

# La simulación y la jurisprudencia

**Hugo Rosende Alvarez**

Director Departamento Derecho Privado

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## 1. ¿Qué es la simulación?

### a) Doctrina

a.1) 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.<sup>1</sup>

a.2) Existe la simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*convention*) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina contradocumento.<sup>2</sup>

a.3) La simulación es el concierto o inteligencia de dos o más personas, autores de un acto jurídico, para dar a este acto las apariencias de otro diverso.<sup>3</sup>

La simulación se refiere: ya a la existencia misma del acto, que es entonces puramente ficticio; ya concierne a su naturaleza, como si las partes disfrazan una donación bajo la forma de una venta; ya se relaciona con los participantes o los beneficios verdaderos, cuya identidad es ocultada por el juego de una interposición de personas; ya, en fin, cuando el disfraz sólo concierne a las cláusulas y condiciones de la operación, como si en una

<sup>1</sup> Ferrara, Francesco, *Simulación de los Negocios Jurídicos*, pág. 11. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2002. Esta definición comprende la simulación absoluta y la relativa.

<sup>2</sup> Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las Obligaciones, tomo sexto, primera parte, pág. 465, Cultural S.A., Habana, 1940. Esta definición se refiere a la simulación relativa, la cual se acredita mediante contraescrituras en el caso de nuestro artículo 1707 del Código Civil.

<sup>3</sup> Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Obligaciones, tomo undécimo, volumen II, N° 751, pág. 121. Editorial Jurídica de Chile, 1979.

compraventa convenida por un precio de ciento cincuenta mil pesos, se dice que es de cien mil pesos el precio, o a la inversa, siendo convenido el precio de cien mil pesos, se expresa que es de ciento cincuenta mil pesos y que los cincuenta mil pesos han sido pagados en la suma dada al contado.<sup>4</sup>

a.4) La simulación consiste en aparentar una declaración de voluntad que no se desea, contando con la aquiescencia de la parte a quien esa declaración va dirigida. Mediante la simulación se da a los terceros un falso concepto de la "realidad, la naturaleza, los participantes, los beneficiarios o las modalidades, de la operación".<sup>5</sup>

a.5) Hay simulación toda vez que exista disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración, convenida entre las partes, con el fin de engañar a terceros.<sup>6</sup>

## b) Jurisprudencia

b.1) Hay fallos que recogen textualmente la definición dada por Francesco Ferrara. En este sentido se han pronunciado las sentencias publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: tomo 55, sección 1ª, pág. 188 y tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

b.2) La definición dada por Raúl Diez Duarte aparece recogida en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sección 2ª, pág. 60. La Corte Suprema ha dicho que la simulación es un hecho que se produce dando a un acto jurídico las apariencias de otro diverso, publicado en *R.D.J.*, tomo 22, sección 1ª, pág. 272. La misma Corte ha manifestado que hay simulación cuando el consentimiento manifestado en un acto o contrato no corresponde a la voluntad real, por lo que prácticamente pueden producirse dos clases de simulación: la simulación absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y que es solamente ficticio en su totalidad; y la simulación relativa, cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado, sea en su totalidad, como si se disfraza de compraventa una donación, sea sólo parcialmente, como si en un contrato se inserta una cláusula diferente a la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real (*R.D.J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).

<sup>4</sup> *Ibíd.*, págs. 121 y 122. Un criterio similar expresó la Corte Suprema cuando dijo: "La simulación dice relación con las personas de los contratantes; el objeto del contrato; su ejecución, y la actitud de las partes al realizar el negocio jurídico" (*R.D.J.*, tomo 55, sección 1ª, pág. 188).

<sup>5</sup> León Hurtado, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, N° 106, pág. 175, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Lo indicado entre comillas corresponde a Luis Josseland, *Les mobiles dans les actes juridiques*, N°192, pág. 240.

<sup>6</sup> Diez Duarte, Raúl, "La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno", N° 35, pág. 60, *Fallos del Mes*, segunda edición, 1982.

## 2. Requisitos de la simulación

### a) Doctrina

Los requisitos de la simulación son:

- a.1) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- a.2) Concertada de acuerdo entre las partes.
- a.3) Para engañar a terceros.<sup>7</sup>

### b) Jurisprudencia

Para que exista simulación es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- b.1) Disconformidad entre la voluntad interna y su declaración;
- b.2) disconformidad deliberada y consciente;
- b.3) concierto entre partes, y
- b.4) intención de engañar a terceros (*R.D.J.*, tomo 55, sección 1<sup>a</sup>, pág. 188).<sup>8</sup>

## 3. Simulación lícita

### a) Doctrina

a.1) La simulación es lícita si los simuladores no tienen la intención positiva de perjudicar a terceros.<sup>9</sup>

a.2) La simple simulación, cuando no tiene por objeto ocultar una incapacidad legal o dar una apariencia lícita a un contrato prohibido, cuando, en fin, no encierra una intención de defraudar la ley o de perjudicar a un tercero, no está prohibida; su existencia no puede perjudicar a la validez del acto simulado, ni ocasionar la nulidad del contrato, cuyas formas han adoptado las partes.<sup>10-11</sup>

a.3) La simulación lícita para Demogue no es sino una consecuencia del derecho, que él declara reconocido, de celebrar actos secretos. Colin y Capitant dicen que las partes pueden obligarse como quieran, y que lo que pueden hacer públicamente también pueden realizarlo en secreto.

<sup>7</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 4.

<sup>8</sup> En el mismo sentido: Diez Duarte, Raúl, op. cit., N° 36, págs. 60 a 64.

<sup>9</sup> *Ibid.*, N° 65, pág. 101.

<sup>10</sup> Claro Solar, Luis, op. cit., N° 751, pág. 123.

<sup>11</sup> El móvil que se persigue será decisivo para calificar el acto. León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 107, pág. 177, citando a Josseland.

Todo estriba 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 según la expresión de Laurent. Aubry y Rau expresan que es necesario que no se defraude a terceros.<sup>12</sup>

## b) Jurisprudencia

Se ha fallado que no importa cesión de un crédito el acto por el cual se encarga a un banco que cobre un crédito y aplique el dinero a una determinada operación. Ello importa un mandato al cual el mandante puede ponerle término a su voluntad.

La simulación, no mediando perjuicio de tercero, es perfectamente lícita en nuestro derecho, y así vemos que el artículo 1707 del Código Civil da valor entre las partes a las escrituras privadas hechas para alterar lo pactado en una escritura pública.

En los casos de simulación para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida (*R.D.J.*, tomo 33, sec. 2<sup>a</sup>, pág. 17).

## 4. Clases de simulación: absoluta, relativa y por interposición de personas.

### a) La simulación absoluta

#### a.1) Doctrina

a.1.1) Un negocio absolutamente simulado es el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce.<sup>13</sup>

a.1.2) La simulación puede ser absoluta y suponer la ejecución de un acto, cuando en realidad las partes no han querido hacer acto alguno jurídico.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Carrera, Francisco cita estos autores franceses en su comentario a la sentencia de la Corte de Valparaíso, de 12 de junio de 1935, recaída en la causa "Granello y otra con Banco Italo-Belga", publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 33, sec. 2<sup>a</sup>, págs. 17 y ss.

<sup>13</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 74.

<sup>14</sup> Claro Solar, Luis, op. cit., tomo undécimo, volumen II, N° 751, pág. 122. En el mismo sentido: León Hurtado, Avelino, op. cit. N° 108, pág. 177. Paillás, Enrique, *La Simulación en Derecho Privado*, p. 11, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003, dice que en la simulación absoluta hay una mera ficción.

## a.2) Jurisprudencia

a.2.1) Se ha fallado que aunque en la escritura de compraventa de un establecimiento comercial el comprador declare haberlo recibido, no puede sostenerse que este último adquiriera su dominio si los propios otorgantes expresan que el contrato es ficticio por no haber existido consentimiento ni precio realmente pagado y haberse celebrado sólo con el objeto de burlar a los acreedores del vendedor, por lo cual dicho contrato es nulo de nulidad absoluta (*R.D.J.*, tomo 29, sección 1ª, pág. 411).

a.2.2) Hay simulación absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y que es solamente ficticio en su totalidad. (*R.D. J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).<sup>15</sup>

## b) La simulación relativa

### b.1) Doctrina

b.1.1) La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros<sup>16</sup> (con frecuencia se le designa como negocio disimulado, enmascarado, velado, oculto, secreto o real).

b.1.2) La simulación relativa o disimulación consiste en celebrar una convención real, pero con las apariencias externas de otro acto.<sup>17</sup>

### b.2) Jurisprudencia

b.2.1) En los casos de simulación para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida. (*R.D.J.*, tomo 33, N°s 3 y 4, sección segunda, pág. 17).

<sup>15</sup> Diez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 108, dice: hay simulación absoluta cuando la declaración no corresponde a voluntad real alguna. Cuando el acto jurídico aparente no corresponde a ninguna voluntariedad, es decir, a ninguna intención de crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

<sup>16</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 92.

<sup>17</sup> Diez Duarte, Raúl, op. cit., N° 80, pág. 116.

b.2.2) Hay simulación relativa cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado, sea en su totalidad, como si se disfraza de compraventa una donación, sea sólo parcialmente, como si en un contrato se inserta una cláusula diferente a la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real (*R.D.J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).

b.2.3) En la simulación relativa es preciso distinguir la incidencia de dos vínculos contractuales: uno, el oculto, que ha sido deseado y que corresponde a la voluntad real de las partes; el otro, el aparente, que es el visible para los terceros, no sólo con el objeto de engañarlos, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo contractual, o sea, las partes ya no sólo se limitan a crear una apariencia, sino que emplean esta apariencia para encubrir un vínculo jurídico contractual real y querido. (*R.D.J.*, tomo 52, sección segunda, pág. 62).

b.2.4) La simulación tiene causa y es la que se denomina, en doctrina, *causa simulandi*, entendiéndose por tal el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a presentarlo en forma distinta a la que le corresponde: es el porqué del engaño (*R.D.J.*, tomo 55, sección primera, pág. 188).

b.2.5) Establecido que en el período en que se celebraron los contratos impugnados de nulidad, la demandada hacía vida marital con el padre de la actora, figurando éste como vendedor y aquélla como compradora en dos de ellos y como cedente de sus derechos a la misma en el otro; que al comienzo de las relaciones extraconyugales la demandada recién abandonaba su cargo de garzona en una fuente de soda, sin que haya aportado antecedente alguno que demuestre o haga presumir un indicio siquiera de recursos económicos anteriores; que a la fecha de dichos contratos el vendedor y cedente se encontraba gravemente enfermo, falleciendo poco más de un mes después de celebrado el primero y a pocos días del último, sin que se divise en autos alguna necesidad imperiosa o ineludible que lo obligara o aconsejara a desprenderse de todos sus bienes, sin excepción, en circunstancias que en un testamento otorgado un mes antes de celebrar el primer contrato, dejaba todos sus bienes a la demandante, su hija legítima, y que sólo revocó estas disposiciones por otro testamento, otorgado el mismo día en que celebró el último, cabe desprender un sinnúmero de presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes, a juicio del tribunal, para formar el convencimiento legal de que en los tres contratos aludidos no sólo se falseó la naturaleza, sino que no hubo entre las partes contratantes el consentimiento real y efectivo para pactar las prestaciones que mutuamente se imponen, ni motivo lícito determinante para celebrarlos, y que se trata de contratos simulados tendientes a burlar

la prohibición de pactar sobre el derecho a suceder establecida en el artículo 1463 del Código Civil (*R.D.J.*, tomo 57, N°s 1 y 2, sección segunda, pág. 97).

b.2.6) Don César Sumar demandó en juicio ordinario a don Luis Karque y don David Willumsen, personalmente y como representantes de la Sociedad Agrícola Industrial Castilla Limitada, pidiendo la nulidad de la venta de la estancia Castilla que hizo a la mencionada sociedad por escritura pública de 8 de septiembre de 1971.

El precio de la compraventa fue E<sup>q</sup>1.364.000 de la época, que se pagaría en la siguiente forma: con un cincuenta por ciento de las utilidades líquidas anuales que arrojaran los balances de la sociedad compradora; y, si en el año respectivo no hubiese utilidades, se dispuso que no se haría al precio ningún pago o abono. Aun más, si la sociedad compradora estimase necesario dejar el todo o parte de las utilidades para la mejor explotación del predio o capitalización, no se haría amortización al precio o sólo una amortización correspondiente al cincuenta por ciento de la parte de "las utilidades a repartir".

Esta sociedad había sido formada poco antes, el 23 de junio de ese año, por tres personas, Luis Karque, Sergio Saavedra y David Willumsen. El objeto de ella fue dedicarse a la explotación de la agricultura, de la industria agropecuaria u otra actividad agrícola o industrial derivada de la agricultura, conexas o similares, y a la comercialización de dichos productos.

Casi dos años más tarde, el 12 de noviembre de 1973, se hizo una modificación de la escritura social, pues don Sergio Saavedra, de común acuerdo con los otros socios, se retiró de la compañía y cedió sus derechos a don César Sumar; el precio de esta cesión fue la misma cantidad de E<sup>q</sup> 30.000 que había sido su aporte.

Al año siguiente, el 14 de febrero de 1974, don Sergio Saavedra y don César Sumar hicieron una declaración por escritura pública, en relación con la cesión de derechos ya mencionada. Se dijo: "por el presente instrumento, el señor Sumar libera al señor Saavedra de toda responsabilidad por las actuaciones que en la referida sociedad éste tuvo, ya que en el hecho el Sr. Sergio Saavedra cumplió un encargo de confianza que le hizo el señor Sumar, razón por la cual se constituyó la Sociedad Agrícola e Industrial Castilla Ltda. Los señores Saavedra y Sumar se otorgan el más amplio y completo finiquito y renuncian, recíprocamente, a cualquier acción judicial o administrativa que pudiere ejercitarse con motivo de los actos que realizó el señor Saavedra como mandatario de confianza".

En 1975 pretendió el señor Sumar recuperar el dominio de todo el predio y, ante la oposición de los señores Karque y Willumsen, se promovió la litis ante uno de los juzgados civiles de Santiago. Sostuvo el actor que jamás tuvo la intención de desprenderse del dominio de la estancia Castilla; que la constitución de la sociedad sólo tuvo por objeto llevar a la práctica un encargo fiduciario o mandato de confianza para los efectos de que dicha empresa adquiriese la estancia y le fuere restituida una vez que desapareciera el gobierno de la Unidad Popular, el cual se había caracterizado por la persecución a ciertos miembros de la colonia árabe y, en especial, a él mismo.

En primera instancia se rechazó la demanda, pero la Corte de Apelaciones declaró de oficio la nulidad de la compraventa.

La sentencia estableció que tanto el convenio sobre la formación de la Sociedad Castilla Limitada, como la compra que ésta aparece haciendo al señor Sumar de su estancia, son contratos simulados, ya que lo único que verdaderamente se quiso pactar y que existe es el acuerdo de entregar en administración –mandato de administración– ese bien a los señores Karque, Willumsen y Saavedra, simulación que calificó como relativa, pues en ella existió ese mandato de administración oculto, pero real.

En cuanto a la validez de la compraventa de la estancia por la Sociedad Castilla Limitada, la sentencia formuló diversas consideraciones, para concluir que, en realidad, en el contrato de compraventa no se estipuló un precio que debiera pagarse, puesto que no existió obligación de parte de los compradores de cancelar las anualidades a que se refiere el instrumento, en el evento de que la sociedad no tuviese utilidades o que los socios acordaran capitalizarlas, pago, entonces, que quedó entregado a la sola voluntad de los compradores; que, por ende, el contrato de compraventa careció de objeto, y también de causa respecto del vendedor. Se decidió que estos defectos acarrearán la nulidad absoluta del contrato, pero no se acogió la petición de la demanda sobre este punto, por estimar que el señor Sumar no pudo alegarla en razón de haber celebrado el acto a sabiendas de la simulación; mas se declaró de oficio esa nulidad, por considerar que aparecía de manifiesto en el contrato, dada la forma en que se pactó el precio.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Paillás, Enrique, op. cit., págs. 21 a 23 y 65 a 67. Causa 9975, César Sumar con Luis Karque y otros, iniciada el 27 de marzo de 1974, ante el Segundo Juzgado Civil de Santiago. Don Enrique Paillás piensa que no se trataba de una simulación relativa, sino de simulación absoluta.

## c) Simulación por interposición de personas.

### c.1) Doctrina

c.1.1) Hay interposición de personas cuando, al celebrarse un negocio jurídico, se interpone (incorpora) una persona extraña con el fin de ocultar el verdadero interesado. Pero esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica, a saber: personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas.

El intermediario puede intervenir en el contrato como contratante efectivo, entablando la relación jurídica en su propio nombre y convirtiéndose de este modo en titular de los derechos y obligaciones que derivan de la misma para inmediatamente volverlos a transferir al dueño del negocio, que se ha mantenido apartado de éste. Es el caso del mandatario en nombre propio. También puede darse la modalidad del encargo fiduciario, en que se otorga un poder jurídico ilimitado a la persona interpuesta, aunque con la inteligencia secreta de que no usará del mismo en beneficio propio, sino que lo traspasará a otros; con lo cual, de verdadero propietario o acreedor se reduce a mero conducto transmisor.<sup>19</sup>

En nuestro derecho, esta figura se observa en el albacea fiduciario.

La interposición de persona es ficticia cuando deben ser titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración.<sup>20</sup>

Para que se produzca la interposición real, se necesita el concurso de tres personas: la interponente, la interpuesta y el tercero. En la interposición simulada basta el concurso de dos, esto es, el interponente y el tercero, pues el intermediario no interviene jurídicamente en el acto y presta su nombre o coopera de un modo puramente material.<sup>21</sup>

En la interposición real se debe considerar la capacidad y los vicios del consentimiento desde el punto de vista de la persona interpuesta. En la interposición ficticia o simulada hay que estarse a la capacidad y los vicios del consentimiento desde la perspectiva del contratante secreto. A su vez, en la interposición real se necesita y basta el acuerdo entre el interponente y la persona interpuesta, mientras que en la interposición ficticia se necesita además la inteligencia del tercero. Por último, la persona interpuesta

<sup>19</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., págs. 134 y ss.

<sup>20</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 139, quien cita esta definición de Unger.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pág. 143.

real adquiere los derechos y contrae las obligaciones para sí, sin perjuicio de transferirlos al que le hizo el encargo o a terceros. En la interposición ficticia o fingida se trata de un contratante imaginario que nada adquiere, y todo se radica en el patrimonio del contratante secreto.<sup>22</sup>

c.1.2) En la simulación por interposición de personas, las partes se conciertan, saben quién es el verdadero contratante, pero lo ocultan por interposición de un tercero, quien es simple testaferro.<sup>23</sup>

## c.2) Jurisprudencia

c.2.1) Se ha fallado que no es suficiente que aparezca un tercero comprando la propiedad o uno de los cónyuges y transfiriéndola al otro para tenerlo como interpuesta persona, sino que es menester establecer además que tuvo el móvil, la intención o voluntad de servir de intermediario entre aquellos para que uno pudiera radicar en el otro el dominio del bien. En consecuencia, si el tercero tuvo la intención de adquirir el dominio del inmueble para sí, no puede considerársele como interpósita persona, aunque lo venda al otro cónyuge poco tiempo después.<sup>24</sup>

c.2.2) Otra sentencia dice que guarda estricta correspondencia con el texto suficientemente claro y explícito del art. 2144 del Código Civil y se conforma con el sentido natural y obvio de la frase "interpuesta o interpósita persona" que se emplea en dicho artículo y que según el Diccionario de la Real Academia Española se aplica al "que interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro, aparentando obrar por cuenta propia", la doctrina según la cual para que exista la interposición de personas a que se refiere dicha disposición legal es de rigor que esa tercera persona, en el momento de celebrarse el contrato de compraventa, haya tenido la intención de servir en tal carácter, esto es, interviniendo con el solo propósito de llevar a efecto posteriormente un segundo contrato que transfiriese al mandatario el dominio de la misma cosa que le había vendido.

Dentro del referido concepto y de las razones que ha tenido la ley –que no son otras que las de prevenir los abusos o fraudes que, en el ejercicio del mandato, pudiera cometer el mandatario para favorecer sus propios intereses en perjuicio de los de su mandante–, es manifiestamente errada y está en pugna con el referido art. 2144 del Código Civil la tesis conforme a la cual esta disposición se refiere únicamente a la existencia de una tercera persona y que basta, por tanto, que el mandatario compre para sí lo que recibió como encargo de ven-

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pág. 143.

<sup>23</sup> Santa Cruz Serrano, Víctor, "El Instrumento Público", *R.D.J.*, tomo 39, primera parte, N° 90, pág. 48.

<sup>24</sup> *R.D.J.*, tomo 41, marzo a diciembre de 1944, pág. 466.

der, ya sea que lo compre directamente o por interpósita persona sin entrar a calificar la intención con que éste obra en los contratos en que es parte.<sup>25</sup>

## 5. Simulaciones no permitidas por el derecho

Se consideran contrarias a derecho las simulaciones que: a) perjudican a terceros, y b) las destinadas a burlar una incapacidad legal o infringir una norma prohibitiva.

### a) Las simulaciones que perjudican a terceros.

#### a.1) Doctrina

a.1.1) La simulación ilícita es aquella que se celebra con la intención de perjudicar a terceros. Es ilícita, no por el hecho de la simulación, sino porque en ella incide el dolo.<sup>26</sup>

a.1.2) Si entre la víctima y el autor del daño no existe vínculo obligatorio alguno, la responsabilidad de este último será delictual o cuasidelictual, según que el hecho de donde emana sea doloso o culpable. Es lo que sucede cuando se celebra un contrato simulado en perjuicio de terceros, o en fraude de los derechos de un acreedor: en tales casos, la responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación contractual, sino del hecho ilícito consistente en la celebración misma del contrato simulado o fraudulento.<sup>27</sup>

a.1.3) En la simulación ilícita se dan cuatro elementos: i) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; ii) esta disconformidad debe ser consciente y deliberada, de lo contrario habrá error; iii) ha de existir acuerdo de las partes, lo que excluye la fuerza y la reserva mental; y iv) la intención de perjudicar a terceros.<sup>28</sup>

a.1.4) La simulación sólo será ilícita cuando, adicionalmente al engaño de terceros que le es consubstancial, pretenda el perjuicio de aquéllos, en cuyo evento reviste también la naturaleza de un delito civil. En la simu-

<sup>25</sup> R.D.J., tomo 27, marzo a diciembre de 1930, pág. 656. En nota a esta sentencia, don Gonzalo Barriga Errázuriz comenta que la doctrina de la Excelentísima Corte Suprema está de acuerdo con la opinión unánime de los autores.

<sup>26</sup> Díez Duarte Raúl, op. cit., pág. 105.

<sup>27</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, Nº 32, pág. 59, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

<sup>28</sup> Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*, Nº 141, pág. 101, Editores López-Viñancos, Santiago, 1971.

lación ilícita 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. No basta que la simulación cause daños a terceros para estimarla ilícita. Es preciso que los contratantes hayan actuado con la intención positiva de perjudicar a terceros, es decir, se les debe imputar –y acreditar– haber obrado con dolo. No basta para estimar ilícita la simulación cuando las partes han ocasionado con ella daños a terceros por negligencia.<sup>29</sup>

## a.2) Jurisprudencia

a.2.1) Si los jueces del fondo no infringieron las leyes reguladoras de la prueba, no cabe someter a revisión el fallo en cuanto da por establecido una serie de hechos, con cuyo mérito, los dichos jueces, en ejercicio de su facultad privativa, dan por demostrada o establecida la existencia de la simulación de diversos contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, por aparecer de manifiesto, según el mérito de dichos antecedentes, que carecen de causa real y lícita, porque bajo las apariencias de contratos onerosos, sólo tuvieron por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas, colocando a las personas llamadas a suceder al cónyuge difunto, la mujer en el caso, en la imposibilidad de reclamar sus derechos hereditarios, lo que equivale a establecer que tales contratos tiene una causa ilícita. La sentencia recurrida que declara la nulidad de los expresados contratos por carecer de causa real y lícita y por ser ilícita la que indujo a celebrarlos no infringe los artículos 1749 y 1750 del Código Civil, ya que no contiene declaración alguna contraria a dichos preceptos.<sup>30</sup>

a.2.2) El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo, para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores o impedir su satisfacción.<sup>31</sup>

La simulación ilícita es aquella que se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros y adolece de causa ilícita.<sup>32</sup>

## b) Las simulaciones destinadas a eludir incapacidades legales o normas prohibitivas.

<sup>29</sup> Alcalde Rodríguez, Enrique, "La Simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales", pág. 267, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 27, N° 2 (2000), Sección Estudios.

<sup>30</sup> *R.D.J.*, tomo 23, sección primera, pág. 175.

<sup>31</sup> *R.D.J.*, tomo 55, N°s 1 y 2, año 1958, sección 1ª, págs. 188 y ss.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, pág. 189.

## b.1) Doctrina

Hay diversos artículos del Código Civil que se ocupan de las simulaciones destinadas a eludir incapacidades legales o normas prohibitivas.

Así sucede, por vía ejemplar, en los siguientes casos:

- Art. 966: Será nula la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona.
- Art. 1314, inc. 1º: El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, o invertirla en un objeto ilícito.
- Art. 2144: No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.
- Art. 1796: Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.<sup>33</sup>

## b.2) Jurisprudencia

### b.2.1) Compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (hoy, no separados judicialmente).

Es nulo de nulidad absoluta el contrato de venta de una propiedad perteneciente a una comunidad formada por el marido y un tercero, hecho a otra comunidad formada por la mujer y el mismo tercero, si no se trata de cónyuges divorciados perpetuamente.<sup>34</sup>

### b.2.2) Estipulación con el padre de familia a favor del hijo de familia (hoy, bajo patria potestad).

Es nula la compraventa estipulada con el padre de familia a favor del hijo (no emancipado), aun cuando al aceptarla éste haya dejado de tener esta calidad y, por tanto, el fallo que la declara válida es nulo porque infringe el artículo 1796 del Código Civil.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Texto vigente conforme a modificación introducida por el artículo tercero, número 33 de la Ley 19.947, que "Establece nueva ley de matrimonio civil", publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004.

<sup>34</sup> *R.D.J.*, tomo 19, sección 1ª, pág. 128.

<sup>35</sup> *R.D.J.*, tomo 31, sección 1ª, pág. 43. Hay comentario de don Leopoldo Ortega N.

## 6. Acción de simulación

### a) Doctrina

a.1) La acción de simulación es declarativa; tiende no a la condena del obligado a una prestación, sino a hacer reconocer la inexistencia de una relación jurídica o la existencia de otra distinta.<sup>36</sup>

Es consecuencia de la naturaleza declarativa de la acción de simulación su imprescriptibilidad. El contrato simulado es inexistente, y lo que no existe no adquiere vida por el solo transcurso del tiempo, la acción para el reconocimiento de esa inexistencia es siempre admisible.<sup>37-38-39-40</sup>

a.2) Dentro de la clasificación de las acciones que las leyes procesales hacen, se aceptan dos grandes divisiones: acciones reales y personales. La acción de simulación sigue la regla general de ser una acción personal porque no existen más acciones reales que las que emanan de los derechos reales.<sup>41-42</sup>

### b) Jurisprudencia

b.1) Si los jueces del fondo no infringieron las leyes reguladoras de la prueba, no cabe someter a revisión el fallo en cuanto da por esta-

---

<sup>36</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 205.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, pág. 207. En el mismo sentido: Parra Labarca, Ricardo A., *La Simulación (Doctrina y Jurisprudencia)*, tomo I, págs. 505 y 601. Ediciones Jurídicas La Ley, 1994.

<sup>38</sup> León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 118, págs. 193 y 194, expresa que la adquisición de la cosa objeto del contrato por medio de la prescripción adquisitiva o la acción de nulidad que debe deducirse con la simulación se rigen por las reglas generales. De este modo, la acción de simulación será inoperante si han prescrito esas acciones. Cfr. Díez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 225.

<sup>39</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Tomo II, N° 1505, pág. 365, Editorial Jurídica de Chile, Colombia, 1998, afirman que la acción de simulación prescribe porque el principio general es el de la prescriptibilidad de las acciones salvo las que la ley declara imprescriptibles en forma expresa.

<sup>40</sup> Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, pág. 154, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Este tratadista piensa que el tiempo de prescripción de la acción de simulación es el lapso general de 5 años que la ley establece para las acciones personales, a menos que la acción de simulación emane de un delito civil, en cuyo caso la prescripción será de cuatro años, contados desde la fecha del contrato simulado.

<sup>41</sup> Parra Labarca, Ricardo A., op. cit., pág. 502. Sin embargo, en estricto sentido, este autor señala que la acción de simulación no es personal ni real, sino simplemente declarativa o de reconocimiento (págs. 501 a 503).

<sup>42</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, op. cit., tomo II, N° 1504, pág. 364, afirman que la acción de simulación es una acción personal y declarativa.

blecidos una serie de hechos, con cuyo mérito los dichos jueces, en ejercicio de su facultad privativa, dan por demostrada o establecida la existencia de la simulación de diversos contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, por aparecer de manifiesto, según el mérito de dichos antecedentes, que carecen de causa real y lícita, porque bajo las apariencias de contratos onerosos, sólo tuvieron por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas, colocando a las personas llamadas a suceder al cónyuge difunto, la mujer en el caso, en la imposibilidad de reclamar sus derechos hereditarios, lo que equivale a establecer que tales contratos tienen una causa ilícita.<sup>43</sup>

b.2) Aunque el contrato de trabajo dé testimonio de que el empleado u obrero desempeñaría un determinado trabajo, ello no obsta a que pueda ser invalidado o modificado por consentimiento mutuo de los contratantes, y, por tanto, reconocido por el empleador que ambos de hecho modificaron el contrato, procede tomar en cuenta la prueba producida por el empleado sobre la naturaleza y duración de sus nuevas funciones, prevaleciendo sobre el contrato escrito de trabajo.<sup>44</sup>

b.3) En la simulación hay un elemento de ficción y la acción respectiva se endereza a establecer que, bajo el disfraz de un acto aparente, o no hay ningún acto o existe otro diverso y que se persigue mantener ignorado: luego se trata de establecer la voluntad real y verídica de los pactantes y hacerla primar sobre la voluntad que falsamente expresaron.<sup>45</sup>

b.4) La simulación tiene causa y es la que 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 le corresponde; es el porqué del engaño.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> R.D.J., tomo 23, sección 1ª, pág. 176. Año 1926.

<sup>44</sup> R.D.J., tomo 31, sección 1ª, pág. 65. Año 1934.

<sup>45</sup> R.D.J., tomo 31, sección segunda, pág. 65. Año 1934.

<sup>46</sup> R.D.J., tomo 58, sección segunda, pág. 21. Año 1961.

## 7. ¿Quién puede invocar la simulación?

### a) Doctrina

a.1) ¿Pueden hacerla valer las partes y los terceros, o sólo los terceros?

La doctrina está dividida:

a.1.1) Es antigua la creencia de que no se da entre partes la prueba de la simulación. Los contratantes, se dice, no pueden llamarse a engaño, no pueden intentar descubrir la ficción frente al público para mejorar su posición jurídica: *nemo auditur turpitudinem propriam allegans* (no será oído quien alega su propia torpeza). Hoy no se toma en serio esta teoría, porque en el derecho intermedio tenía cabida sólo en el caso de violación de una ley prohibitiva o en la ofensa a las buenas costumbres, y no se aplica a la simulación que, en sí misma, no está prohibida ni ofende la moral pública. El contratante que impugna la simulación no se funda en su propia torpeza, sino en la falta de consentimiento.<sup>47</sup>

La presunción de sinceridad de las declaraciones dispositivas puede ser impugnada por las partes, probando que no son sinceras, que en todo o en parte son simuladas.<sup>48</sup>

a.1.2) En contrario al parecer anterior de Ferrara, se expresa que la simulación es un engaño que urden las partes con el propósito de perjudicar a terceros. Es obvio, se sostiene, que las partes no pretenden engañarse a sí mismas, pues bien saben lo que realmente quieren. Por eso, en las relaciones recíprocas de las partes el acto simulado no existe, rigiéndose éstas por su voluntad real.<sup>49</sup> La acción de simulación la ejercen los terceros a quienes la simulación perjudica para que el juez declare la voluntad real de las partes.<sup>50</sup>

### b) Jurisprudencia

Se ha referido a tres disposiciones legales para resolver materias relacionadas con la simulación, esto es, los artículos 1700, 1707 y 1876, inc. 2º, todos del Código Civil:

<sup>47</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 183.

<sup>48</sup> Santa Cruz Serrano, Víctor, artículo citado, N° 80, pág. 44.

<sup>49</sup> Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, pág. 147, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, pág. 153.

## b.1) Artículo 1700 C.C.

### b.1.1) Las partes

La fe de los instrumentos públicos no obsta a su impugnación. Si bien es cierto que el instrumento público hace plena fe en cuanto a las declaraciones que las partes hagan en ellos y que este mérito probatorio es bastante para dispensar de toda prueba a quien aduce el hecho jurídico de que da constancia el instrumento, tal mérito se destruye cuando la contraparte o el tercero rinde la prueba contraria al hecho allí constatado. El artículo 1700 nada contiene que se oponga a esta impugnación.<sup>51</sup>

El instrumento público, en la parte dispositiva de su contenido, sólo hace fe en cuanto al hecho de haberse formulado las declaraciones de los interesados que lo suscriben, pero no hace fe respecto de la verdad o sinceridad de las mismas, no obstante presumirse su veracidad de acuerdo con las reglas del *onus probandi*. Y tal presunción de verdad dura mientras no se pruebe lo contrario; en consecuencia, esas declaraciones pueden ser impugnadas por las partes o por terceros.<sup>52</sup>

En contrario, se ha fallado que como ampliación del principio contenido en el art. 1700 del Código Civil el inc. 2º del art. 1876 del mismo Código no admite prueba alguna en contrario de la aseveración hecha por las partes en la escritura, de haberse pagado el precio, salvo la encaminada a probar que la escritura es nula o falsificada.<sup>53</sup>

### b.1.2) Los terceros

Es propio de los instrumentos públicos o auténticos hacer fe contra todo el mundo y no sólo respecto de los declarantes, en cuanto a lo que en él han dicho los interesados. Tal presunción de verdad debe subsistir mien-

<sup>51</sup> R.D.J., tomo 22, sección 1ª, pág. 272. En contrario, no admite la confesión de los otorgantes para probar la simulación la jurisprudencia publicada en R.D.J., tomo 41, sección 1ª, pág. 466. Véase tomo 52, sección 2ª, pág. 62.

<sup>52</sup> R.D.J., tomo 54, sección 1ª, pág. 19.

<sup>53</sup> R.D.J., tomo 33, sección 2ª, pág. 65. Manuel Somarriva Undurraga en su libro *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, N° 155, págs. 113 y 114, Editorial Nascimento, 1939, dice que tales ideas son erróneas, porque la mejor confirmación de que por regla general las partes pueden probar contra las declaraciones que hagan en un instrumento público es precisamente el inciso 2º del artículo 1876, porque si el legislador en este caso necesitó decir, y lo dijo, que las partes no podían probar contra la declaración contenida en la escritura de haberse pagado el precio, es porque por regla general las partes son admitidas a probar en contra de lo declarado en un instrumento. De lo contrario, la citada disposición sería inútil, carecería de objeto, y no es dable presumir que el sabio legislador coloque una disposición innecesaria. Cita en su apoyo: R.D.J., tomo 29, sección 1ª, pág. 148; y tomo 10, sección 1ª, pág. 434.

tras no se pruebe lo contrario. El artículo 1700 sólo previene que los instrumentos públicos no constituyen plena prueba frente a terceros; éstos pueden probar que no son verdaderas las declaraciones de las partes contratantes. En consecuencia los terceros que desean desvirtuar el valor probatorio de tales documentos deben producir la correspondiente prueba en contrario.<sup>54</sup>

La escritura pública no hace fe contra terceros respecto de las declaraciones que en ella hacen los comparecientes, quienes pueden excepcionarse con la falsedad o simulación de esas declaraciones. Y al efecto, para acreditar los hechos en que se funda la falsedad o simulación, pueden hacerse valer todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, entre los cuales se cuentan las presunciones.<sup>55</sup>

## b.2) Artículo 1707 del Código Civil

### b.2.1) Las partes

La regla de no poderse alterar por escrituras privadas lo pactado por escritura pública sólo es dictada a favor de terceros y no a favor de los contratantes mismos.<sup>56</sup>

Si bien las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos contra terceros, nada obsta a que puedan surtir efectos contra las mismas partes contratantes. Ninguna disposición legal lo prohíbe y de la disposición legal del artículo 1707 se deduce, a contrario sensu, que las contraescrituras privadas pueden alterar para las partes lo pactado en escritura pública, siempre que la alteración no sea de tal naturaleza que deba, con arreglo a preceptos especiales de la ley, constar por instrumento público.<sup>57</sup>

La contraescritura privada mandada a tener por reconocida por el juez que ha sido aceptada y admitida por la parte en contra de quien se acompañó, que es el apoyo básico de la acción y que contiene la última y verdadera convención de los contratantes, produce pleno efecto contra los que la otorgaron y por lo tanto modifica, con sujeción a sus cláusulas, la que antes habían acordado por una escritura pública ficticia. Por aplicación del artículo 1545 del Código Civil, las verdaderas convenciones deben primar sobre las simuladas, ya que no existe razón para hacer prevalecer la ficción

<sup>54</sup> *R.D.J.*, tomo 38, sección 1ª, pág. 283. *R.D.J.*, tomo 40, sección 2ª, pág. 65.

<sup>55</sup> *R.D.J.*, tomo 17, sección 1ª, pág. 279.

<sup>56</sup> *Gaceta de los Tribunales*, 1875, N° 3133, pág. 1503.

<sup>57</sup> *Gaceta de los Tribunales*, 1904, tomo 2º, N° 1652, pág. 789 (Considerando 10º, pág. 790).

sobre la realidad. La única limitación que impone el legislador en el artículo 1707 de ese Código dice relación con el resguardo que toma respecto de los terceros; para éstos no produce efectos, pero en cuanto a los otorgantes su eficacia es total.<sup>58</sup>

En un contrato solemne, como el de compraventa de un bien raíz, debe diferenciarse entre las solemnidades que la ley requiere para su celebración y las obligaciones que derivan de ese contrato y que no se refieren al inmueble en sí mismo. Tiene eficacia legal un documento privado reconocido o tenido como tal que modifica una de las obligaciones personales emanadas de la compraventa de un bien raíz, como es la forma de pagar el saldo de precio de una manera distinta a la acordada en el contrato solemne original.<sup>59</sup>

#### b.2.2) Los terceros

Los terceros contra los cuales se pretende hacer valer las declaraciones de una escritura pública en cuyo otorgamiento no han intervenido, para excepcionarse con la simulación, pueden acreditar los hechos en que la fundan con todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, incluso las presunciones.<sup>60</sup>

Si el deudor, después de estar declarado en quiebra, reconoce la autenticidad de un instrumento privado, en el cual se altera lo declarado en una escritura pública anterior, el reconocimiento no afecta los derechos de los acreedores. Estos son terceros que pueden hacer valer sus derechos en cuanto pueden ser perjudicados por la convención.<sup>61</sup>

### b.3) Artículo 1876 inc. 2º del Código Civil

#### b.3.1) Las partes

La disposición del inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil, que prescribe: "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".

---

<sup>58</sup> *R.D.J.*, tomo 79, sección 1ª, pág. 40.

<sup>59</sup> *Fallos del Mes*, N° 209, sentencia 3, pág. 37 (Considerandos 5º y 6º, págs. 39 y 40).

<sup>60</sup> *Gaceta de los Tribunales*, 1918, tomo 2, N° 270, pág. 857, *R.D.J.*, tomo 17, sec. 1ª, pág. 279; *R.D.J.*, tomo 22, sec. 1ª, pág. 272.

<sup>61</sup> *R.D.J.*, tomo 10, sec. 1ª, pág. 239.

**La inadmisibilidad de la prueba se refiere directamente a los contratantes** y se corrobora si se advierte que la única parte que podría ofrecerla para destruir la afirmación de haberse pagado el precio sería el vendedor en juicio promovido en contra del comprador, ya que sólo a esta parte afectaría esa falta de cumplimiento del contrato, prueba que no interesaría producir a terceros, aparte de que carecerían de elementos para justificarlo.<sup>62</sup>

La sentencia recurrida ha infringido el art. 1876 del Código Civil al declarar resuelto el contrato de compraventa por falta de pago del precio, aceptando como prueba contraria a lo establecido en dicho contrato, la confesión prestada por el demandado, error de derecho que ha influido de manera substancial en lo dispositivo, pues, de hacer respetado lo prescrito en aquella norma, no podría haber aceptado tal prueba ni ninguna otra que no fuera la de nulidad o falsificación de la escritura, cuyo no es el caso sublite, debiendo, consecuentemente, haber rechazado la acción resolutoria interpuesta.

Expresándose en la escritura pública que se recibió el precio en dinero efectivo, no procede la resolución del contrato de compraventa aunque el comprador haya confesado en otro juicio que el pago se verificó en forma distinta a la indicada en la escritura.

El reconocimiento hecho por el comprador dentro del juicio de resolución del contrato, de no haberse pagado el precio, no puede cambiar el alcance jurídico que los contratantes dieron a la estipulación consignada en la escritura pública de venta, de considerar en este acto completamente pagado y recibido el precio de la compraventa celebrada entre ellos, agregando que la circunstancia de que el comprador no entregara realmente la suma que representaba el valor de la cosa vendida y la retuviera en su poder, sin estipulación previa, da origen a otras acciones a favor del vendedor, pero no la resolución por falta de pago del precio.

La inadmisibilidad de cualquier clase de prueba respecto de la declaración de haberse pagado el precio se refiere directamente a los contratantes, según se desprende del tenor literal del art. 1876 del Código Civil.

La sentencia que bajo los supuestos anteriores acoge la resolución del contrato de compraventa infringe el art. 1876 del señalado Código.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> R. D. J. tomo 33, sec. 1ª, pág. 237.

<sup>63</sup> Corte Suprema, 29 de mayo 2000. *Fallos del Mes* Nº 498, pág. 833.

### b.3.2) Los terceros

**La declaración de haberse pagado el precio puede ser impugnada por los terceros.** Sólo se refiere a las partes contratantes la disposición del artículo 1876 en cuanto dice 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 dicha escritura. Contra los terceros que no han intervenido en la escritura no hacen fe las declaraciones de los otorgantes.<sup>64</sup>

### b.3.3) Las partes y los terceros

El artículo 1876 rige respecto de las partes y de los terceros.<sup>65</sup>

No cabe sostener que el inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil es inaplicable cuando la falta de pago del precio de la compraventa es cuestión controvertida directamente entre el vendedor y el comprador, porque la prohibición establecida en la referida norma legal no permite hacer distinción entre las partes directamente contratantes y los terceros.<sup>66</sup>

## 8. Debe invocarse un interés legítimo

### a) Doctrina

Para poder ejercitar una acción de simulación se necesita: ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente; y probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.<sup>67</sup>

### b) Jurisprudencia

El único requisito necesario para ejercitar la acción de simulación es la existencia de un interés jurídico en el actor, o sea, tener interés en interponer una demanda para que se declare o afirme la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas, y que ha surgido, con su violación o amenaza, la necesidad de la tutela jurídica. Para ejercitar

<sup>64</sup> R.D.J., tomo 17, sec. 1ª, pág. 279 (Consid. 11, pág. 287), R.D.J., tomo 23, sec. 1ª, p. 175 (Consid. 5º, pág. 182).

<sup>65</sup> *Repertorio Código Civil*, tomo VII, pág. 380, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

<sup>66</sup> Corte Suprema, 11 de junio de 2003. "Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Limitada y Banco Internacional - rol de ingreso Corte Suprema N°1.155-2002.

<sup>67</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 211; Diez Duarte, Raúl, op. cit., N°s 154 y 155, pág. 209.

una acción de simulación se necesita: 1º) ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente; y 2º) probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.<sup>68</sup>

### **c) Inhabilidades para ejercitar la acción de simulación o de la nulidad absoluta**

#### **c.1) Acción de simulación**

c.1.1) El heredero del vendedor no puede desconocer los términos de la escritura pública de venta cuya nulidad demanda, pues esa escritura hace plena fe en su contra, tanto en orden a las declaraciones hechas en ella por los interesados como a las obligaciones y descargos que contiene. Por tanto, la prueba testimonial y documental del actor, encaminada a establecer la simulación del contrato, por falta de precio, es inaceptable e ineficaz y no puede prevalecer a la fuerza probatoria de un documento que debe tenerse, respecto al demandante, por absolutamente veraz e indestructible y en el cual aparece determinado el precio de la cosa vendida.<sup>69</sup>

c.1.2) En cuanto a la verdad de las declaraciones que hayan hecho los interesados en una escritura pública, hace plena fe contra los herederos de los mismos (C. Civil, art. 1700 en relación con el art. 1097). En consecuencia, no pueden alegar ellos que el contrato solemnizado con esa escritura pública era simulado.<sup>70</sup>

c.2) Situación del heredero del contratante que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (Art. 1683 C.C.)

#### **c.2.1) Doctrina**

Don Gonzalo Barriga Errázuriz<sup>71</sup> sostiene que la prohibición del artículo 1683 que afectaba al causante no alcanza a los herederos. Se funda en los siguientes argumentos:

a. En la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, conforme

<sup>68</sup> R.D.J., tomo 55, N°s 1 y 2, sección 1ª, pág. 188, año 1958.

<sup>69</sup> R.D.J., tomo 25, sección 1ª, pág. 390.

<sup>70</sup> R.D.J., tomo 82, sección 2ª, pág. 103.

<sup>71</sup> Comentario al fallo publicado en la R.D.J., tomo 32, sección 1ª, pág. 100. Arturo Alessandri Besa adhiere a la tesis del señor Barriga, en *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, segunda edición, N° 654, págs. 598 a 601, Ediar-ConoSur Ltda.

a la cual "nadie podía alegar su propia inmoralidad" (Delvincourt) y los herederos no alegan su propia inmoralidad, sino la ajena (del causante);

b. La prohibición del art. 1683 constituye una inhabilidad que es intransmisible. Se trata de una verdadera incapacidad o inhabilidad, que es excepcional y debe interpretarse restrictivamente. Dentro de los términos literales de la ley no puede extenderse a los herederos tal inhabilidad o incapacidad. Cuando la ley ha querido que la inhabilidad alcance a los herederos lo ha dicho expresamente, como acontece en el art. 1685.

c. El heredero que pide la declaración de nulidad lo hace en virtud de un derecho propio que le confiere la ley, y no como heredero del causante que ejecutó el acto; y

d. La prohibición del artículo 1683 tiende a evitar que quien ejecutó el acto con conocimiento del vicio que lo invalidaba se aproveche de su propia mala fe.

#### c.2.2) Jurisprudencia

Está dividida:

c.2.2.1) No se acepta que el heredero intente la acción de nulidad absoluta.

El heredero de la persona que compra una propiedad a sabiendas de que estaba sujeta a una prohibición judicial de gravar y enajenar no puede solicitar, en ese carácter, que se declare la nulidad de ese contrato celebrado por su causante, fundándose en que, según el artículo 1464 del Código Civil, hubo objeto ilícito, pues carece de derecho para accionar en este caso.<sup>72</sup>

Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna, le suceden en todos los derechos y obligaciones contractuales y transmisibles con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cujus, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> R.D.J., tomo 19, sección 1ª, pág. 325; tomo 25, sección 1ª, pág. 390; tomo 28, sección 1ª, pág. 133; tomo 29, sección 1ª, pág. 250; tomo 32, sección 1ª, pág. 100; y tomo 36, sección 1ª, pág. 289.

<sup>73</sup> R.D.J., tomo 32, sección 1ª, pág. 100.

Ello no significa que el heredero sea responsable del dolo o culpa de su antecesor, sino sólo que, como tal, no puede invocar un derecho que no tenía su causante y que, además, no emana del contrato cuya nulidad se pretende obtener.<sup>74</sup>

c.2.2.2) Se acepta que el heredero intente la acción de nulidad absoluta.<sup>75</sup>

La regla del art. 1683 del Código Civil en cuanto prohíbe alegar la nulidad absoluta al que pacta un contrato a sabiendas del vicio de lo invalidaba, o no pudiendo menos de conocerlo, establece una excepción al principio general contenido en el mismo precepto, en virtud del cual la acción de nulidad compete a todo el que tenga interés en ello.

Siendo ésa una excepción, la incapacidad o inhabilidad especial que establece no puede aplicarse a otras personas sino a aquellas que señala determinadamente el texto de la ley; de lo que se sigue que, como el tenor del art. 1683 del Código Civil no priva de un modo expreso y categórico de ejercitar la acción de nulidad de un contrato al heredero de quien lo celebró conociendo o debiendo conocer el vicio que lo anulaba, todo intento de extender a él la mencionada inhabilidad o incapacidad significa una extralimitación de la norma especial, cuyo alcance, por ser de excepción, no puede ampliarse más allá del radio precisado por su tenor literal.

Tal conclusión se concilia con el objetivo de la mencionada regla excepción, que se funda en el propósito de impedir que el que contrató a sabiendas de que lo pactado era nulo pueda favorecerse con su propia culpa, es decir, se establece una sanción contra el contratante doloso, mediante la prohibición de alegar su propia inmoralidad en su propio beneficio.

La inmoralidad anexa a esa culpa deriva de un estado de conciencia de que lo que va a ejecutar pugna con la moralidad, a la vez que de la voluntad o intención positiva de dañar a otro en su persona o en sus bienes; y sin infringir con ello la más elemental noción de equidad ese fenómeno subjetivo e interno, propio del que pactó en tales condiciones, no puede ser imputado a quien no participó en la celebración del contrato ni, para anularla, alega su propia inmoralidad, sino la ajena.

<sup>74</sup> R.D.J., tomo 36, sección 1ª, pág. 289.

<sup>75</sup> R.D.J., tomo 33, sección 2ª, N°s 9 y 10, pág. 65; tomo 34, sección 2ª, pág. 33; y tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

El heredero, aun a sabiendas de la proyectada inmoralidad de su causante, no estaría en situación de impedir su realización, por no disponer de una acción tendiente a ese objeto.

El heredero no ejercita una acción que haya adquirido de su causante, sino que acciona con un derecho propio, apoyándose en la ley que lo confiere a todo el que tenga interés en ejercitarlo.

No empece a esta aseveración la circunstancia de que el heredero para justificar su interés en obtener la nulidad absoluta la justifique con su calidad de tal respecto de un causante impedido por la ley de ejercitar el mismo derecho, porque en realidad todo tercero que no haya sido parte en el contrato y que pretenda anularlo alegando tener interés en ello, deberá derivar ese interés del nexo jurídico que lo vincula a alguna de las partes de la convención, sea como heredero, legatario, cesionario o adquirente.

De esta consideración, surge nítida la diferencia entre el interés para alegar la nulidad absoluta, que es el requisito exigido por la ley, y el origen de aquel interés, que no es lo que se invoca como fundamento preciso del derecho conferido por el art. 1683 del Código Civil.

De otro modo, habría que concluir que no sólo el heredero, sino que todo otro tercero que arranque su interés del vínculo jurídico que lo une a un causante que pactó con la inmoralidad que se sanciona con la mencionada disposición, quedaría afecto tácitamente a la regla prohibitiva que ella contiene; y para rechazar esta interpretación, basta considerar que ella conduciría a hacer prácticamente imposible, en la mayoría de los casos, el ejercicio de la nulidad absoluta.

Si el tercero vinculado a un contratante sancionado con la incapacidad o inhabilidad que señala el art. 1683 puede ejercitar la acción de nulidad absoluta, en razón del interés que arraiga en aquel vínculo, no se divisa la razón para que el heredero del mismo contratante sea privado del ejercicio de esa acción, no obstante tener también interés en ello.

No es aplicable en dicho caso lo dispuesto por los arts. 951 y 1097 del Código Civil.

Si se pretende que la prohibición del art. 1683 de dicho Código pesa sobre el heredero en razón de constituir una consecuencia o efecto civil de la actitud culpable o dolosa del causante, habría que aceptar la contradicción de que el legislador, procurando tal objetivo, habría escogido para

realizarlo un medio inconducente, como sería la aludida inhabilidad o incapacidad, que no se hereda ni se transmite de conformidad con los principios generales.

La nulidad absoluta no se ha establecido como sanción contra la actitud dolosa de quien pactó a sabiendas o debiendo saber que el contrato era nulo, sino que es un vicio del pacto, que la afecta de modo directo, sin consideración a determinada persona; de manera que, si se demanda esa nulidad contra el heredero de quien lo pactó en conocimiento de que era nulo o debiendo saberlo, éste responde, como tal heredero, como sucesor de los derechos y obligaciones trasmisibles de su causante con sus calidades y vicios. La inhabilidad o incapacidad del art. 1683 ha sido impuesta a determinada persona, al que contrató inmoralmente, y esa inhabilidad no se transmite ni hereda.

No existe precepto legal alguno que disponga expresamente que la acción de nulidad sólo puede ejercitarse contra la persona que celebró una convención sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba y que, por tanto, no proceda contra el heredero de esa persona.

No hay, en consecuencia, similitud entre las situaciones propuestas y el derecho del heredero para ejercitar la nulidad absoluta, no obstante de estar su causante inhabilitado de ejercerla; no es obstáculo para que el mismo heredero sea demandado con la misma acción por la contraparte de su causante en el contrato que se trata de invalidar.

Mientras el fundamento de la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil radica en la circunstancia de haber contratado la parte afecta a tal inhabilidad sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el contrato, la del art. 1685 se establece en razón del dolo, esto es, de la maquinación fraudulenta utilizada para inducir con engaño a alguien a contratar; en el primer caso la ley contempla un fenómeno subjetivo, un estado pasivo; en el segundo exige no sólo intención de engañar, sino acción encaminada a tal fin. De modo que ambas situaciones no son equivalentes y no siéndolo, no puede entenderse que la sanción que se aplica en una, en razón de un fundamento preciso, haya de igualarse en sus efectos a la otra, que deriva de un fundamento distinto. En tal evento la ley deseó ser más severa y al efecto hubo de consignar expresamente que la prohibición impuesta al autor del dolo se extendería a sus herederos y cesionarios, lo que no se habría necesitado si en la mente del legislador hubiera existido idéntico propósito al establecer la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil.

Si la prohibición de este artículo se extendiera al heredero, habría que aceptar el contrasentido de que la ley a la vez que sanciona ciertos vicios con la nulidad absoluta y extiende el ejercicio de la acción a todo el que tenga interés en ello, simultáneamente y en el mismo precepto, impondría trabas a ese ejercicio que lo haría imposible en la mayoría de los casos. En efecto, el art. 1682 dispone que es absoluta la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen; y si se examinan las correspondientes disposiciones del Código Civil se comprueba que hay objeto ilícito en lo que contraviene al Derecho Público chileno, en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y de los derechos y privilegios intransmisibles y que es causa ilícita la prohibida por las leyes o contraria al orden público o las buenas costumbres. De modo que los contratantes que han pactado con alguno de tales vicios, por cuanto la ley se presume conocida de todos, han conocido el vicio que invalidaba el contrato al tiempo de celebrarlo; y por la misma razón, debe suponerse que han conocido los requisitos o solemnidades a que hace mención el inciso 1º del art. 1683; de todo lo cual se evidencia que en tales casos, los dos contratantes se encuentran afectados a la inhabilidad del art. 1683. Ahora bien, si se conceptúa que tal incapacidad se amplía al heredero del causante que pactó en tal estado de ánimo doloso o culpable, resultaría el absurdo antes indicado, pues, por una parte, la ley establece la sanción de la nulidad absoluta y por la otra impide el ejercicio de la acción a todos los que posteriormente puedan tener interés en ejercitarla en razón del vínculo jurídico que justifique tal interés.

En consecuencia, el heredero de uno de los contratantes tiene derecho para ejercitar la acción de nulidad en razón del interés emanado de su calidad de heredero, sin que obste a ello la circunstancia de que pueda afectar a su causante la inhabilidad prevenida en el art. 1683 del Código Civil.

## 9. Prueba de la simulación

### a) Doctrina

#### a.1) Prueba de la simulación por las partes

Doctrina:

La simulación es, respecto de las partes, una forma de manifestar el consentimiento, lo cual hace concluir que su reglamentación quedará sujeta a las normas de la responsabilidad contractual, como obligatoriedad, capacidad y prueba, del título XXI, del Libro IV del Código Civil. Contra la admisibilidad de todo medio de prueba se alzarán el principio que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, así como el que deberán constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Y su corolario en virtud del cual no es admisible prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa 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 alguna de estas ediciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma (artículos 1707, 1708 y 1709).<sup>76</sup>

La carencia de la contraescritura sólo se podrá justificar, conforme al artículo 1711, por la existencia de un principio de prueba por escrito, por la imposibilidad de obtener una prueba escrita, o, por último, en los casos especialmente exceptuados por el propio legislador. Esta última excepción tendrá cabida, en un caso de simulación relativa, siempre que la convención realmente celebrada haya sido el contrato de comodato (artículo 2175).<sup>77</sup>

En caso que las partes no hayan otorgado contraescritura, ni puedan justificar su carencia por alguna de las tres excepciones que señala el artículo 1711, quedará como último recurso valerse de la confesión de la parte y se tendrá probada la simulación absoluta o relativa de la convención, salvo que, tratándose de la simulación relativa, el contrato o convención realmente celebrado requiera como solemnidad un instrumento escrito, sea privado, como en la promesa de contrato, o un instrumento público, como en el artículo 1701.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Díez Duarte, Raúl, op. cit., N° 132, págs. 174 y 175.

<sup>77</sup> Díez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 176.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, págs. 176 y 177.

## Jurisprudencia:

– Los artículos 1708 y 1709 del Código Civil proscriben la prueba de testigos para acreditar obligaciones que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Se aplican a las relaciones jurídicas gobernadas por el Código Civil, pero no a las que tienen su fuente en los pagarés y las que pertenecen al ámbito del Código de Comercio.<sup>79</sup>

– El artículo 1709 del Código no se refiere a aquellos actos o contratos solemnes, en que la solemnidad consiste generalmente en la escritura pública que debe otorgarse para su perfeccionamiento, de los cuales trata el artículo 1701, sino que rige aquellos actos o contratos que no requieren tal solemnidad, y que si versan sobre la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos (hoy más de dos unidades tributarias), no se admite a su respecto la prueba de testigos, ya que deberán constar por escrito. En este caso la escritura no es exigida como solemnidad, sino únicamente para los efectos de la prueba, *ad probationem*. La falta de la escritura no acarrea la nulidad del acto o contrato, sino que no admite que se pruebe por testigos. Faltando la escritura, el acto es válido y puede establecerse por la confesión de la parte a quien se opone o por otros medios de prueba, a excepción de la testimonial.<sup>80</sup>

– No se admite la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (art.1708), y deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (art.1709, inc. 1º).

Como observa un autor, la ley, en el principio restrictivo de la admisibilidad de la prueba testimonial, comprende todos los actos jurídicos cuyo objeto verse sobre una cosa de valor superior al señalado, sea que el objeto consista en dar, hacer o no hacer una cosa que exceda al antedicho valor; comprende –agregan otros autores– todos los actos jurídicos cuyo resultado directo y necesario es crear, transferir, modificar, confirmar, reconocer o, en fin, extinguir un derecho o una obligación. Es aplicable a los actos jurídicos unilaterales o bilaterales y engloba, por lo tanto, la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el depósito, la transacción, el pago –que, precisamente, contiene la entrega de la cosa pagada–, la novación, la remisión, etc.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> *Gaceta Jurídica* N° 100, sent. 2, pág. 57.

<sup>80</sup> *R.D.J.*, tomo 40, sec. 2ª, pág. 75.

<sup>81</sup> *R.D.J.*, tomo 82, sección 1ª, pág. 46.

– Admisión de otros medios probatorios cuando se excluye el de testigos:

a) La ley al prohibir la prueba de testigos cuando se demanda una cosa que vale más de doscientos pesos (hoy más de dos unidades tributarias), no impide que se acrediten los hechos en que se funda la petición por otros medios probatorios, incluso las presunciones judiciales; una de éstas puede constituir plena prueba si a juicio del tribunal tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, circunstancias que los jueces del fondo aprecian con facultad privativa.

En consecuencia, la sentencia recurrida que acoge la demanda en que se pide la entrega de una cantidad superior a doscientos pesos (hoy superior a dos unidades tributarias), dando por probados los hechos en que se funda con una presunción judicial que el tribunal deduce, entre otros antecedentes, de la declaración de un testigo, no infringe los artículos 1709, 1710 y 1711 del Código Civil, 384 (antiguo 374) y 426 (antiguo 428) del Código de Procedimiento Civil.<sup>82</sup>

a.2) Prueba de la simulación por terceros

Doctrina:

– Para los terceros, la prueba de la simulación ilícita no es la demostración de la celebración de un acto jurídico bilateral, ya sea convención propiamente tal o contrato, como lo es para las partes. Para el tercero perjudicado, la simulación ilícita es un delito civil, es decir, un hecho jurídico cuya prueba no puede regirse por el título XXI del Libro IV del Código Civil, que sólo se refiere a la prueba de la responsabilidad contractual. La simulación ilícita, respecto del tercero o terceros perjudicados, es un delito civil, que se rige por el Título XXXV, “De los delitos y cuasidelitos”, del mismo Libro IV. En consecuencia, la capacidad de los simuladores, respecto del tercero perjudicado, no se regirá por el artículo 1447, sino por el artículo 2319; la responsabilidad de los simuladores no será la señalada por el artículo 1511, sino en todo caso la solidaridad que señala el artículo 2317 y, por último, respecto a su prueba, no habrá ninguna limitación como ocurre con la responsabilidad contractual.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> R.D.J., tomo 23, sección 1ª, pág. 58.

<sup>83</sup> Diez Duarte, Raúl, op. cit., págs. 185 y 186.

– Respecto del tercero, cabe recurrir a la prueba de testigos y a las presunciones.<sup>84</sup>

– Verdaderamente eficaz, y de resultado, sólo tenemos la prueba por presunciones, que es el auxilio a que normalmente acuden los terceros al impugnar la simulación.<sup>85</sup>

El punto de partida de la simulación es la causa *simulandi*, esto es, el porqué del engaño, la cual ha de ser suficiente e idónea para justificar el contrato falso u oculto y además debe ser contemporánea del acto que se intenta impugnar. De allí caben las inducciones que habrá de admitir el juez cuando sean graves, precisas y concordantes, decidiendo, según el número (aunque una sola puede ser decisiva) e importancia de las mismas a su prudente arbitrio.<sup>86</sup>

#### Jurisprudencia:

– La simulación, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substraerá a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno.<sup>87</sup>

– Tal como los actos sinceros, los simulados o insinceros obedecen a una causa o razón suficiente que explica el acto o contrato simulado, y comprobada su existencia, cabe probar la simulación misma. Esta prueba no puede ser directa, porque las partes se han cuidado de rodear al acto simulado (o mentiroso) de todas las apariencias de realidad, por lo cual no queda sino recurrir a la prueba de presunciones para establecer la no existencia real del acto o contrato simulado.<sup>88</sup>

– Para acreditar los hechos en que se funda la falsedad o simulación pueden hacerse valer todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, entre los cuales se cuentan las presunciones.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Séptimo, Las Obligaciones (Segunda Parte), N° 973, pág. 286, Cultural S.A., Habana, 1945.

<sup>85</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., N° 7121, pág. 192.

<sup>86</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., N° 7122, págs. 192 y 193.

<sup>87</sup> R.D.J., tomo 55, N° 1 y 2, sección 1ª, pág. 188. (Consid. 8º, pág. 194); tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

<sup>88</sup> *Gaceta Jurídica*, N° 124, sent. 4ª, pág. 45.

<sup>89</sup> R.D.J., tomo 17, sección 1ª, pág. 279; tomo 22, sección 1ª, pág. 272.

## 10. La determinación de la simulación es una cuestión de hecho

### Doctrina

Sean cualesquiera las personas que promuevan la impugnación o los medios de prueba para ello empleados, el fallo del magistrado que declara la simulación absoluta o relativa de un negocio jurídico constituye un juicio de hecho, la expresión de un convencimiento formado sobre la base de elementos materiales, pero no la solución de un problema jurídico, y no es recurrible, por tanto, en casación.<sup>90</sup>

### Jurisprudencia

La determinación de quienes tiene el carácter de interpósitas personas constituye un hecho de la causa sobre cuya existencia o inexistencia deben pronunciarse los jueces sentenciadores, en términos definitivos, apreciando, con sus facultades privativas, los diversos antecedentes probatorios allegados al proceso.<sup>91</sup>

## 11. Conflictos entre terceros

### Doctrina

a) Se establece un principio, según el cual considera indigno de la protección del derecho, así por su fin como por las circunstancias que lo rodean, un contenido de voluntad que se mantiene en secreto en oposición a lo públicamente declarado, y entiende que nadie puede fundarse en un acto de tal naturaleza para obtener consecuencias jurídicas en perjuicio de terceros de buena fe y con causa onerosa.<sup>92</sup>

b) Si hay conflicto entre terceros, porque mientras unos invocan el acto aparente otros hacen valer el secreto, debe estarse al acto aparente, pues, se protege en primer término a los terceros de buena fe que obran confiados en los actos ostensibles.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., título 7, N° 7126, págs. 197 y 198.

<sup>91</sup> R.D.J., tomo 27, sección 1ª, pág. 656, con comentario favorable de don Gonzalo Barriga Errázuriz.

<sup>92</sup> Ferrara, Francesco, op. cit., título 6, N° 626, pág. 177.

<sup>93</sup> León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 115, pág. 191. En el mismo sentido, Planiol y Ripert, op. cit., tomo VI, N° 339, pág. 473. En contra, Santa Cruz Serrano, Víctor, artículo citado, pág. 53, sostiene que frente a dos personas que son por igual inocentes de la simulación, hay que preferir la verdad, o sea, que debe estarse a la voluntad real y no a la declaración engañosa. Niega, sí, la acción de simulación de un tercero de mala fe contra un tercero de buena fe.

c) La respuesta al conflicto entre terceros ha de buscarse en los principios generales del derecho y en la equidad natural. En lo tocante a los principios generales de derecho, sin duda la buena fe es un pilar del ordenamiento nacional, y la equidad es un principio de integración del sistema legal.<sup>94-95</sup>

### **Jurisprudencia:**

En nuestro derecho positivo predomina el criterio jurídico de proteger la buena fe engañada por las apariencias, como sucede en el matrimonio putativo (artículo 122), del heredero aparente (artículo 1267), del poseedor (artículo 700), de la expiración del mandato (artículo 2173), etc.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Alcalde Rodríguez, Enrique, artículo citado, pág. 277.

<sup>95</sup> Mujica Bezanilla, Fernando, "La Integración de las lagunas legales", *R.D.J.*, tomo 56, primera parte, págs. 168 a 176. A su juicio, para integrar una laguna legal debe procederse recurriendo a: la analogía, después a los principios generales de derecho, y por último a la equidad natural.

<sup>96</sup> *R.D.J.*, 36, sección 1ª, pág. 416. Cabe hacer notar que el matrimonio putativo fue derogado por el artículo tercero, N° 2 de la Ley N° 19.947, que "Establece nueva ley de matrimonio civil", publicada en el diario oficial de 17 de mayo de 2004.