haberse omitido, al generarse un requisito exigido por la ley en consideración a la naturaleza del acto jurídico”¹¹³.***

De los fallos mencionados la conclusión es clara en el sentido de que la Corte Suprema adscribe a esta postura en relación a la simulación absoluta: hay ausencia de consentimiento serio y, por ende, ausencia de consentimiento. Por ello la sanción de ineficacia aplicable a la simulación

¹¹² DINAMARCA CON LEIVA (2016).

¹¹³ CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011).

absoluta es la nulidad absoluta, ya que le falta al acto jurídico uno de los requisitos de la esencia, conforme al artículo 1445 del Código Civil.

c. Declaración de nulidad en la simulación relativa

Queda por dilucidar, entonces, en el caso de la simulación relativa en que el acuerdo simulatorio esconde otro acto que es diverso en cuanto a su naturaleza, su contenido o las partes que lo celebran.

Respecto al acto ostensible, es posible señalar que opera una lógica similar a la descrita en relación a la simulación absoluta y es obvio, dado que existe la misma falta de seriedad – y, por ende, la misma falta de consentimiento – respecto al acto ostensible. Es en estos casos donde aplica la acción de simulación, debido a que su objeto es, precisamente, debelar el contenido del acto oculto. En cuanto a las sanciones de ineficacia, en relación a la simulación absoluta, la diferencia radica en que, una vez que desaparece dicho acto, hay otro que deberá ser analizado conforme a las reglas generales.

En este sentido, y nuevamente aplicando la lógica del derecho civil tradicional, si el acto oculto se encuentra acorde a derecho y, por tanto, se trata de una simulación lícita, ningún rol pueden jugar las sanciones de ineficacia respecto de este acto ya que no se puede sancionar algo que es perfectamente legítimo.

En relación al acto ostensible, Peñailillo llega a una conclusión similar señalando que *“a menos que, por las características del caso, lo que importe sea solamente obtener una declaración de prevalencia, sin que interese el estado en que quede el acto ostensible (...) la conclusión es que como ese acto es sólo apariencia, él es inexistente o, si la inexistencia no está contemplada en nuestro Derecho, es nulo absolutamente. Todo ello por falta de voluntad seria. Hay voluntad en celebrarlo pero esa voluntad no es seria. Se sabe que la voluntad, para que produzca efectos en derecho, para que se entienda que está presente como el primer elemento del acto, debe ser:*

seria y manifestada. Que sea seria significa que se tiene con la finalidad de que produzca efectos jurídicos”¹¹⁴.

Lo relevante, en esta materia, se produce cuando estamos frente a una simulación ilícita y el acto oculto busca perjudicar a terceros, en cuyo caso, se debe determinar cuál es la sanción de ineficacia aplicable.

Nuevamente el profesor Peñailillo señala, sobre este punto, que **“el acto oculto, ahora desvelado, debe ser examinado como el único existente, por lo mismo con prescindencia del ostensible, automáticamente de él, y procederse en consecuencia. Si cumple con todos los requisitos de forma y fondo, será válido; si padece de un defecto que constituya causal de nulidad absoluta, será nulo absolutamente; si padece de un defecto que constituya causal de nulidad relativa, será nulo relativamente; si se demuestra que se celebró en fraude de acreedores podrá ser revocado por acción pauliana, etc.”**¹¹⁵.

En términos generales, en los casos de simulación relativa ilícita, la Corte Suprema ha resuelto en estos casos de manera ambigua y poco clara. Pese a esto, pareciera haber una tendencia mayoritaria en que la Corte ha aplicado la ausencia de causa como causal de nulidad¹¹⁶.

Por ejemplo, la Corte Suprema, en su sentencia de reemplazo en *Gutiérrez con Inversiones Leiva* concluyó en su considerando 15 *“que, ahora, respecto a la compraventa, este tribunal llega a la conclusión que ella sólo tuvo por objeto traspasar, bajo la apariencia de un contrato simulado, la propiedad sub lite, con el fin de que la actora perdiera la mitad que le correspondería en la disolución de la sociedad conyugal como consecuencia de la acción judicial interpuesta para dicho objeto, ya que no hubo de parte de los contratantes la voluntad real de celebrarlo.*

¹¹⁴ PEÑAILILLO (1992), p. 19.

¹¹⁵ Ídem, p. 18.

¹¹⁶ Cabe hacer presente los reparos doctrinarios que puede tener esta interpretación, debido a que se ha dicho – y la misma Corte lo ha admitido – que el acto ostensible si tiene una causa, la denominada *“causa simulandi”*.

Además, falta en ese mismo contrato una causal real y lícita, entendiéndose por tal, como lo dice el artículo 1467 del Código Civil, el motivo que induce al acto o contrato, o como lo sostiene la opinión de los tratadistas, la razón o interés jurídico que induce a las partes a contratar (A. León. “La Causa”, Edit. Jurídica, año 1961, p. 15).

La manifestación de voluntad del contrato es un acto complejo, que comprende, en primer lugar, el consentimiento, esto es, el hecho de obligarse, y en seguida, el fin que la parte se propone alcanzar al contraer la obligación. Si el consentimiento es un requisito indispensable para la existencia de todo contrato, no lo es menos el fin, pues, para el legislador, es este elemento el que constituye la verdadera causa de la obligación (R.D.J. t. LV, sección 1ª, p.198)”¹¹⁷.

Así, en el mismo caso continuó su razonamiento señalando que *“en consecuencia, no está acreditado que los contratantes hubieren dado cumplimiento a sus respectivas obligaciones, si bien en la escritura se dan por cumplidas, los hechos y antecedentes mencionados en los considerandos inmediatamente anteriores, llevan a este tribunal a estimar que la celebración del aludido contrato fue más aparente que real, que no existió la voluntad real y efectiva de celebrarlo y de que no hay otra causa que la de sustraerlo el inmueble de la sociedad comercial, disminuyendo el patrimonio de ésta, burlando así los derechos legítimos del cónyuge demandante. Por tanto, el contrato de compraventa es nulo absolutamente por simulación”¹¹⁸.*

Finalmente, en *Zañartu con Fritz*, en su considerando séptimo de la sentencia de reemplazo, la Corte señaló que *“todos estos antecedentes permiten concluir que no existe una proporcionalidad en los aportes de todos los accionistas, que los bienes del señor Zañartu se subvaloraron lo que le generó un claro perjuicio económico al constituir la sociedad cuya nulidad absoluta se pide, y que es mucho más probable que todos los socios debieron haber sabido de la intención fraudulenta que animaba a la del señor Zañartu y que han debido*

¹¹⁷ GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016)

¹¹⁸ GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016).

colaborarle en ello, constituyendo así una sociedad anónima que no presenta causa real de negocio”¹¹⁹.

¹¹⁹ ZAÑARTU CON FRITZ (2015).

Conclusiones

A lo largo de esta memoria se analizaron diversos aspectos relevantes del fenómeno jurídico de la simulación, tomando en cuenta tanto elementos doctrinales como jurisprudenciales, poniendo especial énfasis en estos últimos, ya que el objetivo era precisamente entender como los tribunales de justicia, específicamente la Corte Suprema, utilizan esta institución en la práctica judicial.

En este sentido, en el desarrollo de esta memoria pudimos ver que el concepto de simulación acogido por la Corte Suprema es aquella disconformidad deliberada y consciente entre la voluntad real y la declaración convenida entre partes, con el fin de engañar a terceros.

Los elementos que la conforman son:

a) disconformidad entre la voluntad real, efectiva, verdadera y la declarada o manifestada;

b) deliberación y conciencia de la disconformidad, esto es, voluntad y pleno conocimiento de que queriéndose algo se expresa una voluntad diferente;

c) concierto entre las partes, o sea, comunicación recíproca y acuerdo entre ellas en que lo manifestado como voluntad ostensible es sólo apariencia porque lo realmente convenido es algo distinto, o la nada; y

d) derivado de lo anterior, intención de engañar a terceras personas¹²⁰.

Así, una vez delimitados los principales elementos que conforman la simulación, corresponde preguntarse por cuál es su naturaleza jurídica. Los autores han postulado diversas teorías que la consideran como un vicio de la voluntad, una causal de inexistencia o nulidad e incluso como una modalidad de los actos jurídicos. La Corte Suprema, por su parte, al abordar el fenómeno

¹²⁰ ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

simulatorio la ha entendido como un elemento fundante de una causal de nulidad, es decir, un hecho que, bajo ciertas circunstancias, puede producir la nulidad de los actos o contratos (*i.e.* simulación ilícita).

En ese orden de ideas, una vez delimitado claramente el concepto de simulación utilizado por la Corte, corresponde tratar las diversas clasificaciones que admite. En primer lugar, la simulación puede ser absoluta o relativa. En la primera, el acto jurídico se da sólo en apariencia, pues carece por completo de contenido serio y real. La declaración que se formula no obedece a voluntad real alguna. En suma, el negocio resulta ser por completo ficticio, lo que tiene lugar, por ejemplo, cuando el deudor, ante la amenaza de ejecución de sus bienes, simula enajenarlos a un tercero.

La simulación relativa, en cambio, supone la celebración de un acto jurídico aparente, cuando en realidad se persigue convenir en otro distinto. Quienes concurren a darle forma tienen la intención de concluir un negocio verdadero, pero lo disfrazan con una modalidad diversa de manera que su naturaleza real permanece oculta. Ejemplo típico de esta forma de simulación es el de un contrato aparente de compraventa, tras el cual, se esconde una donación”¹²¹.

En segundo lugar, la simulación puede ser lícita o ilícita, atendiendo a la licitud del fin perseguido por las partes del contrato simulado, en el sentido de que, si el fin es lícito, la simulación será lícita y si es ilícito, la simulación será ilícita. En general, para que la simulación sea ilícita, el fin perseguido debe ser perjudicar a terceros o infringir la ley, en cuyo caso puede conllevar sanciones en sede civil e incluso en sede penal, dependiendo la naturaleza y entidad de los perjuicios provocados.

Una vez han quedado claramente determinadas las características generales de esta institución, se abordó un tema fundamental en el estudio de la simulación: la prueba de la simulación.

¹²¹ *CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011)*.

La única disposición que de manera indirecta aborda la prueba de la simulación es el artículo 1707, sobre el valor de las contraescrituras privadas respecto de terceros. En base a esta disposición, se ha interpretado que las contraescrituras privadas tienen pleno valor para las partes, pero que respecto de terceros, estas les son inoponibles – siendo este, como se verá, el fundamento último de la acción de simulación.

Respecto del resto de los medios de prueba, existe amplia aceptación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia que, respecto de terceros, se admiten todos los medios de prueba para efectos de probar la simulación, incluyendo la prueba de testigos, atendido que lo que se estaría probando no sería un acto o contrato sino que el hecho de haberse simulado.

Si bien de forma menos categórica, respecto a las partes, la Corte Suprema ha sido relativamente clara al señalar que admite la prueba de testigos para efectos de dar por acreditado un acuerdo simulatorio.

En cuanto a la carga de la prueba, en principio, rigen las reglas generales, esto es, que, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, en virtud del artículo 1698 del Código Civil.

Sin embargo, en esta materia dicha disposición se ha matizado, atendida la dificultad probatoria que implica probar un acto oculto, en particular cuando la acción de simulación la entablan terceras personas, ajenas al contrato simulado.

En concreto, la Corte ha señalado que, atendido que la simulación incumbe en el ámbito de la intención de los declarantes, dado que es definida como una divergencia psicológica, *esta se subtrae 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. Por ello, la prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas. Es decir, la prueba de la simulación es indirecta, y se deduce de las relaciones entre las partes, del contenido de la convención y de las circunstancias que la rodean, siendo por ende una prueba indiciaria*”.

Así, en concordancia con lo expuesto y atendido que la prueba directa en esta materia es imposible – particularmente cuando la solicitan terceros – la Corte Suprema ha *deducido dos consecuencias probatorias*:

a. La valoración de los distintos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad del sistema de prueba tasada legalmente, haciendo uso de los márgenes de apreciación prudencial otorgados por la ley, en que el tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor en determinadas materias, como es el caso de la simulación; y

b. Que 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.

Es precisamente por dichas consideraciones que, en esta materia, la prueba de presunciones es tan importante. Sobre este tema, la Corte Suprema ha entendido el concepto de presunción desde una perspectiva unitaria, es decir, como una operación lógica mediante la cual partiendo de un hecho conocido se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto y también es conocido que según sea que la consecuencia del hecho conocido la saque el legislador o el juez, la presunción es legal o judicial¹²².

Para que una presunción judicial sea capaz de desvirtuar lo señalado en una escritura pública, como se requiere en el caso de la simulación, esta debe ser grave y precisa. Si es más de una, estas deben ser concordantes. Respecto del hecho base que sirve de origen a la presunción, es importante destacar que este debe ser probado, necesariamente, con prueba directa.

Finalmente, se realizaron algunas consideraciones sobre el rol de las máximas de la experiencia en el proceso lógico de las presunciones, algunas críticas a su utilización, y los principales criterios utilizados por la Corte Suprema, como, entre otros, las relaciones de parentesco, la

¹²² ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015).

diferencia entre el monto estipulado y el valor de mercado del bien en cuestión, el hecho de que se formen sociedades a las que se les traspase todo el patrimonio o solo una parte de él, fechas de creación, situación del socio – i.e. enfermedades terminales o notoria insolvencia, condiciones contractuales, entre otros.

En último lugar, se abordó tanto la acción de simulación como la relación de la simulación con las sanciones de ineficacia.

En relación a la acción de simulación, su objeto es establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la voluntad que falsamente expresaron, por ello, es posible entender que se trata de una acción de inoponibilidad, en la medida que sería una consecuencia del artículo 1707 del Código Civil, ya que, si las contraescrituras privadas no le son oponibles a terceros, estos terceros tienen la acción de simulación para hacerla valer.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que la fuente de litigios en este ámbito se da en aquellos casos en que la simulación es ilícita, en un estudio práctico de la materia necesariamente debió revisarse las relaciones entre la simulación y la nulidad.

La primera conclusión respecto a las relaciones con la nulidad es que no existe una causal de nulidad por simulación, debido a que esta es lícita en principio, salvo que atente contra la ley o cause un perjuicio a terceros.

En segundo lugar, respecto a la simulación absoluta, la solución otorgada por la Corte Suprema, en los casos en que esta es ilícita, es declarar la nulidad absoluta del contrato simulado. El razonamiento para llegar a esta conclusión es el siguiente: conforme al artículo 1445 del Código Civil uno de los requisitos de la esencia del acto jurídico es la voluntad – el consentimiento en el caso de los actos jurídicos bilaterales – y, para que esta voluntad produzca efectos debe manifestarse y ser seria; el requisito de seriedad implica la voluntad de obligarse jurídicamente. En un contrato simulado, al ser solo apariencia, no hay voluntad real de obligarse, por ende, no hay voluntad y, por ende, falta uno de los requisitos de la esencia de todo acto jurídico y su sanción es la nulidad absoluta.

Respecto de la simulación relativa la situación difiere ya que existen dos contratos: uno que es “ostensible” y otro que se encuentra oculto. Respecto del acto ostensible la solución no difiere respecto de la simulación absoluta, sin embargo, en este caso cuando desaparece el acto ostensible sí hay algo, hay un acto oculto que debe ser analizado conforme a su mérito. En este sentido, la situación es relativa y varía caso a caso, debido a que el acto puede ser lícito sin adolecer de ningún vicio que merezca su anulación. En los típicos casos de simulación – fraude a acreedores o a legitimarios – se ha utilizado la figura de la causa ilícita, considerando que su finalidad es evadir el ordenamiento jurídico.

Bibliografía

ALCALDE, E. (2000). *La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales*. Revista chilena de derecho, vol. 27 n°2.

ALESSANDRI, A. (1991). *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General* (Santiago, Gaceta de los Tribunales, tomo II).

ALPA, G. (1999). *El contrato en general; principios y problemas* (Roma, Instituto Pacífico, primera edición).

CARCABA, M. (1986). *La simulación en los negocios jurídicos* (Barcelona, Librería Bosch, primera edición).

DIEZ DUARTE, R. (2014). *La simulación de contrato en el código civil chileno* (Santiago, Editorial Metropolitana, tercera edición).

DIEZ PICAZO, L. *Dictámenes jurídicos* (Madrid, Editorial Civitas, primera edición).

FERRARA (1961). *La simulación de los negocios jurídicos* (Madrid, Revista de derecho privado, primera edición).

FIGUEROA, G. (2006). *Curso de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica, primera edición).

GAMA, R. (2013). *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*. Revista de estudios de la justicia, vol. 19 (Santiago).

JOSSERAND, L. (1946). *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado* (Puebla, Editorial Cajica, Primera Edición).

LEON HURTADO, A. (1979). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, tercera edición).

LOPEZ SANTA MARÍA, J. (2017). *Los contratos – parte general* (Santiago, Editorial Thompson Reuters, sexta edición).

MARINO, T. (2014). *Presunciones Judiciales: críticas y puntos de partida para una concepción alternativa de las presunciones judiciales en el proceso civil y comercial* (Buenos aires).

- MÜLLER, E. (2006). *El acuerdo simulatorio: noción, importancia y efectos*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, vol. 1 (Buenos Aires).
- MUÑOZ SABATE, L. (1972). *La prueba de la simulación* (Barcelona, Editorial Hispano Europea, primera edición).
- NIEVA, J. (2010). *La valoración de la prueba* (Barcelona, Editorial Marcial Pons, primera edición).
- NIÑO, E. (1992). *La simulación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. 14 (Valparaíso).
- PEÑAILILLO, D. (1992). “*Cuestiones teórico-prácticas de la simulación*”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, vol. 15 (Concepción).
- RAGEL, L. (1994). *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch, primera edición).
- ROSENBERG, L. (1956). *La carga de la prueba* (Buenos aires, editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, primera edición).
- STEIN, F. (1999). *El conocimiento privado del juez* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, catorceava edición).
- VIAL, V. (2003). *Teoría del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica, quinta edición).
- TARUFFO, M. (1991). *Presunzioni (Diritto Processuale Civile)* (Roma, Enciclopedia Giuridica Teccom, vol. 24).
- TARUFFO, M. (1992). *Libero Convincimento del Giudice* (Roma, Enciclopedia Giuridica Teccom).
- TARUFFO, M. (1995). *Onere della prova* (Roma, Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, vol. 13).
- TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos* (Madrid, editorial Trotta, primera edición).
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba* (Madrid, editorial Marcial Pons, primera edición).

Jurisprudencia

CASTLE GOLD INVESTMENT CORP CON INMOBILIARIA LOS NOGALES LTDA Y OTROS (2011): Corte Suprema, 19 de enero de 2011 (acción de nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 333064354.

FIGUEROA CON FIGUEROA (2011): Corte Suprema, 27 de abril de 2011 (acción de nulidad absoluta de contrato de compraventa, reivindicación e indemnización de perjuicios). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 333046982.

CANDIA CON VILCHES (2011): Corte Suprema, 11 de julio de 2011 (acción de nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 333766730.

GONZÁLEZ CON GAMBOA (2011): Corte Suprema, 23 de agosto de 2011 (acción de nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 333047834.

BALBONTIN CON PERNAR (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de septiembre de 2011 (acción de nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 318940927.

CORVACHO CON CORVACHO (2011): Corte Suprema, 26 de diciembre de 2011 (acción de nulidad de contrato e indemnización de perjuicios). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 366604006.

LECAROS CON LECAROS (2012): Corte Suprema, 19 de marzo de 2012 (acción de simulación, nulidad de contrato y reivindicación). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 436290162.

LÓPEZ CON LÓPEZ (2012): Corte Suprema, 25 de junio de 2012 (acción de simulación y nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 436061650.

ZAÑARTU CON FRITZ (2015): Corte Suprema, 30 de marzo de 2015 (acción de simulación y nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 563017574.

ZAÑARTU CON AGRÍCOLA E INMOBILIARIA NORTE Y SUR (2015): Corte Suprema, 20 de marzo de 2015 (acción de simulación y nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 563019906.

FUENTES CON FUENTES (2015): Corte Suprema, 22 de octubre de 2015 (acción de simulación y nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 585378190.

TORO CON GONZÁLEZ (2015): Corte Suprema, 23 de diciembre de 2015 (acción de simulación e inexistencia o nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 590465442.

GUTIERREZ CON INVERSIONES LEIVA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016): Corte Suprema, 23 de marzo de 2016 (acción de simulación e indemnización de perjuicios). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 631595606.

DINAMARCA CON LEIVA (2016): Corte Suprema, 20 de julio de 2016 (acción de nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 645453093.

DE LA PUENTE CON HOLMAN (2017): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017 (acción de simulación y nulidad de contrato). Disponible en VLEX, código de búsqueda: 693503093.