

CAPÍTULO QUINTO

EL PRINCIPIO DEL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS. EFECTO RELATIVO Y EFECTO ABSOLUTO U Oponibilidad DE LOS CONTRATOS

53. GENERALIDADES

El principio del efecto relativo del contrato o de la relatividad de su fuerza obligatoria significa que los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a los terceros. Para estos últimos los contratos ajenos son indiferentes: no les empecen, no los hacen ni deudores ni acreedores. Para los terceros los contratos son *res inter alios acta*, brocardo tradicional expreso del principio del efecto relativo.

A diferencia de Códigos Civiles extranjeros, por ejemplo, los de Francia, España, Italia, Argentina, Perú, Québec,⁴⁹² el nuestro no consagra de una manera expresa y general el principio del efecto relativo de los contratos.⁴⁹³ Ello no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia nacionales lo admitan sin titubeos, por lo general coligiéndolo del artículo 1545 del Código de Bello.

⁴⁹² Artículo 1156 del Código Napoleón; arts. 1257 del Código español; 1372-2 del italiano; 1195 y 1199 del argentino; artículos 1329 del Código peruano de 1936 y 1363 del nuevo Código Civil del Perú, de 1984; artículo 1440 del Código Civil del Canadá francés, que entró en vigor en 1994.

⁴⁹³ En ámbitos específicos, el Código Civil chileno establece el principio en comentario. Es lo que ocurre, respecto al contrato de transacción, en el art. 2461. También, en favor de los acreedores hereditarios o testamentarios, para quienes los acuerdos entre los herederos son *res inter alios acta*; no obligan a los primeros según los arts. 1340-2 y 1526 N° 4 del Código.

En numerosas sentencias,⁴⁹⁴ los tribunales chilenos han declarado que la ley del contrato sólo es ley para las partes, pero no para los terceros, a quienes no les alcanzan sus efectos.

Se ha fallado que aunque en el contrato de fletamento el laviero y el fletador hayan estipulado una cláusula según la cual las dificultades a que diere origen el cumplimiento del mismo contrato se ventilarían ante determinado tribunal extranjero, el consignatario de la carga puede recurrir al tribunal chileno competente para reclamar por las malas condiciones en que recibió las mercaderías, ya que "la regla general es que los contratos son ley sólo para las partes que han concurrido a otorgarlos con su consentimiento", pero no para los terceros.⁴⁹⁵

El principio del efecto relativo es otra consecuencia lógica y necesaria del dogma de la autonomía de la voluntad. Si se presica de la voluntad la capacidad o poder de ser la fuente y la medida de los derechos y obligaciones contractuales, eso sólo puede concretizarse a condición que haya voluntad; a condición que a persona manifieste su querer interno. Pero quienes nada dicen, los terceros, no pueden verse afectados por contratos ajenos.

La ley del contrato es una ley para las partes y entre las partes; se supone que los contratantes, a diferencia del legislador, carecen de facultades para hablar a nombre ajeno, pareciéndose el contrato, en verdad, más a una sentencia que a una ley. Al lado del efecto relativo de las sentencias judiciales figura el efecto relativo de los contratos.⁴⁹⁶

La *lex privata* del contrato no legitima ninguna invasión en la esfera patrimonial de otros, ya que la autonomía no puede convertirse en heteronomía.

Hasta aquí la tesis clásica tradicional sobre el efecto relativo, también llamado *efecto directo* de los contratos.

⁴⁹⁴ El *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, tomo IV, 2ª ed., 1969, pp. 167 y 168, N° 9, cita diez sentencias de la Corte Suprema en este sentido.

⁴⁹⁵ C. Suprema, 28 junio 1976, en *Fallos del Mes*, N° 211, p. 120 (considerandos 2 a 4).

⁴⁹⁶ En este sentido, Louis Josserand, *Derecho Civil*, traducción del francés, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, tomo 2, vol. 1, 1950, N° 250. El efecto relativo de las sentencias lo establece, claramente, el art. 3, inciso 2, del Código Civil chileno.

Una cierta declinación de estos postulados, en el derecho contemporáneo, surge desde dos vías diversas. Se comprueba, por una parte, la proliferación de excepciones al efecto relativo, el surgimiento de casos en que un contrato crea derechos u obligaciones para un *penitus extranei* o tercero absoluto. Y, por otra parte, se decanta, en la actualidad, el llamado efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos, conforme al cual, indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes; en cuanto hecho, el contrato se expande o puede expandirse *erga omnes*.^{497-497 bis}

Examinaremos, a continuación, las personas concernidas por el principio del efecto relativo (N° 54), y luego las excepciones al principio, en particular una que es real, a saber: la estipulación en favor de un tercero (N° 55), y otra que es aparente: la promesa de hecho ajeno (N° 56). Después se analizará el efecto absoluto u oponibilidad *erga omnes* del contrato (N° 57). Terminaremos este capítulo refiriéndonos a la teoría de la inoponibilidad (N° 58) y a la simulación de los contratos (N° 59). Dejamos constancia de que estos dos últimos temas serán vistos a grandes rasgos, sólo pensando en los estudiantes universitarios, a quienes querríamos facilitar la preparación de sus cursos sobre la parte general de los contratos. Las Facultades de Derecho están incluyendo dichos dos temas aquí, más que nada por una razón práctica: el que su estudio en primer año de Derecho Civil, a propósito de los actos jurídicos, es prematuro.

⁴⁹⁷ Cabe advertir que el llamado efecto absoluto del contrato, que permite su oponibilidad a terceros, no es propiamente una excepción al principio del efecto relativo. Todas las excepciones al efecto relativo implican casos en que un contrato crea derechos u obligaciones para un tercero. Tratándose del efecto absoluto eso no ocurre. Simplemente un contrato es invocado por un tercero o le es opuesto a un tercero en cuanto hecho. Cfr., sobre esto, *infra* N° 57.

^{497 bis} Sobre el principio del efecto relativo y los grupos o cadenas de contratos, cfr. los trabajos de los profesores Luis Bustamante Salazar y Gonzalo Figueroa Yáñez, ambos publicados en el libro *Nuevas Tendencias del Derecho*, Edit. Lexis Nexis, 2004, pp. 67 y ss. y 329 y ss.

54. SUJETOS CONCERNIDOS POR EL PRINCIPIO DEL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS

A pesar de la aparente simplicidad del enunciado del principio del efecto relativo, fraguado en la distinción entre partes y terceros absolutos, existen dificultades para precisar el alcance de estos términos. Dificultades que aumentan cuando se comprueba que, además de aquéllas y de éstos, hay todavía otras categorías intermedias de sujetos respecto a las que es menester determinar cómo se comporta el principio del efecto relativo.

54.1. Son *partes* en un contrato aquellos que concurren a su celebración, personalmente o representados (legal o convencionalmente). Pero también son partes, por regla general, y desde el instante del fallecimiento de los contratantes, los herederos o causahabientes a título universal,⁴⁹⁷ ya que representan a los contratantes, según la expresión del artículo 1097 del C. Civil, para sucederles en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos se asimilan a las partes ocupando, a la muerte de éstas, la misma situación jurídica que el causante; de ahí que sea un lugar común señalar que quien contrata para sí, lo hace también para sus herederos.⁴⁹⁸

Por excepción, las obligaciones contractuales no se transmiten a los herederos: caso de los contratos *intuitu personae* que, como ocurre generalmente con el mandato, se extinguen por

⁴⁹⁷ter En Chile no hay causahabientes a título universal por acto entre vivos (cfr. arts. 1811 y 2056 C. Civil). Salvo, como lo señaló el profesor José María Eyzaguirre en el Seminario sobre efecto absoluto de los contratos (Universidad Diego Portales, 7 de julio de 2004), cuando se disuelve una sociedad limitada o anónima por la reunión de todos los derechos o acciones en manos de un socio, o cuando hay fusión de sociedades, o bien en el caso de cesión de un establecimiento de comercio, pues el adquirente pasa a ser el sujeto activo o pasivo de todos los derechos y obligaciones que tenía el cedente.

⁴⁹⁸ El artículo 1122 del Código Civil francés dispone que la persona que celebra una convención, se reputa que estipula para sí y para sus herederos y causahabientes, salvo que lo contrario haya sido expresado o resulte de la naturaleza de la convención. Por su parte, el Código Civil uruguayo dispone en el artículo 1292: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de una disposición especial de la ley, de una cláusula de convención o de la naturaleza misma del contrato".

la muerte de las partes; caso de los contratos en que se hubiera estipulado expresamente su terminación por el fallecimiento de los contratantes; caso de los herederos que aceptan la herencia con beneficio de inventario, en cuanto a las obligaciones contractuales del causante que no alcanzaren a ser satisfechas con el valor de los bienes heredados; caso, en fin, de las obligaciones contractuales que, por disposición de la ley, en vista de la fisonomía del contrato, no pasan a los herederos (la renta vitalicia por ejemplo, se extingue al fallecer la persona de cuya existencia pende la duración del contrato).

54.2. Son *terceros absolutos o penitus extranei* (etimológicamente, profundamente extranjeros),⁴⁹⁹ aquellos que fuera de no participar en el contrato, ni personalmente, ni representados, no están ligados jurídicamente con las partes por vínculo alguno. Frente a ellos, el contrato es *res inter alios acta*, no les empece.

54.3. Situación de los *causahabientes a título singular*. Reciben este nombre, como se sabe, quienes suceden a una persona, por acto entre vivos o bien *mortis causa*, en un bien específicamente determinado y no en la totalidad de su patrimonio, ni en una porción alícuota del mismo.

Son causahabientes a título singular por acto entre vivos los que reciben una cosa en virtud de un título translativo de dominio, como el comprador, el donatario o el mutuario. Lo son *mortis causa*, los legatarios.⁵⁰⁰

¿Cómo se comporta el principio del efecto relativo respecto a estas personas? ¿Afectan a los causahabientes a título singular los contratos celebrados por el causante o autor con otros sujetos?

El problema, por cierto, se circunscribe exclusivamente a los contratos celebrados por el causante, sobre la cosa o derecho que específicamente se transfiere o transmite al causahabiente singular, *antes* que éste pase a ocupar el lugar jurídico de su autor.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Dato etimológico tomado de Philippe Malaurie, *Droit Civil. Les Obligations*, Ed. Cujas, París, 1985, p. 257, nota 42.

⁵⁰⁰ Sobre los legatarios, véase, por ahora, arts. 951, 954 y 1104 del Código Civil.

⁵⁰¹ Según Messineo, la figura del sucesor a título singular no es neta, ni puede siempre distinguirse de las partes y de los terceros absolutos (*Enciclopedia del*

Según la mayoría de la doctrina, especialmente extranjera, la respuesta es afirmativa, debiendo tenerse a los causahabientes singulares como partes en tales actos. Pero los ejemplos de la doctrina casi siempre dicen relación con la constitución de *derechos reales* limitativos o desmembrados del dominio, por lo que la afirmativa resulta lisa y llanamente del derecho de persecución o efecto *erga omnes* propio de los derechos reales. Así ocurre cuando el causante, antes de transferir un inmueble, lo había hipotecado o lo había gravado con una servidumbre. Evidentemente que, entonces, los respectivos contratos de hipoteca o de constitución convencional de una servidumbre empecen al comprador, o al causahabiente singular en general.

La cuestión en análisis sólo reviste interés, tornándose problemática, cuando el causante había limitado sus poderes sobre la cosa en el ámbito estrictamente de las obligaciones personales y no en el de los derechos reales desmembrados del dominio. Por ejemplo, si el causante se había obligado a no instalarse con un giro comercial determinado en su establecimiento o se había obligado a no enajenar un bien, al transferirse o transmitirse la propiedad del local comercial o del bien, ¿es oponible al causahabiente singular la cláusula de no competencia o la cláusula de no enajenar derivada de un contrato en que él no fue parte?⁵⁰²

Al través de la interesante doctrina de las obligaciones ambulatorias o *propter rem* se responde afirmativamente.⁵⁰³ Son obligaciones ambulatorias aquellas cuyo sujeto pasivo es variable, de

Diritto, tomo IX, Ed. Giuffrè, 1961, voz *Contratto*. *Diritto privato*. Teoría general, N° 117, p. 972).

⁵⁰² Hemos analizado el problema del valor de las cláusulas de no enajenar o prohibiciones voluntarias de enajenar, en nuestro informe en derecho publicado en la *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, tomo III, 1979, pp. 115 a 134, especialmente N° 3.2. El profesor José Joaquín Ugarte Godoy, a propósito del factoring, estima que todas las cláusulas de no enajenar (sin regulación legal imperativa) son ineficaces. Cfr. "El contrato de factoraje y la prohibición convencional de ceder créditos a un factor". En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 2000, N° 2, primera parte, pp. 65 y ss.

⁵⁰³ Sobre este tema cfr., por ejemplo: Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en Droit positif français*, Ed. L.G.D.J., París, 1957. En lengua castellana, el interesante trabajo de Antonio Hernández-Gil, publicado en la *Revista de Derecho Privado* de 1962, Madrid, pp. 850 y s.

tal modo que el rol de deudor lo asume quien se encuentre en la posición jurídica de dueño de la cosa. Estas obligaciones se traspasan al causahabiente singular junto con la transmisión de la titularidad del derecho de dominio al cual van anejas.

En la legislación chilena existen situaciones en que, precisamente, se ordena que una obligación personal contraída por el antecesor se traspase al sucesor singular *inter vivos*, junto con la transferencia del dominio. Así ocurre con la obligación de pagar las expensas comunes, en el ámbito de la propiedad horizontal, es decir, tratándose de edificios divididos por pisos o departamentos. Esta obligación, que entre otros comprende los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble y los gastos de la administración del edificio, tiene carácter ambulatorio, pues va aparejada a la calidad de actual dueño de cada departamento, extendiéndose incluso a las expensas devengadas por los precedentes propietarios.⁵⁰⁴ En materia de obligaciones tributarias del causante, ellas pueden exigirse al comprador, cesionario o adquirente de la industria, negocio o bien del cual se trate.⁵⁰⁵ En otras ocasiones, es el completo contrato que había celebrado el antecesor, el que por mandato de la ley queda *ipso iure* traspasado al causahabiente a título singular, por el solo hecho de transferirse la propiedad. Esto ocurre en los tres casos del artículo 1962 del Código Civil, respecto al contrato de arrendamiento, y en el caso del artículo 530 del Código de Comercio, respecto al contrato de seguro.

Con todo, los casos anteriores implican textos legales que directamente disponen el traspaso de una o de todas las obligaciones contraídas por el causante a su sucesor en un bien determinado. Quedando todavía sin solución, en cambio, las hipótesis no previstas por el legislador. Aunque el asunto es discutible, a falta de norma expresa parece que el principio es que las obligaciones contraídas por el causante no empecen al causahabien-

⁵⁰⁴ Artículo 48 de la Ley N° 6.071 (artículo 5, en el primitivo texto de esta ley).

⁵⁰⁵ Artículo 71 del Código Tributario. Algo parecido ocurría con las obligaciones emanadas de la calificación de un predio como terreno forestal, las que se traspasaban por el ministerio de la ley a los adquirentes del inmueble, según los arts. 12 del Decreto Ley N° 701 y 1° N° 2 del Decreto Ley N° 945. Pero esto último quedó sin vigor en virtud del art. 4° del Decreto Ley N° 2.565.

por el antecesor, inexplorado se halla el punto relacionado con la disolución y liquidación de las sociedades. Para limitar este breve comentario a las sociedades colectivas civiles y a las sociedades civiles de responsabilidad limitada,⁵⁰⁷ de acuerdo al artículo 2215 del C. Civil, el haber de la sociedad y sus obligaciones se dividen entre los socios mediante aplicación de las normas del Derecho sucesorio (artículos 1317 y siguientes del Código). La disolución de la sociedad es legalmente asimilada a la muerte del *de cuius*. Las obligaciones que tenía la sociedad se traspasan a los socios, que son sus causahabientes. En principio cada deuda de la sociedad disuelta se divide entre los socios a prorrata de sus cuotas o participaciones sociales (art. 1354). Al igual que los herederos, durante la liquidación los socios pueden convenir una distribución diferente de las deudas, pactando, por ejemplo, que todas las deudas que sobre tal inmueble había contraído la sociedad, las asuma el socio a quien se le adjudique dicho inmueble. Pero el acuerdo entre los indivisarios, fueren herederos del difunto o socios de la sociedad disuelta, no es ley para el tercero cocontratante del antecesor. Varias normas del Código respaldan esta situación, cuyo fundamento es el principio del efecto relativo de los contratos: 1340, 1358, 1359, 1526 N° 4, inciso 1°. En el plano de la *obligación a la deuda*, el cocontratante de la sociedad disuelta puede demandar a todos los ex socios el pago de la obligación. Pero en el plano de la *contribución a la deuda*, después de satisfecho el acreedor, los ex socios distribuyen el desembolso respetando literalmente el acuerdo que celebraron durante la liquidación de la sociedad. En resumen, las obligaciones personales contraídas por una sociedad, luego de su disolución se traspasan, *inter vivos*, a los ex socios. Normalmente éstos convienen que el traspaso sea en detrimento del ex socio a quien se adjudique el dominio del bien con el cual se relacionan las obligaciones trasadas. Tal convención sólo es completamente eficaz entre los ex socios o indivisarios, vale decir, en el ámbito de la llamada contribución a la deuda.

54.4. Por último, respecto a los *acreedores de las partes* que no disponen de preferencias, vale decir, los acreedores valistas o quirografarios, en el siglo pasado se sostenía que se equiparaban a las partes; que tomaban el lugar de su deudor en los contratos celebrados por éste, ya que los contratos del deudor repercuten en la llamada prenda general de los acreedores, contemplada en el artículo 2465 del Código Civil, para beneficiarlos o para

⁵⁰⁷ La Ley N° 3.918, del año 1923, derivada de una moción de Luis Claro Solari, a la sazón Presidente del Senado de la República, en apenas cinco parcos artículos, reglamenta, de modo insuficiente, las sociedades de responsabilidad limitada. En conformidad al art. 4° inciso 2°, en lo no previsto en esta ley, ni en el pacto social, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por las reglas de las sociedades colectivas. Tratándose de una sociedad civil de responsabilidad limitada, es pertinente el Título XXVIII, del Libro IV del Código Civil.

singular. Este último, en virtud del efecto relativo del contrato, podría sostener que la obligación convenida en relación con el bien en que él sucede, por su causante y el tercero, le es inonible, o sea *res inter alios acta*. Al cocontratante del causante sólo le quedaría la posibilidad de demandar a este último por el incumplimiento de la obligación de que se trate, mas no podría exigirle el pago al causahabiente singular.

Si Pedro se obligó con Juan a no instalar un supermercado en determinado inmueble (cláusula de no competencia) y después Pedro enajena el local comercial a Diego, éste no estaría inculcado por aquella obligación de no hacer. A la luz del artículo 1555 del Código Civil, *prima facie* Juan podría solicitar una indemnización de perjuicios a su contraparte, o sea, a Pedro. Impero, en el ámbito del Derecho Penal Económico y de la legislación chilena protectora de la libre competencia, dicha cláusula de no hacer constituiría un delito⁵⁰⁶ y la convención o la cláusula tendría que declararse civilmente nula, por infringir los artículos 1461 y 1462 del Código Civil, vale decir, por no reunir los requisitos del objeto de la obligación y por objeto ilícito. Lo que, además, por carambola, implica ausencia de causa en la obligación correlativa a la que carece de objeto.

La cuestión que dejamos planteada, en torno a las obligaciones ambulatorias, reviste mucho mayor interés del que a primera vista pudiere parecer. Ha servido para idear un sistema de protección del medio ambiente, por motivos ecológicos, en varios países. Así, en el norte de los EE.UU. se donan bienes a los propietarios de extensiones forestales con el compromiso de que no talen los bosques; pero, ¿qué ocurre si el donatario después enajena su predio rústico?, ¿es oponible la obligación de no hacer al causahabiente singular? En el estado actual del Derecho chileno preguntas de esta especie carecen de una respuesta precisa.

Dentro del tema de los contratos celebrados por el causante y el posible traspaso al causahabiente singular de las obligaciones personales contraídas

⁵⁰⁶ Cfr. Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo nuevo texto lo fijó el DFL 1 (Diario Oficial del 7 de marzo de 2005). El artículo 3° de esta actual legislación anti-monopolios es muy amplio: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, será sancionado del modo que esta normativa establece".

perjudicarlos, según produzcan incremento o detrimento en el patrimonio del deudor.

Hoy está claro que los acreedores son *terceros absolutos* en los contratos que su deudor celebre con otras personas, pues estos contratos directamente no generan ni derechos ni obligaciones para los valistas. Otra cosa es que, indirectamente, los acreedores sean alcanzados por el efecto expansivo o efecto absoluto que tienen los contratos y que se verá más abajo. Distinto es que los acreedores puedan impugnar los contratos que el deudor celebre en perjuicio de ellos, v. gr., por medio de la acción de simulación, por medio de la acción pauliana o revocatoria, o por medio de la *acción general de desconocimiento del contrato fraudulento*.⁵⁰⁸

55. EXCEPCIONES AL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS. EN ESPECIAL LA ESTIPULACIÓN POR OTRO

Estamos en presencia de excepciones al principio del efecto relativo cuando un contrato crea un derecho o impone una obligación a un tercero absoluto.

Tal es el caso de los *contratos o acuerdos colectivos*, al menos tratándose de los convenios judiciales celebrados en relación con las quiebras y de los acuerdos de mayoría, adoptados en las asambleas de copropietarios de edificios o, en general, en cualesquiera comunidades. En esas hipótesis surgen derechos y obligaciones para quienes no concurren a celebrar la convención colectiva e incluso para quienes votan en contra.^{508 bis} No ocurre lo mismo, en la actualidad, con los contratos colectivos de trabajo. Todo lo cual se examinó previamente.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Sobre esta última acción, en relación con la proliferación de los actos jurídicos de los deudores destinados a burlar a sus acreedores, véase el trabajo del profesor Ramón Domínguez Aguilu, *El contrato en perjuicio de terceros*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 175, 1984, pp. 101 a 115.

^{508 bis} En materia de acuerdos colectivos de entidades sin personalidad jurídica, cfr., a vía de ejemplos, la Ley N° 19.386 sobre enajenaciones de bienes comunales provenientes de la reforma agraria y la Ley N° 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, en especial artículos 17 y 19 (Diarios Oficiales del 31 de mayo de 1995 y del 22 de noviembre de 2002).

⁵⁰⁹ Véase *supra* N° 27.

Hasta hace poco había en Chile varios otros casos de excepciones al efecto relativo, los cuales han sido derogados por el legislador, corriendo igual suerte, desde el punto de vista del tema en análisis, que el contrato colectivo de trabajo.⁵¹⁰

La estipulación por otro o contrato en favor de un tercero,⁵¹¹ en la medida que se admita la doctrina de la creación directa del derecho, entre las varias que se formulan sobre su naturaleza jurídica, es otro importante caso excepcional, en el cual un contrato origina efectos en beneficio de un tercero absoluto.

55.1. El contrato en favor de un tercero fue repudiado por el Derecho Romano clásico: *alteri stipulari nemo potest*. No se podía estipular por otro. El vínculo jurídico era personalísimo; ni siquiera podía actuar un representante por un representado. Las palabras rígidas y formales de la *stipulatio* exclusivamente vinculaban a quienes las pronunciaban.⁵¹² “Celebrada una estipulación entre Ticio y Cayo, por la que el primero obtenía del segundo la promesa de una ventaja para Sempronio. Ticio no tenía acción contra Cayo, porque no tenía interés, y sin interés no hay acción, y Sempronio tampoco, porque no había intervenido en el contrato y nadie podía estipular por otro (*alteri stipulari nemo potest*).”⁵¹³ Pero con el correr del tiempo, el Derecho Romano mitigó su postura inicial admitiendo algunas hipótesis de estipulaciones en favor de un tercero, que recibieron tutela jurídica; la primera fue la de las donaciones modales, en que do-

⁵¹⁰ Así, por ejemplo, el texto primitivo del Decreto Ley N° 600, sobre inversión extranjera, permitía en su artículo 7° que el régimen contractual se aplicara por extensión a inversionistas chilenos, terceros absolutos en el contrato que les beneficiaba. La norma no se mantuvo en el Decreto Ley N° 1.748. Por otra parte, en materia de emisión de bonos y debentures por sociedades anónimas, los acuerdos adoptados, con el quórum legal, en las juntas de tenedores de bonos, eran obligatorios para todos los tenedores. El artículo 53 del Decreto Ley N° 1.064 no se mantuvo en el Título IV de la Ley N° 18.045, Ley de Valores, de 1981.

⁵¹¹ Cfr. el trabajo del profesor y ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, René Ramos Pazos, *De la estipulación en favor de otro*, en Revista de Derecho de esa Universidad, N° 193, año 1993, pp. 7 a 35.

⁵¹² Cfr. el trabajo del profesor de la Universidad de Bruselas Georges Cornil, *Explication historique de la règle alteri stipulari nemo potest*, en Studi Riccobono, reimprimación por Scientia Verlag Aalen, Alemania, 1974, tomo 4.

⁵¹³ José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 3, decimotercera edición, Reus, Madrid, 1983, p. 637.

ante y donatario convienen que este último realizará una prestación o cumplirá una carga u obligación en beneficio del tercero o asignatario modal. Según Puig Brutau, el otro gran sistema jurídico occidental, o sea, el Derecho inglés, inicialmente tampoco admitió el contrato en beneficio directo de un tercero.⁵¹⁴

En el extremo opuesto, la legislación germana figura como más liberal, aprobando sin escrúpulos la amplia validez de la estipulación por otro. Después de violentas discusiones, durante la preparación del Código Civil de 1900, se impuso el siguiente acio: si la voluntad humana es soberana para crear efectos jurídicos, no sólo debe protegerse cuando actúa en interés propio, sino que igualmente cuando lo hace en interés de un tercero.⁵¹⁵ En definitiva, el punto de vista alemán se expresa, sin trabas, en el artículo 328 del BGB: "Por contrato puede estipularse una prestación en favor de tercero, de manera que este último adquiera inmediatamente el derecho de exigir la prestación".

El Derecho francés se sitúa en una posición intermedia. Restrictiva en los textos del Código Napoleón, pues el artículo 1119 señala que no se puede, en general, estipular en propio nombre más que para sí mismo. A lo cual el artículo subsiguiente sólo aporta un par de excepciones, declarando válida la estipulación en beneficio de un tercero, si fuere condición de lo que conviene para uno mismo; o el modo o gravamen en favor de un tercero, que cumplirá el donatario. Pero la jurisprudencia gala, en una clarísima manifestación de lo que debe ser la elaboración dinámica y pretoriana del Derecho, desde hace tiempo viene consagrando la amplia validez de la figura en comen-

tario, dando por superadas las barreras de los arts. 1119 y 1121. Cabe incluir al Código Civil español "en el grupo de la tendencia permisiva general de estas estipulaciones, representada por las legislaciones de Austria, Alemania, Suiza, Japón y también por los nuevos Códigos filipino, italiano y portugués. Pero no llega, sin embargo, a acoger una solución tan radical como

⁵¹⁴ Ob. cit. en nota 323, p. 278.

⁵¹⁵ Cfr. Julio Dassen, *Contratos a favor de terceros*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, pp. 29 y 30. Amplia bibliografía especializada en el tema, al final de esta monografía.

la del Código Civil alemán, pues, a diferencia de éste, impone el requisito de la aceptación para que el tercero pueda exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor". Esta aceptación carece de trascendencia en Alemania.⁵¹⁶

Separando el actuar por otro en virtud de la representación (art. 1448), del actuar por otro a nombre propio, sin que medie representación, lo cual es lo habitual en los contratos en favor de terceros, el artículo 1449 del Código chileno establece: *Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá mandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.*

Entre las numerosas definiciones analíticas de esta institución, mantiene actualidad la formulada por Giovanni Pacchioni hace más de setenta años: "Es contrato en favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél".⁵¹⁷

Hay numerosos casos prácticos de contratos en favor de terceros absolutos, cuya frecuencia también demuestra la importancia del tema en análisis. Entre ellos el seguro de vida, en cuya virtud se pacta entre asegurador y asegurado que al fallecimiento de éste, el asegurador pagará la indemnización estipulada al tercero que se designa. El contrato de transporte de mercancías celebrado entre el expedidor y el porteador, que obliga al último a entregar la cosa, en el lugar del destino, al tercero des-

⁵¹⁶ José Castán Tobeñas, ob. cit. en nota 513, p. 639 y apostilla N° 3.

⁵¹⁷ *I contratti a favore dei terzi*, Ed. Francesco Vallardi, Milán, 1912. Traducido al español, Madrid, 1948, p. XVIII. Otras definiciones pueden encontrarse en la Memoria de Prueba de Héctor Salas Neumann, *La estipulación por otro*, Concepción, 1941, en especial N° 6. Este trabajo fue calificado con nota sobresaliente.

inatrio o consignatario.⁵¹⁸ Los seguros de responsabilidad civil, para la indemnización de los daños que puedan ocasionar médicos u otros profesionales, conductores de vehículos motorizados, funcionarios a cargo de registros públicos, etc., los que envuelven una estipulación en beneficio de la víctima. El contrato de donación con carga en provecho de un tercero y, en general, cualesquiera contratos *cum modo*, siempre que el beneficiario con la asignación modal no sea una de las partes. Las ventas o enajenaciones de empresas, industrias o comercios, en que los contratantes convienen que el adquirente mantendrá a los mismos trabajadores que empleaba su antecesor, etc.⁵¹⁹

55.2. Las principales doctrinas formuladas sobre la *naturaliza jurídica de la estipulación en favor de un tercero* son cuatro. Las tres primeras intentan absorber la institución en otras, a fin de desconocer la independencia de la estipulación en beneficio ajeno y evitar que aparezca como excepción al principio del efecto relativo de los contratos. La cuarta, que es hoy la que disfruta de mayores adeptos, si bien acepta la autonomía de la figura y que ella es una excepción a dicho principio, se limita a simples afirmaciones, sin suministrar una justificación coherente, rigurosa y convincente. Resumámoslas brevemente, no sin antes pre-

⁵¹⁸ Es cierto, sin embargo, y así lo pone de relieve la definición del contrato de transporte del artículo 166 del Código de Comercio, que el expedidor o cargador puede ser la misma persona que el consignatario, pero ello no es habitual.

⁵¹⁹ Contrariamente a lo que se ha sostenido, en especial por los civilistas españoles contemporáneos, y en nuestro país por Ramón Domínguez Águila (*Los terceros y el contrato*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 174, 1983, p. 165), me parece que el contrato en favor de persona que se designará o *contrato por persona a nominar* no es una variante o caso de estipulación en favor de un tercero. Normalmente el contrato por persona a nominar descansa en un mandato, lo que ya parece distanciar a esta categoría, que se examinó en el N° 38, de la estipulación por otro. Pero, al margen de que haya o no mandato, existen otras circunstancias que militan contra dicho parecer. En el contrato por persona a nominar la operación se desenvuelve entre dos partes o dos centros de intereses: el contratante inmutable y el contratante fungible (este último puede ser reemplazado). La estipulación por otro es una operación multilateral, que implica necesariamente tres centros de intereses: el estipulante, el prometiiente y el beneficiario. El contrato por persona a nominar es incompatible con el *intuitu personarum*; la estipulación por otro, al menos en su caso más característico, el del seguro de vida, reviste justamente este carácter.

cisar que en la estipulación por otro intervienen tres partes: el estipulante y el prometiiente, que son quienes celebran el contrato, más el tercero que recibe el beneficio.

a) *Teoría de la oferta*. Se descompone la estipulación en favor de un tercero en dos convenciones. Por un primer contrato el prometiiente se obliga frente al estipulante, quien se transforma en acreedor de la estipulación. Posteriormente, el estipulante ofrece su crédito contra el prometiiente al tercero beneficiario. La aceptación de este último forma una segunda convención, que sirve de antecedente o título translativo a la *cesión del crédito*. El crédito pasa así del patrimonio del estipulante al patrimonio del tercero, pero únicamente después que éste acepta.

Los principales inconvenientes de esta teoría radican en el hecho que el crédito contra el prometiiente inicialmente ingresa al patrimonio del estipulante, pasando a formar parte de la prenda general de sus acreedores, quienes podrían embargar tal crédito, frustrando así el propósito de favorecer al tercero. La cesión a título gratuito, que haría el estipulante al tercero, podría ser invalidada, *a posteriori*, a iniciativa de los herederos del estipulante, mediante la acción de inoficiosa donación (artículos 1425 y 1187 del Código Civil). Por último, de acuerdo con las reglas generales, la oferta caduca por la muerte o incapacidad del oferente; por ende, si el oferente (estipulante) fallece antes de la aceptación del tercero (lo que ocurre de ordinario en el caso del contrato de seguro de vida en favor de un tercero, pues éste sólo conoce la estipulación después de la muerte del estipulante) no sería posible consolidar la operación, pues la oferta ya estaría extinguida.

b) *Teoría de la gestión de negocios ajenos*. El estipulante obra como gestor de los negocios del tercero, como agente oficioso suyo (artículo 2286 C.C.), al obtener el compromiso del prometiiente. Por la aceptación del tercero interesado, se transforma retroactivamente la operación cuasicontractual en un contrato de mandato: el estipulante ha obrado a nombre y en representación del tercero. De este modo se logra evitar que la institución tenga carácter excepcional, aplicándose las reglas generales de la agencia oficiosa y de la representación. El beneficiario es parte y no tercero.

Es cierto que con este planteamiento desaparecen los inconvenientes de la doctrina precedente, pero la teoría de la gestión de los negocios ajenos es *ficticia*, pues, en el hecho, el estipulante actúa a nombre propio y no como agente oficioso. Además, dos caracteres esenciales de la agencia oficiosa no se encuentran en la estipulación a favor de otro: el interesado en la gestión de negocios debe cumplir las obligaciones contraídas por el agente si éste ha administrado bien el negocio (art. 2290 C.C.), o sea, que el interesado queda vinculado por la gestión del agente; esto no ocurre en la estipulación por otro, pues el tercero, aunque el negocio haya sido bien administrado, puede rechazar la estipulación. Por otra parte, el agente oficioso después de iniciada la gestión está obligado a proseguirla (art. 2289 C.C.), en cambio, el estipulante puede revocar la estipulación de común acuerdo con el prometiente, mientras no acepte el tercero.

c) *Teoría de la declaración unilateral de voluntad*. Habría en la estipulación por otro una expresión de la voluntad unilateral del deudor como fuente autónoma de obligaciones. El prometiente adquiriría el rol de deudor del beneficiario por su exclusiva voluntad.⁵²⁰

Fuera de que es dudoso que el Derecho chileno acoja, con amplitud, la promesa unilateral como fuente de obligaciones,⁵²¹ esta teoría desconoce *el contrato* (señalado en el artículo 1449 del C.C.) que media entre estipulante y prometiente. Además, no permite comprender por qué sería menester junto con la del prometiente, la concurrencia de la voluntad del estipulante, para revocar la estipulación antes de la aceptación del tercero.

d) *Teoría de la adquisición directa del derecho*. Siendo manifestado el carácter excepcional de la estipulación en favor de un tercero, no sólo en cuanto permite crear un derecho a favor de

un *penitus extranei*, sin su voluntad, sino que también en cuanto permite al estipulante y al prometiente retirar del patrimonio del tercero el derecho que ya había ingresado a éste (cuando se celebró la estipulación), mientras el tercero no acepta, lo más lógico es concluir que la *figura* en estudio es *de carácter original*, sin que quepa asimilarla a otras instituciones. De este modo, si bien es cierto que no se explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica del contrato en favor de un tercero, comprobándose simplemente su existencia autónoma e independiente, se logra, al menos, no entorpecer su desarrollo mediante la aplicación a ella de regímenes jurídicos propios a instituciones diversas. Lisa y llanamente hay que partir de la base que hay aquí una derogación del principio del Efecto Relativo.^{521 bis}

Refiriéndose a la creación directa del derecho en favor del tercero, desde el instante mismo en que se celebra el contrato entre estipulante y prometiente, aunque el tercero lo ignore, Ramón Domínguez afirma, con razón, que la declaración o aceptación del beneficiario es únicamente un requisito para que él pueda exigir la prestación. "Así, aunque se haya podido debatir sobre el rol de la aceptación, se ha concluido hoy en día, sin dudas, que ella no crea el derecho, sino que éste emana directamente del contrato. La aceptación no es sino un presupuesto de la exigibilidad del derecho. Pero, aunque sobre el punto no haya debate, es lo cierto que restan por resolver doctrinaria y prácticamente algunas cuestiones importantes. Desde luego, la

⁵²¹ En el tríptico legal concerniente a las fuentes de las obligaciones, compuesto por los arts. 1437, 578 y 2284 del Código Civil, no figura la voluntad unilateral del deudor. Sobre esta posible fuente de las obligaciones, en la bibliografía nacional destaca el capítulo segundo del libro de Víctorio Pescio, *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho Civil chileno y comparado*, Valparaíso, Prensas de la Escuela de Derecho, 1961. La jurisprudencia, a propósito de las obligaciones que contrae quien acepta una letra de cambio o suscribe un pagaré, en varias ocasiones ha declarado que ellas nacen de un acto unilateral del deudor. Cfr. Corte Suprema, 22 octubre 1980, en *Boletín del Colegio de Abogados*, Valparaíso, N° 82, p. 11. Corte de Santiago, 7 enero 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, sec. 2ª, p. 16.

^{521 bis} El profesor don José María Eyzaguirre opina que la estipulación por otro no es excepción al principio del efecto relativo. Actas del Seminario antes referido en nota 497 ter, las que está previsto sean publicadas por la Fundación Fernando Fuyo Laneri.

⁵²⁰ Josserrand, ob. cit. en nota 496, N° 304, inspirándose en sus compatriotas Colin, Capitant y De La Morandière, expresa: "La estipulación por otro es una de las raras aplicaciones de la declaración unilateral de voluntad en nuestro derecho francés; el tercero beneficiario es acreedor en virtud de un acto jurídico unilateral, situado en un cuadro contractual que le da vida y le asegura eficacia". Obviamente, este *cuadro contractual* es la convención entre estipulante y prometiente, en la que se inyectaría la obligación en favor del beneficiario, creada por la voluntad unilateral del prometiente.

zón misma del porqué se crea el derecho (para el tercero) directamente con el contrato, pues decirlo es una mera afirmación no una explicación. Mientras ello no se solucione lógicamente, queda en dudas el saber si vale la estipulación en favor de quien no ha nacido o no es aún persona jurídica.”⁵²²

El nuevo Código Civil del Perú, promulgado en 1984, lamenta prolijamente el contrato en favor de tercero, en los artículos 1457 al 1469. Adhiere, sin ambages, a la doctrina de creación directa del derecho. “*El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato*. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente. La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato. La declaración de hacer uso del derecho puede ser efectuada por los herederos del tercero beneficiario, salvo pacto distinto” arts. 1458 y 1459).

55.3. En cuanto a los efectos de la estipulación por otro, estos se producen entre estipulante y promitente; entre promitente y beneficiario; y entre estipulante y beneficiario.⁵²³ Los examinemos sucintamente, a la luz de la doctrina de la adquisición directa del derecho.

– *Efectos entre estipulante y promitente*. Son las partes en el contrato. En general entre ellos se producen los efectos normales y corrientes de los contratos. Sin embargo, nuestro artículo 1449 establece que sólo el tercero beneficiario podrá demandar lo estipulado. De manera que el estipulante, para sí mismo, no puede demandar a su contraparte el cumplimiento forzado de la prestación principal. Podría, en cambio, exigirle al promitente que le cumpla al tercero. El interés pecuniario, y a veces moral, que llevó al estipulante a contratar con el promitente, basta

⁵²² Ob. cit. en nota 519, p. 164. El autor se remite al trabajo de R. Ramos P., *Algunos aspectos de la estipulación en favor de otro*, Colección Estudios, Universidad de Concepción, N° 4, 1981, pp. 72 y s.

⁵²³ A estos efectos triangulares, respectivamente Ramón Domínguez los denomina relación de cobertura, relación obligatoria y relación de valuta. Ob. cit. en nota 519, p. 164.

para que aquél tenga legitimación activa, pudiendo demandar judicialmente la ejecución en favor del tercero.⁵²⁴

Si se pacta una cláusula penal entre estipulante y promitente, para el evento que éste no le cumpla íntegra y oportunamente al tercero, la obligación accesoria sería susceptible de ser exigida por el estipulante para sí.

En los casos en que el contrato celebrado por el estipulante y el promitente fuese bilateral, y el promitente estuviera en mora frente al beneficiario, en virtud de la condición resolutoria tácita del artículo 1489, el estipulante puede recabar la resolución del contrato, con más la indemnización de los daños que se acrediten. También son aplicables las reglas generales de la resolución del contrato derivada de una condición resolutoria ordinaria o de un pacto comisorio.

No obstante el ingreso del crédito al patrimonio del tercero desde el mismo día de la estipulación celebrada en su provecho, el estipulante y el promitente pueden revocar el contrato, mientras el beneficiario no haya aceptado expresa o tácitamente.⁵²⁵ Con frecuencia esta revocación es el paso previo a la sustitución de la persona del tercero beneficiario.

Como se ha dicho, la estipulación por otro es una clara excepción al principio del efecto relativo de los contratos, en cuanto crea un derecho para un tercero absoluto sin que intervenga su voluntad. Además la institución rompe con el Derecho común, en cuanto luego de ingresado el derecho al patrimonio del tercero, el estipulante y el promitente, mediante la revocación, pueden extraer o eliminar tal derecho ya existente del patrimonio del beneficiario, sin su anuencia.

Tanto la aceptación por el tercero cuanto la revocación por las partes que celebraron el contrato, pueden ser *actos jurídicos tácitos*. Precisar cuándo un acto constituye revocación tácita de

⁵²⁴ A este respecto, dispone el art. 1461 del Código peruano de 1984: “El estipulante tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente”. El mismo derecho le corresponde al tercero beneficiario una vez que haya aceptado, o a sus herederos.

⁵²⁵ El art. 1464 del Código peruano concede al estipulante el derecho de revocar unilateralmente el contrato en favor del tercero. En Chile esta revocación es, en cambio, convencional. Supone acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente.

a estipulación por otro es algo que no puede establecerse *a priori* de manera general, sino que depende de las circunstancias concretas de cada caso particular.

Muy interesante es el caso resuelto por la E. Corte Suprema, en sentencia de casación del 30 enero 1989 (*Fallos del Mes*, nº 362, p. 932). Se había celebrado un contrato de seguro por lañs a buses, en beneficio de un tercero (un banco). Produciendo el siniestro, la sociedad aseguradora indemnizó al estipulante, dueño del autobús. El banco demandó a la prometediente y sostuvo que se había infringido el artículo 1449, al desconocer la estipulación en su beneficio. La Corte rechazó el argumento, pues no constaba que el banco hubiese aceptado, expresa o ácitamente, el contrato de seguro en su favor.

— *Efectos entre prometediente y beneficiario*. Porque la estipulación por otro es excepción al efecto relativo de los contratos, el prometediente se encuentra directamente obligado frente al beneficiario. Aunque no fue parte en el contrato, el beneficiario es acreedor del prometediente desde el momento de la celebración de la estipulación, incluso si ignora la existencia de ésta o si conociéndola, todavía no acepta.

El tercero beneficiario tiene acción contra el prometediente, una vez que acepta expresa o tácitamente, para exigirle el cumplimiento forzoso de la prestación y/o la indemnización de perjuicios moratoria o compensatoria. Pero no está legitimado para ejercer la acción resolutoria contra el prometediente, ya que esta acción incumbe exclusivamente a las partes contratantes.

Si el tercero beneficiario fallece antes de aceptar la estipulación, como el crédito ya está en su patrimonio, trasmite a sus herederos la facultad de aceptar. Con mayor razón, si fallece después de haber aceptado, trasmite a sus causahabientes *mortis causa*, el derecho a exigir el cumplimiento forzado de lo que le debía el prometediente.

— *Efectos entre estipulante y beneficiario*. Jurídicamente son sujetos extraños, aunque en la vida real estén estrechamente relacionados (por algo en el seguro de vida, el estipulante designa a tal persona, generalmente su cónyuge, como beneficiario del capital o pensión que pagará al asegurado-prometediente).

El derecho del beneficiario nunca se radica en el patrimonio del estipulante. Los acreedores de éste carecen, por lo tanto, de derecho sobre el crédito derivado del contrato. Tampoco los herederos del estipulante podrían poner en tela de juicio la estipulación en favor del beneficiario, exigiendo la formación de los acervos imaginarios o entablando la acción de inoficiosa donación. Materias éstas que se estudiarán en Derecho Sucesorio.⁵²⁶

56. LA PROMESA DE HECHO AJENO

El artículo 1450 del Código Civil se refiere a la promesa de hecho ajeno o contrato a cargo de tercero, en los siguientes términos: "Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, *de quien no es legítimo representante*, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Hay quienes erradamente sostienen que esta institución es otra excepción al principio del efecto relativo de los contratos. Es el caso de doña Erika Díaz Muñoz.⁵²⁷ Pero la llamada promesa de hecho ajeno no es excepción al principio del efecto relativo, ya que el contrato no crea ningún derecho, y menos una obligación a cargo del tercero absoluto. El único que resulta obligado, en virtud del contrato a cargo de tercero, es el prometediente, quien se compromete a obtener que otra persona acepte efectuar una prestación en favor del acreedor. Esta obligación de hacer del prometediente deriva del contrato celebrado y nada tiene de excepcional.

El contrato a cargo de tercero o promesa de hecho ajeno confunde por la terminología que se emplea para identificar la figura. En verdad, *lo que el deudor promete es su hecho propio*: con-

⁵²⁶ Al lector interesado en un estudio más detallado de los efectos de la estipulación por otro se le recomienda la obra de Héctor Salas Neumann, precitada en la nota 517, capítulo séptimo.

⁵²⁷ *El Efecto Relativo de los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, en especial, respecto a su error, pp. 62 y 83.

seguir que otro consienta en dar, hacer o no hacer algo al acreedor. Mientras el tercero no exprese su voluntad, aceptando, éste no contrae obligación alguna.

De la llamada promesa de hecho ajeno únicamente surge la obligación *de hacer* del prometiiente, la que consiste en que el tercero ratifique. Si el prometiiente fracasa en su intento de lograr la voluntad del tercero, deberá indemnizarle al acreedor los perjuicios que se deriven de su incumplimiento. Así lo indica la parte final del precitado artículo 1450. En igual dirección, mencionaremos, entre las normas extranjeras, el artículo 1381 del Código Civil italiano: "El que hubiere prometido la obligación o el hecho de un tercero queda obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se negare a obligarse o *no cumplir el hecho prometido*". Claro que este último efecto no tiene lugar en Chile, pues la obligación del prometiiente sólo consiste en que el tercero acepte. Si esto ocurre, y después el tercero no cumple la prestación prometida al acreedor, se aplican las reglas de los efectos de las obligaciones entre estas dos personas, sin que el acreedor pueda demandar al primitivo prometiiente. A menos que este último se hubiera obligado solidariamente o subsidiariamente o a través de otra caución, como una cláusula penal, punto que es ajeno a la institución reglamentada por nuestro artículo 1450.

Obviamente que si el tercero no ratifica, al acreedor sólo le queda el camino de la ejecución forzada por equivalente en contra del prometiiente, es decir, exigirle la indemnización contractual de los daños sufridos. La alternativa de la ejecución forzada en naturaleza es improcedente, pues el sistema jurídico es imponente para obtener el asentimiento del tercero, si éste lo rehúsa.

Si el tercero ratifica, recién nace a su cargo la obligación de dar, hacer o no hacer; obligación que el prometiiente había especificado, al contratar con el acreedor.

La doctrina no se ha preguntado por la *fuerza de la obligación que asume el tercero*. Sin pretender agotar la cuestión y apenas esbozándola, a primera vista parecería que la fuente fuese un *cuasicontrato de agencia oficiosa*. El prometiiente, quien no puede representar al tercero por prescripción del propio artículo 1450, actuaría como su gestor de negocios ajenos. Serían

aplicables los artículos 2286 al 2290 del Código Civil: el prometiiente, que administra sin mandato los negocios ajenos, siempre resulta obligado; el tercero o interesado juzgará si el prometiiente ha procedido adecuadamente al prometer que él se obligue y en caso afirmativo, o sea, si el negocio ha sido bien administrado, ratificará y quedará obligado a cumplir la prestación, predeterminada por su agente oficioso con el acreedor. Pero esta explicación tiene al menos un inconveniente: de acuerdo al artículo 2290, la agencia oficiosa crea obligación para el interesado (en la promesa de hecho ajeno, el interesado sería el tercero) "*si el negocio ha sido bien administrado*". Un criterio objetivo, la buena administración o utilidad para el interesado, determina que él deba cumplir las obligaciones contraídas por el gerente o gestor de negocios ajenos. En cambio, en la promesa de hecho ajeno, todo depende de la voluntad del tercero, o sea, que el criterio es puramente subjetivo y no objetivo.

Los partidarios de la *voluntad unilateral del deudor*, como fuente autónoma de ciertas obligaciones, deberían ver en ella la causa eficiente de la obligación que asume el tercero al ratificar. Empero hay un argumento exegético contra esta hipótesis. En materia de promesa de hecho ajeno con cláusula penal, el artículo 1536-2 establece: "Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del CONSENTIMIENTO de dicha persona". O sea, que la promesa de hecho ajeno implicaría, para su eficacia, un acuerdo de voluntades y no la mera voluntad aislada del deudor que acepta. "Consentimiento", en armonía con lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española, es acuerdo o encuentro de al menos dos voluntades. El consentimiento, aunque fuere *a posteriori*, entre prometiiente y tercero, es incompatible con la doctrina de la voluntad unilateral del deudor.

Es más simple admitir que la fuente de la obligación del tercero es la ley (el art. 1450 del C. Civil). ¿No es esta sencilla posición la más realista, al repudiar la práctica secular de explicar las instituciones jurídicas mediante su absorción en otras?

57. EL EFECTO REFLEJO O EXPANSIVO DE LOS CONTRATOS

57.1. CONCEPTO. EL EFECTO EXPANSIVO NO ES EXCEPCIÓN AL EFECTO RELATIVO

Al margen de la voluntad de las partes contratantes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. En alguna medida, en cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama el *efecto absoluto de los contratos*, o *efecto expansivo o efecto indirecto o efecto reflejo de los contratos*.

No hay propiamente en esta situación otra excepción al principio del efecto relativo.^{527 bis} Al referirnos a las excepciones al principio del efecto relativo, comprobábamos, en todos los casos, cómo un contrato creaba un derecho o imponía una obligación a un *penitus extranei* sin su consentimiento. En el caso del efecto expansivo no acontece lo mismo; no surge un derecho u obligación directamente para el tercero, sino que éste puede invocar un contrato ajeno o vérselo oponer en cuanto ese contrato indirectamente lo afecta en su situación jurídica y patrimonial. Dicho de otro modo, el efecto absoluto o expansivo del contrato se sitúa en una perspectiva más amplia que la del principio tradicional del efecto relativo. El efecto expansivo implica una superación de la rigidez y estrechez del efecto relativo, una suerte de abandono o sustitución de los marcos que encuadran la institución del efecto relativo, para situar el análisis jurídico a otra altura, menos dogmática y más realista.

La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de *los contratos* consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan

^{527 bis} Si la hay según don José María Eyzaguirre, acorde a lo que él expuso en el Seminario precitado en notas 497 ter y 521 bis.

para las partes, por sí mismos *constituyen una situación de hecho*. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que, por lo tanto, tiene vigencia *erga omnes*.^{527 ter} Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis, traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno. Sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo.

Como dice acertadamente Ramón Domínguez Águila:⁵²⁸ “no es efectivo que el contrato sea inoponible a terceros. Muy por el contrario, el contrato es, por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad. Se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un *hecho social*...⁵²⁹ Afirmar, pues, que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas, por mucho que se repita en alguna jurisprudencia...⁵³⁰ Hay todo un radio de repercusión del contrato que va desde las partes hasta terceros más próximos y otros cada vez más lejanos. Como se ha podido describir, ese efecto es semejante al de la caída de una piedra en el agua, que va formando, desde el centro, anillos cada vez más grandes que terminan, en los mayores y más lejanos, por mover apenas las aguas. Frente a terceros, el contrato tiene una eficacia menor o disminuida; pero la tiene y variada, aunque no para todos esa eficacia sea igual”.

^{527 ter} Igualmente expresiones empleó la Corte de Valparaíso, en el considerando 2º de la sentencia del 14 de julio de 2003, reproducido por la Corte Suprema el 30 de agosto de 2004. www.lexisnexis.cl. Número identificador Lexis Nexis 30748.

⁵²⁸ Ob. cit. en nota 519, pp. 153, 154 y 155.

⁵²⁹ Esta expresión, ser el contrato un hecho social, como lo acota Ramón Domínguez, fue acuñada por los civilistas franceses Marty y Raynaud.

⁵³⁰ El autor cita y critica la sentencia de la Corte de Concepción, del 16-9-1983, pronunciada en la causa rol 86-83.

57.2. MANIFESTACIONES DEL EFECTO REFLEJO O EXPANSIVO DE LOS CONTRATOS

57.2.1. En las anteriores ediciones de este libro se mencionaba en este lugar el caso de las quiebras, en el sentido que frente a la verificación de un crédito contractual, ni los demás acreedores ni el síndico pueden impugnarlo (artículos 131 y siguientes de la Ley N° 18.175) so pretexto de que derivaría de un contrato que no les empeece. También el caso de las ventas sucesivas de una misma cosa a dos o más compradores distintos, situación regulada por el artículo 1817 del Código Civil, favoreciendo a uno sobre el o los otros. El contrato del beneficiado se expande frente a los terceros, o sea frente al o a los compradores perjudicados por la norma del artículo 1817.

Igualmente se inventariaban otras hipótesis reconocidas legalmente.

Ahora, en esta cuarta edición, eliminamos dichos casos, en virtud de que esas soluciones jurídicas se producen de todas maneras, por cuanto el legislador las admite y consagra, siendo por lo tanto innecesario y redundante acudir al efecto reflejo o expansivo de los contratos para justificarlas.

Pensamos que el efecto reflejo de los contratos es una *non de cerramiento* en el Derecho de daños, que permite solucionar problemas huérfanos de regulación legal concreta. Tal como ocurre con el enriquecimiento sin causa, en cuanto la *actio in rem verso* permite encontrar la fuente de una obligación determinada, que no ha nacido ni de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito ni de la ley, o sea de ninguna de las fuentes tradicionales a las que se refiere el artículo 1437 del Código Civil. En este sentido, ambas figuras jurídicas, el efecto reflejo de los contratos y el enriquecimiento sin excusa, son instituciones de carácter subsidiario.

Debemos, pues, restringir, en esta cuarta edición, las manifestaciones del llamado efecto absoluto de los contratos sólo a la oponibilidad de un contrato por terceros a las partes o viceversa, en materia de responsabilidad extracontractual; y a las acciones directas sin texto legal expreso, en el caso de las cadenas o grupos de contratos. Pero, para un mejor desarrollo de estas materias, parece útil comenzar la exposición por las acciones directas legales.

57.2.2. A veces el legislador confiere al acreedor una *acción directa* que le habilita para actuar a nombre propio, *en sede contractual*, contra el cocontratante de su deudor. Es decir para oponer al demandado un contrato, en el cual sin embargo el demandante no fue parte directa.

Un caso muy importante de acción directa legal en el Derecho comparado se presenta en materia de daños en accidentes del tránsito, permitiéndose a la víctima accionar directamente contra el asegurador. Aunque la víctima es un tercero absoluto en el contrato de seguro, puede actuar en el terreno de la responsabilidad civil contractual, esgrimiendo, a título personal, el contrato ajeno entre la compañía de seguros y el autor de los daños o asegurado. Esto ha sido admitido en Chile, en materia de seguro obligatorio contra riesgos personales derivados de la circulación de vehículos motorizados, por el artículo 10 de la Ley N° 18.490, publicada en el Diario Oficial de 4 de enero de 1986.

Otra situación de acción directa legal en Chile es la contemplada en el nuevo artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, modificado por la Ley N° 19.472, norma que concede al actual propietario de un bien raíz acción contractual contra el primer vendedor del inmueble.

Según el profesor Pablo Rodríguez Grez, sería acción de esta misma índole la que concede el artículo 1280 inciso dos del Código Civil: Cuando el albacea actúa a través de un mandatario, "la responsabilidad por las operaciones del mandatario recae directamente en el albacea. De modo que cualquier perjuicio que se siga para los herederos o interesados, dará acción contra el albacea..."⁵³¹

El Fisco tiene acción directa subsidiaria contra el adquirente del vendedor, o sea, se beneficia del efecto expansivo de la compraventa ajena, en los términos del artículo 71 del Código Tributario: "Cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador res-

⁵³¹ *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, volumen 2, p. 247.

pecto a las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido que afecten al vendedor o cedente...". Si bien la acción directa del Estado es en sede legal, bien sabido es que a falta de un estatuto autónomo para las obligaciones que derivan de la ley, muchos creen que se aplica el régimen de las obligaciones contractuales.⁵³²

Fuera de acciones legales directas sin subcontrato, como ocurre en los ejemplos precedentes, hay, por otro lado, acciones directas concedidas por el legislador en el ámbito de la subcontratación.⁵³³ Así, en el submandato o delegación del mandato, el artículo 2138 del Código Civil permite al mandante ejercer acción directa contra el submandatario. Así, en el subarrendamiento, el arrendador, acorde al artículo 1973 del Código Civil, tiene derecho para expeler al subarrendatario, que hubiese tenido notoria mala conducta, de la casa o edificación.⁵³⁴ Así, en el caso del artículo 2003, regla quinta, parte final, del mismo Código, se permite a los subcontratistas perseguir el pago de sus remuneraciones u honorarios contra el constructor o empresario con quien contrataron, o bien, en subsidio, *directamente contra el propietario de la obra*. Esta última norma se halla ampliada por el artículo 64 del Código del Trabajo (DTL N° 1 del año 1994).⁵³⁵

57.2.3. También existen las acciones directas, sin texto legal expreso que les sirva de causa eficiente. Ambito en el cual es sobresaliente el efecto expansivo de un contrato ajeno. Habilitan para actuar a nombre propio, en el terreno de las indemnizaciones contractuales, contra el cocontratante del deudor.⁵³⁶

⁵³² Por todos, Arturo Alessandri Rodríguez, ob. cit. en nota 454, N° 28.

⁵³³ Sobre el subcontrato, véase *supra* N° 36. Sobre la creación de relaciones contractuales por la vía de "acciones directas", en el ámbito de cadenas de contratos vinculados unos con otros, véase Bernard Teyssie, ob. cit. en nota 108, N°s 476 y s.

⁵³⁴ De acuerdo al art. 43 del Decreto Ley N° 964, sobre arrendamiento de bienes raíces urbanos, el subarrendatario tenía *excepción directa* para enervar la acción de terminación del contrato por no pago de la renta, entablada por el arrendador en contra del subarrendador.

⁵³⁵ En relación con lo dispuesto en el artículo 64 del Código del Trabajo, ver Carlos Peña González y Carlos Pizarro Wilson: "Informe en derecho acerca de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra". En *Revista Chilena de Derecho Privado*. Universidad Diego Portales, N° 2, 2004, pp. 151 y ss.

⁵³⁶ A diferencia de Christophe Jamin (*La Notion d'Action Directe*, libro editado por L.G.D.J., París 1991, N° 1), autor que sólo concibe las acciones directas lega-

La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, cada vez con menos reservas, que cuando existe un grupo de contratos caben acciones indemnizatorias contractuales dirigidas por un demandante contra un demandado que, entre ellos, no celebraron contrato alguno. Esto significa un fuerte deterioro para el principio del efecto relativo de los contratos. Es que al lado del efecto relativo existe el efecto expansivo de los contratos.^{536 bis}

El profesor de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales y en la Universidad de Chile, don Carlos Pizarro Wilson, es el autor chileno que más ha profundizado en el tópico trascendental de las acciones indemnizatorias contractuales directas, en situaciones de grupos de contratos sucesivos. Sus aportaciones están contenidas en su tesis doctoral *Estudio Crítico de la Responsabilidad Contractual en el Derecho Positivo Chileno*, la cual fue aprobada, con calificación máxima, el 10 de marzo de 2003, en la Universidad de París II.⁵³⁷

En la nota 443 de la tesis, en su versión en francés, se lee que en el caso de ventas sucesivas de cosas muebles ya la Corte de Casación resolvió, en París, en 1884, que el subadquirente tiene acción directa contractual en contra del primitivo vendedor. En otra sentencia de la misma Corte, pronunciada casi un siglo más tarde, el 9 de octubre de 1979, se estableció "la naturaleza necesariamente contractual de la acción del subadquirente en contra del fabricante o del vendedor mayorista".

Añade Carlos Pizarro: "Uno se percata de que la responsabilidad extracontractual no es la vía más adecuada para conceder acción indemnizatoria a los terceros víctimas de un daño

les, otros destacados autores franceses, con apoyo en la jurisprudencia, entienden que bien pueden existir acciones directas contractuales extralegales. En el caso de Bernard Teyssie, ob. cit. en nota 108, y de Mireille Bacache-Gibeili: *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*, Ed. L.G.D.J., París, 1996.

^{536 bis} Sobre la doctrina y jurisprudencia francesas, cfr. el libro del profesor Christian Larroumet, *Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*. Tomo 3, quinta edición, Ed. Economica, París, octubre 2003, N°s 789 al 791 bis.

⁵³⁷ Entiendo que esta tesis se encuentra en proceso de traducción al castellano y que pronto será editada en Santiago de Chile.

consecuencial al incumplimiento de un deudor de la cadena contractual... La alternativa de rehusar toda reparación sería profundamente injusta para la víctima (como lo ha señalado el profesor Christian Larroumet, director de la tesis doctoral en comento). La vía contractual se impone como necesidad irrefutable" (p. 244).

Algunos piensan que la perspectiva precedente, muchas veces acogida por los tribunales supremos de países como España, Francia, Italia, significa destruir el principio del efecto relativo de los contratos. Empero, nunca este principio, *res inter alios acta*, ha sido absoluto. Hoy casi todo el mundo admite que la estipulación por otro, regulada en el artículo 1449 del Código Civil chileno, es una clara excepción al principio del efecto relativo. Y, por otro lado, se ha hecho indispensable, como escribe el señor Pizarro Wilson, "adaptar el principio del efecto relativo a las necesidades actuales del Derecho de los contratos. La relatividad de las convenciones ha tomado una nueva andadura o funcionamiento: ahora se aplica el principio al conjunto de los contratos componentes de la cadena o grupo contractual, siendo el acreedor extremo parte en el contrato inicial" (p. 245). Esta nueva lectura del principio del efecto relativo del contrato permite al acreedor extremo, situado al final de la cadena, el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual en contra del deudor incumplidor, situado al inicio del grupo de los contratos sucesivos, aunque entre ellos dos no haya un contrato autónomo.

La conexión contractual no agota sus consecuencias o efectos en las acciones indemnizatorias directas entre personas integrantes de la cadena que no contrataron entre sí y que posiblemente ni siquiera se conocen. Hay otras materias relevantes y novedosas, v. gr., la de las sanciones ambulatorias: Si un eslabón contractual es ineficaz, por inexistencia, nulidad civil, resolución, exclusión de un socio, etc., ¿los otros contratos de la misma cadena mantienen vigencia o son también ineficaces? A la luz del Derecho comparado contemporáneo, he opinado^{537 bis}

^{537 bis} "Las cadenas de contratos o contratos coligados". En *Revista de Derecho*, UCv, N° 19, 1998, pp. 159 y s. También en el libro *Contratación Privada*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 305 y ss.

que puede aplicarse el apotegma *simul stabunt, simul cadent*. Como regla general, los varios o los muchos contratos conexos deben estar "simultáneamente de pie o simultáneamente en el suelo".^{537 ter} Pero este último tema es ajeno al efecto expansivo de los contratos, el cual se relaciona con contratos válidos y no con actos jurídicos viciados de nulidad o ineficaces por otra causal o motivo.

57.2.4. Oponibilidad de un contrato por terceros a las partes o viceversa, en materia de responsabilidad civil extracontractual

a) *Oponibilidad de un contrato por terceros a las partes*. Reiteradamente, tribunales extranjeros han admitido que la inejecución o el incumplimiento de un contrato por una de las partes, sea invocado contra ella por un tercero como base fundamental de una demanda indemnizatoria en sede extracontractual. No se trata de la hipótesis, parecida, es cierto, de la acción directa, puesto que no existe ahora un precepto legal expreso que tutele la mencionada actividad ante el órgano jurisdiccional. Además, la acción directa es de orden contractual.

Así, por ejemplo, si un "garajista" deja mal reparados los frenos o la rueda de un vehículo, la víctima del accidente del tránsito, provocado por el mal funcionamiento de los frenos o por el desprendimiento de la rueda, ha sido admitida a exigir indemnización contra el propietario del taller, oponiéndole el contrato de reparación en que la demandante no tuvo intervención alguna. La víctima de un *shock* producido en virtud de una transfusión sanguínea puede accionar contra el Banco de Sangre que contractualmente proporcionó la sangre (en mal estado) al médico o a la clínica tratante. En iguales términos, también se han acogido demandas de víctimas de daños derivados del despeñamiento de un ascensor mal reparado; como, asimismo, demandas de víctimas del derrumbe de una construcción efectuada de

^{537 ter} Que se caigan todos los contratos de la cadena o grupo al suelo no significa necesariamente que les afecte la misma sanción civil. El interesado en este particular puede ver mi "Informe en Derecho sobre contrato de colaboración empresarial". En *Revista Chilena de Derecho Privado*. Universidad Diego Portales, N° 2, 2004, pp. 107 a 150.

manera deficiente. En todos los casos la legitimación pasiva ha incumbido al cocontratante del hechor directo.

b) *Oponibilidad de un contrato por las partes a terceros*. Los ingleses disponen, en la materia, de la institución denominada "*tort of interference*", que José Puig Brutau ha comparado con la *actio dolii* de los romanos.⁵³⁸ Se trata de la responsabilidad civil extracontractual del *tercero cómplice de la violación de un contrato*. Así, los tribunales franceses han acogido la demanda del prometiiente comprador contra el comprador que incitó al prometiiente vendedor a dejar incumplido el contrato de promesa, vendiéndole al demandado en lugar de hacerlo al demandante. También la acción de reparación extracontractual en contra del nuevo empleador que incitó al trabajador a violar un anterior contrato laboral, con cláusula de exclusividad, que el trabajador había concluido con el demandante. Si la Universidad de Concepción trae al país, por un semestre, a un prominente científico extranjero, celebrando con él un contrato de prestación de servicios académicos, con cláusulas de exclusividad, el efecto absoluto o expansivo de este contrato impide a otra institución educacional, supongamos un instituto privado, en conocimiento de los antecedentes indicados, contratar a su turno al científico de martras. Hoy, muchos dirían en Chile que la Universidad sólo podría demandar al científico por incumplimiento del contrato. ¿Y si se regresó al extranjero o si tuviere inmunidad diplomática o si fuere insolvente? Ante éstas u otras dificultades, conforme al efecto absoluto de los contratos, en Francia se ha acogido la demanda contra quien hubiese sido cómplice en la violación del contrato; contra el instituto privado en el ejemplo. Es razonable y justo. Basta para admitirlo con desprenderse de los excesos de la autonomía de la voluntad; o sea, en esta materia, con dejar de lado el principio del efecto relativo elevado a la altura inmerecida de un dogma intangible.

Relacionada con la oponibilidad del contrato por las partes a un tercero absoluto, cabe mencionar en Chile la jurisprudencia en materia del *precario*, institución contemplada en el artículo 2195-2 del Código Civil: "Constituye también precario la

tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Dados estos supuestos, el propietario de la cosa puede exigir judicialmente su restitución, en juicio sumario, de acuerdo al artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. Pero en numerosas sentencias, nuestros Tribunales han resuelto que debe rechazarse la acción de precario si el demandado acredita que tiene la cosa en virtud de un contrato que había celebrado con otra persona distinta al demandante.^{538 bis}

A veces el adquirente de un inmueble, al querer tomar posesión material de lo comprado, se encuentra con otra persona instalada en el bien raíz, con quien no le liga relación contractual alguna. El demandado, sin embargo, sostiene estar en el predio con título, porque es arrendatario de un dueño anterior o porque celebró un contrato de promesa de compraventa con otro propietario precedente, en el cual se le entregaba desde ya la cosa. El artículo 1545 señala que el contrato es eficaz entre las partes, pero es *res inter alios acta* para el adquirente (tercero). ¿No podría entonces éste demandar de precario al tenedor del bien raíz, porque frente a él dicho tenedor no tiene ningún título que justifique su tenencia y que pueda serle, por tanto, oponible al demandante? "Más de algún litigante así lo pensó y más de algún tribunal llegó a resolverlo de este modo. Pero, finalmente, ya es jurisprudencia establecida que, en situaciones como la descrita, no es posible que el nuevo dueño se encuadre en la situación del precario, desconociendo sin más el contrato que haya podido justificar el ingreso del tenedor en el inmueble. Para recuperar su inmueble, el demandante deberá usar otras acciones: las propias de la terminación del arrendamiento —lo que supone naturalmente reconocer y aceptar su existencia— o las que deriven del dominio, que tienen, en definitiva, igual sentido frente al contrato de promesa u otro que aduzca el detentador".⁵³⁹

Por otro lado, y para terminar el tema, haré referencia a un juicio indemnizatorio que hace algunos años se tramitó ante la Justicia Ordinaria en Valparaíso. Se demandó una elevada cantidad por incumplimiento de un contrato de fletamento. El conocimiento de embarque hacía mención a un determinado tonelaje de lúpulo, producto que se emplea en la fabricación de

^{538 bis} Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2003 en materia de precario, y nuestros comentarios, cf. I *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, 2004, pp. 60 y ss.

⁵³⁹ Con leves variantes, hemos tomado el último párrafo de nuestro texto de Ramón Domínguez A., ob. cit. en nota 519, p. 155, quien menciona diversas sentencias nacionales y también el trabajo de su padre, el ex catedrático Ramón Domínguez Benavente, sobre el precario. Este trabajo fue publicado en *Revista de Derecho Español y Americano*, año VI, N° 25, Madrid 1971.

⁵³⁸ Ob. cit. en segundo lugar en nota 47, p. 267.

la cerveza. El consignatario o importador chileno recibió una parte ínfima del producto. Había, eventualmente, incumplimiento del contrato de venta internacional CIF, o bien del contrato de fletamento y, allí, un problema de responsabilidad contractual. Pero, además, había un *tercer cómplice de la violación de ese contrato*, contra quien se podía esgrimir el *efecto absoluto del fletamento*, y al que se demandó en *sede extracontractual*. Este tercero era la agencia de naves, que, en conocimiento de que la mercadería que estaba faltando había llegado en otro buque al puerto de Valparaíso, omitió, según el demandante, las diligencias y avisos para que el consignatario chileno las retirare oportunamente e impidiera el deterioro que se produjo por la excesiva permanencia de la mercadería en los recintos portuarios. El pleito concluyó por transacción, lo que nos privó de una jurisprudencia que a lo mejor habría sido fundamental en materia de efecto absoluto de los contratos.

58. LA INOPONIBILIDAD DE LOS CONTRATOS^{539 bis}

La inoponibilidad no ha sido tratada sistemáticamente por el Código Civil. Si bien ella se produce, como sanción jurídica, en los casos que veremos, nunca el Código hablaba de *inoponibilidad* (ahora sí, en los nuevos artículos 1757-2 y 1337 N° 10). La expresión la encontramos en otros textos legales, entre los que destacan los artículos 72, 74, 76 y 80 de la ley de quiebras (Ley N° 18.175 del año 1982). Los fallos de nuestros Tribunales Superiores en materia de inoponibilidad son también escasos.⁵⁴⁰ Algunos sobresalientes estudios doctrinarios han, sin embargo, conferido bastante nitidez a esta institución, destacándose las aportaciones de Daniel Bastian en Francia,⁵⁴¹ y de Alberto Baltra Cortés en nuestro país.⁵⁴²

Luego de explicar que la inoponibilidad es una categoría jurídica distinta a la nulidad relativa, que también conduce a la

^{539 bis} Al final del N° 53 se explicó que este N° 58 y el N° 59 se han incluido en este libro sólo por razones didácticas.

⁵⁴⁰ Véase, por ejemplo, cuatro sentencias sobre inoponibilidad publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 39, sec. 1ª, p. 12 y p. 439; tomo 40, sec. 1ª, p. 304; tomo 62, sec. 2ª, p. 1.

⁵⁴¹ *Essai d'une Théorie Générale de l'Inopposabilité*, tesis doctoral, París, 1929.

⁵⁴² *Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1935, Imprenta Dirección General de Prisiones, 330 páginas. Según Abeliuk, ob. cit. en nota 164, N° 149, nota 126 bis; y según la obra de Alessandri y Somarriva por Vodanovic, citada en nuestra nota 544, N° 377 *in fine*, la Memoria del Sr. Baltra es una simple adaptación de la tesis de Bastian.

pérdida de eficacia de la convención, Bastian la define diciendo que "es la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico".⁵⁴³

La inoponibilidad es la sanción civil que impide que se haga valer ante terceros un derecho (nacido ya sea de la celebración de un acto jurídico, ya sea de la nulidad o de otra causal de terminación anormal de un acto jurídico, como la resolución o la revocación). Si bien la inoponibilidad no sólo es susceptible de afectar a los contratos, lo cierto es que las más de las veces tiene lugar respecto de ellos y no a propósito de otros actos jurídicos diversos a los contratos.

La inoponibilidad tiene varias diferencias con la nulidad. Esta deriva de infracciones legales o vicios que se producen en el momento del nacimiento del acto jurídico. La inoponibilidad, en cambio, es independiente de la generación del acto por las partes; el contrato es válido, pero otras circunstancias determinan su ineficacia frente a terceros. En concreto, las causas o motivos de nulidad y de inoponibilidad son completamente diversos.

La nulidad produce efectos tanto entre las partes que celebraron el acto anulado, cuanto respecto de terceros. La inoponibilidad exclusivamente dice relación con los terceros.

La nulidad es una sanción de orden público, y, por lo mismo, no puede renunciarse de antemano. La inoponibilidad, establecida únicamente en beneficio de los terceros que pueden prevalecer de ella, es de orden privado. Estos, por lo mismo, pueden abdicar del derecho a invocarla. Si aparece de manifiesto en el acto o contrato, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el sentenciador; nunca la inoponibilidad puede pronunciarse de oficio.

Autores como Antonio Vodanovic,⁵⁴⁴ manifiestan que el grupo de los terceros que pueden beneficiarse con la inoponibilidad es sólo el de los terceros relativos, vale decir, los causahabientes

⁵⁴³ Ob. cit. en nota 541, p. 3.

⁵⁴⁴ Cfr., su libro basado en las explicaciones de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., *Curso de Derecho Civil*, tomo 4, vol. 1, Editorial Nascimento, Santiago, 1942, N°s 358 y 359.

a título singular y los acreedores de las partes. Lo cual no siempre es efectivo, pues veremos que en algunos casos la sanción beneficia a terceros absolutos o *penitus extranei*.

*Principales motivos de inoponibilidad*⁵⁴⁵

a) *Inoponibilidades por incumplimiento de las formalidades de publicidad*

Las formalidades de publicidad están destinadas a divulgar ante terceros la celebración de un acto o contrato o el acaecimiento de un determinado suceso de relevancia jurídica. Persiguen enterar a terceros que eso ha ocurrido. El incumplimiento de ellas acarrea la inoponibilidad del acto frente a terceros.

Cuando estudiamos las atenuantes al principio del consensualismo contractual,⁵⁴⁶ citamos como ejemplos de formalidades de publicidad que se sancionan con la inoponibilidad, entre otros, los casos contemplados en los artículos 1707, 1902 y 2114 del Código Civil. Añadiremos aquí otras hipótesis. La prevista en el artículo 2513 del mismo Código: "la sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; *pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción*". Esta inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces obviamente no es tradición,⁵⁴⁷ sólo constituye una formalidad de publicidad, destinada a mantener la historia del inmueble del cual se trate. Mientras no se practique la inscripción, la prescripción es inoponible a terceros.

Para que la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble o para que el embargo trabado en bienes raíces afecten a terceros, es *sine qua non* que la

⁵⁴⁵ No pretendemos, en la agrupación que sigue de los motivos de inoponibilidad, agotar las hipótesis en que esta sanción tiene lugar. Por ejemplo, hemos deliberadamente omitido comentar aquí los casos de inoponibilidad contemplados en los artículos 407, 256, 1749-4, 1756 y 1757 del Código Civil.

⁵⁴⁶ Sobre las atenuantes al consensualismo, véase *supra* N° 42.

⁵⁴⁷ Pues los derechos reales se radican en el patrimonio del titular en virtud de un solo modo de adquirir. En el caso del art. 2513, el modo de adquirir es la prescripción o usucapión.

correspondiente resolución judicial se inscriba en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Si no se cumple con esta exigencia, formulada en los artículos 297-1 y 453 del Código de Procedimiento Civil, la prohibición o el embargo son inoponibles a terceros.

Acorde a la Ley del Tránsito (art. 35-2 de la Ley N° 18.290, modificado por el art. 1° N° 6 de la Ley N° 18.597), son inoponibles a terceros los gravámenes, prohibiciones, embargos y medidas precautorias que afecten a los vehículos, mientras no se anoten en el Registro de los Vehículos Motorizados.

Según el art. 9° de la Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento, el contrato de prenda no surtirá efectos respecto de terceros sino desde la fecha de la publicación del extracto de la correspondiente escritura pública en el Diario Oficial.

b) *Inoponibilidades por falta de fecha cierta*

Los instrumentos privados son susceptibles de antedatarse o postdatarse por los otorgantes, por lo cual carecen de certeza en cuanto a su fecha; es decir, que son inoponibles a terceros respecto al día en el cual aparecen suscritos. Pero esto no podría ser absoluto, ya que existen circunstancias que a partir de su acaecimiento acarrear plena claridad de la fecha de los documentos privados. Hay, entonces, seguridad que la fecha real no es posterior, desapareciendo este motivo de inoponibilidad.

Por ello, el artículo 1703 del Código Civil dispone: "La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal".⁵⁴⁸

Cabe tener presente que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece cuatro casos en los cuales un instrumento privado emanado del litigante contra el cual se presenta

⁵⁴⁸ Sobre la última de estas circunstancias, cfr., los artículos 419 y 430 del Código Orgánico de Tribunales, modificados por el art. 1° de la Ley N° 18.181, de 1982.

se tiene por reconocido. Y, como lo ha dicho la jurisprudencia, el instrumento privado reconocido judicialmente tiene valor de escritura pública, incluso aunque no esté firmado.⁵⁴⁹

Por otro lado, para las materias mercantiles, el artículo 127 del Código de Comercio prescribe: "Las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil".

c) *Inoponibilidades por falta de consentimiento*

Si bien en Chile es válida la venta de cosa ajena, el contrato es inoponible al dueño de la cosa, ya que éste no consintió en la venta. Mientras el comprador *a non domino*, que se convierte en poseedor del bien, no se transforme en propietario en virtud de la prescripción adquisitiva, el dueño de la cosa puede reivindicarla. También, concurriendo las exigencias legales, podría recuperarla el dueño al través de las acciones posesorias, o acaso mediante las acciones civiles restitutorias emanadas de delitos penales como el hurto, el robo o la usurpación. El artículo 1815 del Código Civil establece: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".⁵⁵⁰

También el arrendamiento de cosa ajena es inoponible al dueño de la cosa arrendada. "Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción" (art. 1916-2). Lo mismo que la prenda de cosa ajena es inoponible al dueño o tercero absoluto que no consintió en la pignoración (art. 2390).

⁵⁴⁹ Corte Suprema, 27 de abril de 1976, en *Fallos del Mes*, N° 209, p. 37.
⁵⁵⁰ Muchas otras normas legales se relacionan con la hipótesis de venta y tradición de cosa ajena. V. gr., los artículos 683 y 1837 y siguientes del Código Civil.

El primero dice que la tradición da al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el vendedor-tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Los otros artículos regulan el saneamiento de la evicción: si el comprador es demandado por el verdadero dueño, debe citar de evicción a su vendedor, para que judicialmente comparezca a defenderlo. Si gana el pleito el actor, entonces el vendedor de la cosa ajena debe indemnizarle al comprador los daños derivados de la evicción o pérdida del todo o parte de la cosa por sentencia judicial.

Estas inoponibilidades de contratos al dueño de la cosa, por ausencia de su consentimiento, ceden en beneficio de un tercero absoluto o *penitus extranei*. Este es el carácter, en efecto, del verdadero dueño de la cosa, en los casos de contratos de compraventa, arrendamiento o prenda sobre bienes ajenos.

Otras interesantes situaciones de inoponibilidad por no concurrencia se encuentran contempladas, en materia de mandato, en los artículos 2160 y 2136 del Código Civil. Son inoponibles al mandante los actos celebrados por el mandatario que excedan los límites del poder de este último; salvo que el mandante después ratifique o valide *a posteriori* dichos actos. Son inoponibles al mandante los actos celebrados por el delegado o submandatario, si el mandante no había autorizado al mandatario para delegar, ni ratifica lo obrado.⁵⁵¹ En la partición de bienes pueden presentarse casos de inoponibilidad, por falta de concurrencia de algún indivisario.

d) *Inoponibilidades derivadas de nulidades u otras causales de ineffectia de los actos jurídicos*

d.l.) La nulidad absoluta o relativa de un acto jurídico, judicialmente declarada, confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aunque éstos se hallen de buena fe. Así resulta del artículo 1689 del Código Civil.

Hay, empero, varias excepciones a esta regla, todas las cuales constituyen, por lo mismo, casos en que la nulidad civil es inoponible a terceros. Entre estos casos puede mencionarse el contemplado en el artículo 1895 del Código Civil: si se rescinde por lesión enorme la compraventa de un inmueble, el vendedor que obtiene en el juicio de nulidad no puede oponer la rescisión a los terceros en cuyo beneficio el comprador-demandado había constituido una hipoteca u otro derecho real. El caso tal vez más importante es el del tercero que adquiere por usucapción: contra él no existe acción reivindicatoria en virtud de la declaración de nulidad del acto jurídico que había celebrado el

⁵⁵¹ Esto último no ocurre en el ámbito del mandato judicial. Pues el art. 7° inciso 1.º *in fine*, el Código de Procedimiento Civil, contempla entre las facultades ordinarias de los procuradores judiciales, salvo prohibición expresa, la de delegar el mandato.

causante del tercero. Por ejemplo, si A vende y transfiere un inmueble a B, y luego B lo enajena a C, pudiendo este último acreditar que ya es dueño por prescripción adquisitiva, la nulidad del contrato entre A y B es inoponible a C; la acción reivindicatoria contra C, de quien logra que se acoja la demanda del juicio entre A y B, se extinguió por prescripción.⁵⁵²

Por otra parte, en conformidad al artículo 2058 del Código Civil, la nulidad del contrato de sociedad es inoponible por los socios de la sociedad de hecho, como excepción, en los pleitos que les entablen terceros de buena fe.

d.2) En el Derecho de Familia, la nulidad del matrimonio es inoponible a los hijos legítimos relativamente a su filiación (artículo 51 inciso final de la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, Diario Oficial de 17 de mayo de 2004, la cual derogó el ex artículo 122 del C. Civil).

d.3) Al igual que en materia de nulidad, también la resolución de los actos jurídicos por regla general opera con efecto retroactivo. Pero la resolución judicialmente declarada es inoponible contra terceros de buena fe. La materia se halla regulada por los interesantísimos artículos 1490 y 1491 del Código Civil.

d.4) En materia de contratos de donación, el artículo 1432 del Código establece que normalmente, salvo que concurren los supuestos que indica, la resolución, la rescisión y la revocación son inoponibles en contra de terceros poseedores de los bienes donados.

e) *Inoponibilidades derivadas de las quiebras*

En el caso de quiebra de cualquier deudor, al margen de cual fuese su actividad, la Ley N° 18.175 declara inoponibles a los

⁵⁵² Suélese añadir entre las excepciones al efecto retroactivo de la nulidad frente a terceros, la hipótesis del art. 94, regla 4ª del Código Civil. Pero aquí no hay, propiamente, nulidad civil de un acto jurídico, sino que caducidad o ineficacia de la resolución judicial que había concedido la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Ello, en razón de la reaparición del muerto presunto. En todo caso, éste recupera los bienes en el estado en que se encuentren, sin que él pueda oponer la "rescisión" del decreto de posesión definitiva a los terceros en cuyo favor se había enajenado bienes o constituido derechos reales desmembrados del dominio, como una hipoteca o un usufructo.

acreedores una serie de contratos celebrados por el fallido, sin que sea preciso probar mala fe o fraude como en la acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil. Así, son inoponibles a los acreedores todos los actos y contratos celebrados o ejecutados después de dictada la sentencia que declara la quiebra (art. 72). También les son inoponibles todos los actos y contratos a *título gratuito* celebrados o ejecutados por el deudor fallido desde diez días antes de la cesación de pagos⁵⁵³ hasta el día de la quiebra (art. 74). En cuanto a los contratos a *título oneroso*, se observará lo prevenido en el artículo 2468 del Código Civil (art. 75), o sea, que se aplican los criterios restrictivos de la acción pauliana, que presuponen para el acreedor demandante la difícil prueba de la mala fe, tanto del deudor cuanto del cocontratante del deudor.

Tratándose de la quiebra del deudor comerciante, industrial, o del deudor que ejercía una actividad minera o agrícola, el artículo 76 de la Ley N° 18.175 declara inoponibles a los acreedores, y por lo tanto ineficaces, los siguientes actos y contratos celebrados por el fallido desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la quiebra:

"1. Todo pago anticipado, sea de deuda civil o comercial, y sea cual fuere la manera en que se verifique. Se entiende que el fallido anticipa también el pago cuando descuenta efectos de comercio o facturas a su cargo, y cuando lo verifica renunciando al plazo estipulado a su favor;

2. Todo pago de deuda vencida que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero; y

3. Toda hipoteca, prenda o anticresis constituida sobre bienes del fallido para asegurar obligaciones anteriormente contraídas".

⁵⁵³ O desde ciento veinte días antes de la cesación de pagos, si el contrato lo celebró el fallido en beneficio de un descendiente, ascendiente o colateral dentro del cuarto grado, aunque se hubiese procedido mediante interposición de la persona de un tercero. En cuanto a la *fecha de la cesación de pagos*, es fijada por el juzgado de la quiebra según los antecedentes del caso, pudiendo preceder a la fecha de la quiebra hasta en un máximo de un año (arts. 61 al 63 de la Ley N° 18.175).

f) *Inoponibilidades por simulación*

En los casos de contratos simulados, las partes no pueden oponer el acto secreto u oculto a terceros.

Los terceros pueden optar, vale decir que pueden prevalecerse del acto ostensible, externo o aparente; o bien del acto secreto. En este último caso tienen que probar la existencia del acto oculto ejerciendo la acción de simulación.

Las circunstancias de que la simulación origine una causal o motivo de inoponibilidad y de que altere la normal fisonomía de los contratos, llevan a que le dediquemos a esta institución el número 59 que sigue, aunque es claro que la simulación no es exclusiva de los contratos, pudiendo también encontrarse en actos jurídicos unilaterales y en convenciones no contractuales.⁵⁵⁴

g) *Inoponibilidades por fraude*

Véase Ramón Domínguez Águila, *Fraus Omnia Corrupta*,⁵⁵⁵ y Daniel Peñailillo Arévalo.^{555 bis}

59. LA SIMULACIÓN DE LOS CONTRATOS

59.1. FRECUENCIA DE LA SIMULACIÓN.

SIMULACIÓN LÍCITA E ILÍCITA; ABSOLUTA, RELATIVA Y MEDIANTE INTERPOSICIÓN DE PERSONA

La obra maestra en materia de simulación es el libro del catedrático de la Universidad de Pisa Francesco Ferrara,^{555 ter} que ha servido de guía a la gran mayoría de los autores que se han ocu-

⁵⁵⁴ Sobre la inoponibilidad y sus causales, cfr. Carlos Ducci Claro, ob. cit. en nota 356, N^{os} 379 a 383 y N^o 392.

⁵⁵⁵ En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N^o 189, 1991, pp. 7 a 34. También en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N^o 3, 1992, Primera Parte, pp. 76 y s. ^{555 bis} "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores". En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1983, pp. 145 y ss. También en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N^o 1, 1983, Primera Parte.

^{555 ter} *La Simulación en los Negocios Jurídicos*, traducción de la quinta edición italiana, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931. Reimpresión 1960, 462 páginas. En el Derecho francés destaca el libro de Michel Dagot, *La Simulation en Droit Privé*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1965, 382 páginas.

pado del tema. En Chile, entre los estudios sobre la simulación, destacan los trabajos de Raúl Diez Duarte, de Ramón Meza Barros, de Enrique Paillas, de Daniel Peñailillo Arévalo, y de Hugo Rosende Álvarez.⁵⁵⁶

La simulación descansa en la falta de sinceridad de las partes, quienes emiten una declaración de voluntad que no corresponde a la realidad. Detrás del acto jurídico ostensible, que aparece a la vista, se oculta el acto verdadero o secreto. Existe conflicto entre la voluntad declarada y la voluntad real o efectiva.

Hay simulación cuando los efectos de un acto aparente o simulado son modificados o completamente suprimidos por otro acto destinado a permanecer en secreto. El Código Civil chileno no legisla armónicamente sobre la simulación, a pesar de que ella es un fenómeno harto frecuente. La doctrina y la jurisprudencia nacionales han ido construyendo el estatuto jurídico no penal de la simulación, básicamente a partir del inciso primero del artículo 1707: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros".

Otros Códigos Civiles, en cambio, reglamentan en detalle la institución. Entre ellos, los de nuestros vecinos argentinos y peruanos.

El *Código Civil argentino* se refiere a la simulación en los artículos 955 a 960, algunos modificados por la Ley N^o 17.711, de 1968:

"955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

⁵⁵⁶ Sobre la base de su Memoria de Prueba, defendida en 1944 en la Universidad de Chile, Raúl Diez Duarte es autor del libro *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense*, Imprenta Chile, 1957, prólogo de Eduardo Novoa Monreal. (Nuevas ediciones posteriores.) La aportación de Ramón Meza Barros, titulada *La simulación en los negocios jurídicos*, se contiene en el libro *Estudios de Derecho Civil en Memoria del Profesor Víctor Pescio*, Edeval, Valparaíso, 1976, pp. 265 a 324. La contribución de Enrique Paillas se intitula: *La Simulación. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1981. El trabajo del profesor Peñailillo, *Cuestiones Teórico-prácticas de la Simulación*, está publicado en la *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N^o 191, enero-junio 1992, pp. 7 y s. El artículo del profesor Rosende, "La simulación y la jurisprudencia", está publicado en la *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N^o 11, enero de 2005, pp. 53 y ss.

956. La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

957. La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

958. Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero.

959. Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

960. Si hubiere sobre la simulación un contra-documento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiere sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

Sólo podrá prescindirse del contra-documento para admitir la acción si median circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación⁹⁵⁶.

El nuevo *Código peruano de 1984* dispone, en el Título VI, del Libro II, artículos 190 a 194:

"190. Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

191. Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto oculto, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma, y no perjudique el derecho de tercero.

192. La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

193. La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.

194. La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente".

Como dice el profesor Meza Barros: "La simulación es un fenómeno de todos los tiempos. Siempre han existido personas que, prevaleciéndose de una ficción, han pretendido inducir a engaño a sus semejantes. Pero no parece dudoso que la creciente complejidad de la vida social y económica de la era contemporánea determina una extraordinaria proliferación de los negocios simulados, a la vez que multiplica las formas de la ficción.

El propósito de impedir que ciertos bienes pasen a determinadas personas, en razón de un desafecto que se intenta pro-

longar más allá de la tumba, a menudo da motivo para la celebración de actos simulados.

Será otras veces un sentimiento inverso, el deseo de amparar a ciertas personas, ante el temor de dejarlas en la indigencia y el desamparo, el motivo que induzca a transferirles bienes simuladamente.

Las guerras que han ensangrentado el mundo —y prosiguen ensangrentándolo— mueven a la celebración de contratos simulados, en un intento de los vencidos de ponerse a cubierto del despojo por sus vencedores. *Vae victis*, decían los romanos.

Y lo propio cabe decir de las persecuciones políticas, cuyas consecuencias se hacen extensivas a las personas y también a los patrimonios de las víctimas de tales persecuciones. El temor a las confiscaciones, que acarrea la miseria de los desposeídos, será frecuentemente la causa de la celebración de negocios simulados, encaminados a evitar o paliar sus consecuencias.

El creciente aumento de los impuestos aguza el ingenio de los que intentan burlarlos o temperar su excesivo rigor, y será frecuentemente la simulación el medio que se reputa idóneo para eludirlos o reducir sus efectos.

La cada vez más amplia injerencia del Estado en la vida económica, que se traduce en limitaciones o cortapisas a la actividad de las personas, crea un vasto campo para la celebración de negocios simulados, tendientes a sortear las limitaciones o prohibiciones legales.

Es, pues, la simulación en los negocios jurídicos un asunto de muy actual y creciente interés⁹⁵⁷.

La simulación no siempre es reprobada por el Derecho. Incluso más, existen otras instituciones que, como la simulación, también descansan en la insinceridad, y que no obstante reciben tutela, amparo o protección del ordenamiento jurídico. Es el caso del *mandato sin representación*, que le permite al mandatario ocultar tal carácter a la persona con quien contrata. El mandatario actúa a nombre propio, como si no hubiese mandato. Pero éste existe, y después el mandatario deberá transferir a su mandante los efectos derivados del contrato celebrado con di-

⁹⁵⁶ Ob. cit. en nota 470, pp. 265 y 266.

cha persona (artículo 2151 del Código Civil). Otro ejemplo es el del contrato de *asociación o cuentas en participación*, en que uno solo de los asociados, el gestor, a nombre propio celebra actos y contratos con terceros, ocultándoles la existencia del contrato de asociación, en cuya virtud el gestor comparte con sus asociados secretos las ganancias o las pérdidas de las operaciones realizadas (artículos 507 a 511 del Código de Comercio).

La *simulación ilícita* es únicamente la que tiene por preciso objeto burlar a los terceros, v. gr., a un acreedor, a un legitimario en el plano del Derecho Sucesorio, o al Fisco. La simulación ilícita, fuera de sus efectos civiles, en sede criminal está tipificada como delito por el artículo 471 N° 2 del Código Penal.⁵⁵⁸

La *simulación lícita* puede estar inspirada en muy heterogéneas razones. El donante que por modestia no quiere aparecer ante el donatario y ante terceros como el autor de la liberalidad, o el acreedor pusilánime que desea soslayar su carácter de ejecutante o cobrador del amigo, recurren a una persona interpuesta, a un "palo blanco", para celebrar el contrato de donación o para demandar judicialmente el pago de la deuda. Con fines de ostentación, se puede simular un gran regalo o inflarse artificialmente una fortuna. "No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Y esto no sólo en la simulación relativa, sino también en la absoluta. Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitaciones, o un fin de vanidad o de réclame, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de los terceros. Así, uno, para sustraerse a las insistencias y amenazas de un aspirante a su herencia, enajena fingidamente sus bienes a un amigo y se reduce a la condición del que no tiene nada. Un industrial, para hacer que se aprecie en Italia la bondad real

⁵⁵⁸ Según sentencia de 1°-6-1972 de la Corte Suprema (considerando 3°), el *delito de otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado* es una figura penal propia de nuestro Código Punitivo. No se contemplan en su establecimiento únicamente elementos civiles, y así los hechos que configuran la simulación pueden perfectamente ser acreditados dentro del juicio criminal por los medios de prueba que la ley contempla para tal juicio (*Fallos del Mes*, N° 165, p. 196).

de sus productos, finge la venta de grandes partidas a importantes casas extranjeras, etc. La simulación en sí, podría decirse que es *incolora* y se califica según los fines de los que la emplean".⁵⁵⁹

Por eso es que la jurisprudencia chilena ha establecido que la simulación, no mediando perjuicio de tercero, es perfectamente lícita; y que para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, hay que prescindir del acto simulado y atenerse al acto real, considerando la prueba rendida.⁵⁶⁰

Existen tres grados o categorías de simulación:

a) *Simulación absoluta*

El acto ostensible no oculta realidad alguna. Tras el acto simulado existe la no contratación. Ejemplo estereotipado es el del deudor que ante la amenaza de ver sus bienes raíces perseguidos por sus acreedores y embargados judicialmente, simula enajenarlos a un tercero. Se extiende la escritura pública de venta, y luego se inscribe en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces a nombre del tercero, o sea, a nombre del testaferro u "hombre de paja". Además puede otorgarse una escritura privada o resguardo, en la que se deja constancia de la verdad: de que no se celebró venta ni acto jurídico alguno.⁵⁶¹

b) *Simulación relativa*

Se celebra un acto jurídico real, pero las partes lo disfrazan o simulan bajo una apariencia distinta. Ora alterando la naturaleza jurídica del contrato, por ejemplo, aparentando una compraventa, cuando en verdad existe donación,⁵⁶²⁻⁵⁶³ ora modificando una

⁵⁵⁹ Francisco Ferrara, ob. cit. en nota 555, reimpresión 1960, pp. 47 y 48.

⁵⁶⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 junio 1935. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 33, sec. 2ª, p. 17 y nota de Francisco Carrera.

⁵⁶¹ Sobre un caso de simulación absoluta declarada por los tribunales del fondo, y la casación en la forma por la Corte Suprema del fallo de segunda instancia, pues en las demandas se había invocado simulación relativa, lo que implicó el vicio de ultra petita, ver: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 46, sección 1, p. 737.

⁵⁶² Diversas razones podrían explicar (aunque no justificar, pues la simulación es ilícita) que se finja una compraventa, cuando la realidad de las cosas es una donación. V. gr.: evitar la diligencia *ad solennitatem* de la aprobación judicial previa de la donación, denominada *insinuación*, pues se teme que el tribunal rechace la donación proyectada, por ser excesiva en relación a la fuerza del patri-

o más cláusulas, por ejemplo, indicando en la escritura un precio de venta inferior al efectivo.

c) *Simulación por interposición de persona*

A fin de burlar las incapacidades y las prohibiciones legales, v. gr., las que establecen los artículos 966, 1796 y siguientes, 2144 del Código Civil, se utiliza un intermediario o testafierro, quien, con su intervención consciente y deliberada, permite la burla o el fraude a la ley. Por ejemplo, el legislador prohíbe la compra-venta entre cónyuges no divorciados a perpetuidad; como el marido no puede venderle el bien del cual se trate a su mujer, simula que él se lo vende a un tercero y más tarde éste lo enajena a la cónyuge.

En un interesante fallo, concerniente a la hipótesis del art. 2144, la Corte Suprema ha establecido que para que exista interposición de personas no es suficiente comprobar la sucesión de dos actos jurídicos, sino que además precisase que haya existido la intención de que la persona que participa en los dos contratos sea un mero intermediario, quien presta su nombre, premeditadamente, a fin de que se concluya la relación jurídica prohibida por la ley.⁵⁶⁴

monio del posible donante (arts. 1401 del C. Civil; 889 y 890 del CPC). Evitar que los herederos del donante, una vez fallecido éste, cuestionen la donación, exigiendo la formación de los acervos imaginarios y entablando, en su caso, la acción de inoficiosa donación, con lo cual quedaría sin efecto la donación y frustrado el propósito de un contratante de favorecer al otro. En lugar de donarse con este riesgo o peligro, simúlase vender. Esta simulación relativa es ilícita, pues se concluye en fraude de los herederos forzosos. Evitar el pago de impuestos, pues, a través de múltiples reformas a las leyes tributarias, se comprueba que en distintos momentos el impuesto a las donaciones ha sido más alto que el impuesto de transferencia de un bien raíz, en razón de compraventa u otro título oneroso.

⁵⁶³ Sobre un caso de simulación relativa, en que se aparentó una compraventa de trigo cuando en realidad la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de mutuo de dinero con intereses, cfr. el fallo de la Corte de Temuco, de 7 de diciembre de 1955, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sección 2ª, p. 60.

⁵⁶⁴ Sentencia de 29 de noviembre de 1929, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 27, sección 1, p. 656 y nota de Gonzalo Barriga E.

59.2. EFECTOS Y PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Para estudiar los efectos y la prueba de la simulación, en países como el nuestro es fundamental distinguir lo que acontece entre las partes de lo que acontece respecto a terceros.⁵⁶⁵ Pero no es igual en todas las legislaciones. En la República Federal Alemana, a la luz del artículo 117 del B.G.B., el acto aparente u ostensible *es nulo*, lo mismo entre las partes contratantes que frente a los terceros; o sea, que se confiere validez *erga omnes* al acto secreto u oculto.⁵⁶⁶

a) *Efectos de la simulación entre las partes*

En nuestro sistema jurídico de corte subjetivista, respetuoso de la voluntad interna de los contratantes, resulta lógica la regla según la cual entre las partes prevalece el acto secreto y no el aparente. Tal es el efecto directo de la simulación entre las partes, una vez que ella es probada. La inexistencia o ineficacia entre las partes del acto externo, aparente, ostensible o simulado, se ha colegido de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 1707 del Código Civil. Pues si esta norma declara que las escrituras privadas o contraescrituras hechas por los contratantes para alterar lo pactado *no producen efectos contra terceros*, significa que sí son válidas y eficaces entre las partes.

Probada la simulación, se desconoce o esfuma el acto que aparecía a la vista, queda sin valor o descartado el acto ostensible. ¿Y qué ocurre con el acto secreto o real, que ahora se ha puesto de manifiesto? No existe una respuesta unitaria. Dependerá de las circunstancias. El criterio es que el acto jurídico, que se ha descubierto mediante la acción de simulación, hay que aplicarle las reglas generales.

⁵⁶⁵ Lo mismo ocurre en Francia y en la mayoría de las naciones.

⁵⁶⁶ El párrafo 117 del BGB es más que sorprendente. Consagra una solución que puede ser perjudicial para los terceros, inspirada en un respeto estricto a la voluntad subjetiva interna de las partes contratantes. Esto es una contradicción del Código Civil, celebre por el triunfo de la *Erklärungslehre* sobre las *Willenslehre*, por el predominio de la voluntad declarada respecto a la voluntad subjetiva de las partes, por el afán de proteger a los terceros de buena fe. Estos parámetros habrían tenido que llevar a dar primacía al acto aparente y no al secreto, respecto a los terceros.

La acción de simulación no es una acción de nulidad, sino que una acción de certeza, meramente declarativa, sólo destinada a conseguir 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 distinto.

Pero nada impide, de acuerdo al artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que en el mismo juicio ordinario además se ejerza otra acción, destinada a obtener una condena, consecuencial y derivada de la simulación, por ejemplo, una acción de nulidad del acto secreto o de revocación o de rebaja del precio excesivo, etc.⁵⁶⁷ Esta última acción, si no se entabla en el mismo pleito en que se tramita la declaración de simulación, podrá después ser materia de otro juicio diverso, en el entendido que no se haya extinguido por la prescripción.

Demostrada la simulación absoluta, nuestros tribunales han resuelto que existe nulidad absoluta por falta de consentimiento de las partes. En verdad, la simulación absoluta es la nada. Desaparece el acto aparente, que encubría un acto secreto de no contratación. Todo queda igual que antes de celebrado el acto jurídico ostensible. La genuina sanción civil de la simulación absoluta debería ser, al menos entre las partes, la inexistencia jurídica de toda la operación.

Demostrada la simulación relativa o la interposición de personas y habiendo quedado a la vista el acto secreto, por aplicación de las reglas generales de forma y fondo de los actos jurídicos, él puede tener variados destinos, según el caso concreto al cual nos enfrentemos. Si se descubre que el acto secreto era una donación (y no una compraventa, como se había aparentado) destinada a perjudicar a los acreedores, éstos podrán pedir que sea revocada, ejerciendo la acción pauliana, siendo suficiente para que prospere que el actor pruebe la mala fe del deudor, ya que el art. 2468 N° 2 del Código Civil dispensa acreditar la mala fe del adquirente. Si se descubre que el acto real era una donación de un inmueble (y no una compraventa) destinada a beneficiar a un hijo mayor, en detrimento de los derechos hereditarios de

⁵⁶⁷ Sobre los presupuestos de admisibilidad o requisitos de la acción de simulación, cfr. la sentencia de la Corte Suprema citada en la nota 561.

los restantes hijos, éstos podrán exigir, fallecido el padre, que la donación se acumule imaginariamente al acervo partible y que le sea imputada al donatario, al momento de pagarse su legítima, de acuerdo a los artículos 1185 y 1198 del Código Civil. Si se descubre que a través de una interposición de personas pretendiéndose burlar una incapacidad o una prohibición legal, el acto secreto será absolutamente nulo, pues existe objeto ilícito en los contratos prohibidos por la ley. Si queda a la vista que el acto real era un mutuo o préstamo de dinero (y no una compraventa), en el cual se habían pactado intereses desmesurados, la sanción será la rebaja de los intereses y no la nulidad relativa, pues la lesión enorme en este caso, de conformidad al artículo 2206 del mismo Código, no acarrea la rescisión.⁵⁶⁸ Pero si una vez desvanecido el acto aparente, el acto secreto no adolece de vicios, ni se ha otorgado en perjuicio de terceros, producirá plenos efectos civiles, pues estaremos frente a un acto válido.

b) Efectos de la simulación respecto de terceros

Por terceros se entienden aquí los *terceros relativos*, vale decir, los causahabientes o sucesores de las partes, a título universal o singular, por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y también los acreedores suyos.

La regla es que *el acto secreto*, que se descubre mediante la acción de simulación, *es inoponible a los terceros relativos*. Así resulta de nuestro artículo 1707-1: "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública *no producirán efecto contra terceros*", tomado del artículo 1321 del Código Napoleón, que con mayor amplitud y exactitud señala: "las contraescrituras sólo pueden tener efecto entre las partes contratantes; pero jamás tienen efecto contra terceros".⁵⁶⁹

Si bien las partes no pueden oponerle a los terceros el acto secreto, en cambio, estos últimos sí que están autorizados para

⁵⁶⁸ Sobre esta última hipótesis, cfr. la sentencia de la Corte de Temuco citada en la nota 563.

⁵⁶⁹ Nótese que el artículo 1707 chileno contempla dos causales de inoponibilidad. El inciso primero establece una inoponibilidad por simulación y el inciso segundo una inoponibilidad por incumplimiento de la formalidad de publicidad que el mismo precepto establece.

invocarlo, a condición que puedan probarlo. Los terceros contra quienes se urdió la maquinación (por ejemplo, el Fisco, acreedor de los mayores tributos que devenga el acto real) tienen interés en valerse del acto secreto para lograr que se apliquen las normas que las partes quisieron violar o soslayar mediante la simulación. Mas otros terceros, los que actuaron en vista de la apariencia generada por el acto ficticio u ostensible, preferirán servirse de este acto y no del secreto. Por eso que, en verdad, la simulación confiere a los terceros un *derecho de opción*, para que invoquen, según fuere su interés concreto, el acto aparente o el acto oculto.

Bien puede ocurrir que haya *conflicto entre terceros*: uno desea prevalecer del acto aparente y otro del acto secreto. Por ejemplo, Pedro finge vender su inmueble a Juan, para evitar que sea embargado por su acreedor y judicialmente subastado. Después de inscrita la cosa en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de Juan, éste traiciona la "confianza" que en él tuvo Pedro, y amparándose en su aparente calidad de comprador y poseedor inscrito, a su turno enajena el inmueble a María. Hay aquí dos terceros con intereses divergentes. Por un lado el acreedor de Pedro, supongamos un Banco que logra acreditar la simulación absoluta y, consecuentemente, quiere embargar el inmueble en el patrimonio de Pedro para hacerse pago de su crédito. Por el otro, María, quien amparándose en el acto ostensible, la compra entre Pedro y Juan, se resiste a restituir el inmueble. El problema no está resuelto en el Código Civil, existiendo una laguna legal. Pero hay consenso entre los autores en el sentido de que debe ser preferido el tercero que estuviere en posesión del bien, María en el ejemplo. Ello por dos razones. Pues conforme al artículo 1707, la contraescritura o resguardo con el cual se acredita la simulación *no producirá efectos contra terceros*, y si se cautela la pretensión del Banco se estaría oponiendo el acto secreto a María, lo que implicaría contravenir esta norma legal. Debe, además, preferirse a María, y no al Banco, por aplicación del adagio según el cual, en igualdad de situación, mejor es la posición jurídica del poseedor: *in pari causa melior est causa possidentis*.⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ Este adagio ha sido recogido y consagrado por el artículo 1817 del Código Civil, zanjando las desavenencias entre los compradores sucesivos de un im-

La situación de los terceros frente a un caso de otorgamiento de contrato simulado demuestra que el régimen chileno de la simulación es flexible y no rígido, pues unas veces predominará el acto secreto y otras el acto aparente.

El voluntarismo jurídico, que rinde culto a la voluntad subjetiva interna de los contratantes, habría debido conducir a posibilitar que siempre vale el acto secreto, pues sólo éste refleja la voluntad real de las partes. Una de las paradojas del Derecho Civil comparado es que en países supuestamente antivoluntaristas, como Alemania, en materia de simulación se confiere valor únicamente al acto secreto, incluso respecto a terceros.⁵⁷¹ Mientras que en otros, como Francia y Chile, que habitualmente se alinean entre los partidarios de soluciones inspiradas en la voluntad subjetiva de las partes, en este tema se acoge la doctrina de la voluntad declarada, en cuanto se permite a los terceros valerse del acto aparente, y en cuanto si hay conflicto entre terceros predomina el interés de quien invoca el acto externo.

c) Prueba de la simulación

Entre las partes, la forma ordinaria de acreditar la simulación es mediante la exhibición del documento denominado *resguardo* o contraescritura, en el cual se dejó constancia de la verdadera intención de las partes contratantes. No es posible probar la simulación acudiendo sólo a la testifical, ya que son aplicables entre las partes los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, que limitan la admisibilidad de la prueba de testigos. Pero podría excepcionalmente recurrirse a la testimonial, si hubiese un principio de prueba por escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1711 del mismo Código. También podría, al menos teóricamente, probarse la simulación mediante la confesión o absolución de posiciones. Y, sobre todo, mediante presunciones judiciales.

Respecto a los terceros, que persiguen poner de manifiesto la simulación, ésta puede acreditarse por todos los medios de prue-

no bien: "Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro..."

⁵⁷¹ Véase *supra*, nota 566.

ba, sin que se apliquen las limitaciones legales a la admisibilidad de la testifical. Así se ha fallado reiteradamente por la Corte Suprema.⁵⁷² Pero, en realidad, la reina de las pruebas en materia de simulación, para los terceros, es la prueba de *presunciones judiciales*. Como expresa Francesco Ferrara, "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 confesión 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 de los propios contratantes, pues si éstos realizaron la simulación para engañar a todos, no han de ser tan ingenuos que declaren su engaño... 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. Verdaderamente eficaz, y de resultado, sólo tenemos la *prueba de presunciones*, que es el auxilio a que normalmente acuden los terceros al impugnar la simulación. La simulación, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se sustrae 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 el mismo terreno."⁵⁷³

⁵⁷² Véanse, por ejemplo, sentencias de 24 de agosto 1918 y de 30 de junio 1923, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 17, sección 1ª, p. 279, y tomo 24, sección 1ª, p. 272, respectivamente.

⁵⁷³ Ob. cit. en nota 555, reimpresión de 1960, pp. 383 y 384.