

LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS: CONSIDERACIONES CIVILES Y PENALES

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

A través de estas notas nos proponemos reseñar los principales aspectos que se vinculan con la eficacia de la simulación respecto de terceros; fundamentalmente en aquellos puntos que, además de carecer de una expresa solución legislativa, a nuestro juicio no han sido suficientemente abordados por la doctrina nacional.

En especial, nos ocuparemos de profundizar en relación con el conflicto de interés que se presenta cuando existen, a un mismo tiempo, terceros interesados en impugnar la simulación, *v. gr.* los acreedores de una parte, y otros que pretenden asilarse en ella en razón de haber adquirido un derecho que tiene su antecedente en la misma.

De otro lado, y a fin de contar con una visión de conjunto acerca del tema, en una segunda parte trataremos sucintamente algunos aspectos del ámbito penal, con especial énfasis en los criterios jurisprudenciales que se han ido asentando en esta materia.

CONSIDERACIONES CIVILES

Dentro de la teoría general del acto jurídico, e independientemente de las precisiones que pudieran formularse respecto del enfoque tradicional de la materia, comúnmente se enseña que los desacuerdos entre voluntad real y declarada pueden originarse en dos situaciones diversas; bien sea porque el sujeto que emite su declaración tiene su consentimiento viciado en razón de error, fuerza o dolo, o ya sea debido a que tal disconformidad ha sido deliberadamente querida y buscada por el autor del acto o las partes de la convención¹. En este último caso, y si se trata de un acto bilateral, nos hallamos en el campo de la simulación, la cual, siguiendo a Ferrara, entendemos como "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo"^{2, 3}.

¹ VIAL del R., Víctor, "*Teoría General del Acto Jurídico*", Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed., 1991, pg. 101.

² FERRARA, Francisco, "*La Simulación de los Negocios Jurídicos*", Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1926, pg. 74.

³ Nuestros tribunales han acogido expresamente la antedicha definición, precisando los requisitos de esta institución, a saber: "(a) disconformidad entre la voluntad interna y su declaración; (b) disconformidad deliberada y consciente; (c) concierto entre partes, y (d) intención de engañar a terceros." Consíd. N° 60 del fallo recaído en la causa "*Meneses, Cristina y otras con Meneses, Carlos y Emilio*", C. de Santiago, 11 de septiembre de 1958.

Las hipótesis más usuales de este instituto plantean, entre otros, dos aspectos de singular importancia práctica, a saber: (i) los efectos que se siguen de este conflicto de "voluntades" en lo tocante a las relaciones entre las partes y terceros a quienes puede afectar la simulación, y (ii) las consecuencias que se siguen, no ya para las partes, sino que respecto de aquellos que, siendo también terceros relativos, tienen, no obstante, intereses diversos entre sí en lo que atañe a la prevalencia de una u otra voluntad⁴.

Tanto las conclusiones a que se pueda arribar en este ámbito, como la mayor o menor extensión de las mismas, dependerán, a su vez, y entre otras consideraciones, de si estamos en presencia de una simulación *lícita* o *ilícita*.

Conforme lo señala la unanimidad de la doctrina, como también la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, si bien es cierto toda simulación, por el hecho de ser tal, persigue engañar a terceros, ello no la transforma necesariamente en ilícita o ilegítima, ya que las partes pueden obligarse como quieren y, en tal sentido, realizar en secreto aquello que también les sería permitido realizar públicamente⁵. En esta línea, Josseland⁶ advierte que el móvil que se persiga será decisivo para calificar el acto, pues habrá mentiras jurídicas condenables y a veces criminales, otras que serán solo pecados veniales y algunas, por último, indiferentes a la moral y aun motivadas por exceso de delicadeza o de escrúpulos de conciencia⁷.

En concordancia con lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico no solo tolera esta figura, sino que le reconoce expresamente validez y eficacia para la generalidad de los casos, y no únicamente entre las partes, sino que también, según diremos más tarde, tratándose de terceros que quieran prevalecerse de la voluntad real o verdadera de los contratantes.

En este sentido, se ha fallado que "la simulación, no mediando perjuicio de terceros, es perfectamente lícita en nuestro Derecho, y así vemos que el artículo 1707 del Código Civil da valor entre las partes a las escrituras privadas, hechas para alterar lo pactado en una escritura pública"⁸, y que "bien pueden las partes comparecientes en un instrumento público, compenetradas del alcance de sus palabras, convenir en cláusulas que no correspondan a la realidad, sin afectar con ello la validez del instrumento"⁹.

No obstante lo anterior, es menester consignar que, aun no habiendo un efectivo perjuicio para terceros, existen determinadas figuras de simulación que, *a priori*, no son aceptadas por la ley en razón de tratarse de mecanismos destinados a burlar una incapacidad legal o infringir una norma prohibitiva, v. gr. artículos 966, 1314 y 2144¹⁰.

⁴ Advertimos que no se examinará aquí la situación —no reglamentada explícitamente en nuestro Código Civil— que se produce cuando una de las partes, por negligencia o dolo, exterioriza una voluntad que no coincide con su real intención, declaración esta que la otra parte cree que efectivamente es el reflejo de su querer interno. En tales hipótesis, Ferrara (quien constata igual omisión a la nuestra en la ley italiana) no duda en proteger la buena fe del destinatario de la declaración, haciendo padecer al declarante todos los efectos que se habrán derivado de su dolo o negligencia. Vial, *op. cit.*, pg. 104.

⁵ COLIN y CAPTANT, citados por Díez D., Raúl, "*Contrato Simulado. Estructura Civil y Penal. Teoría Jurídica y Práctica Forense*," Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, pg. 23. No obstante nuestra grave discrepancia con diversas posiciones que sustentan este autor, recomendamos vivamente la lectura de esta obra, tal vez la más completa que se ha publicado en nuestro medio respecto de la materia.

⁶ Citado por Avelino León H., *op. cit.*, pg. 177.

⁷ Algunos ejemplos de simulación lícita podrían ser los siguientes: (a) El caso del padre de cuaniosa fortuna que con la finalidad de estimular a su hijo al trabajo o al estudio, finge la pérdida de su dinero y transfiere sus bienes a un tercero simuladamente. (b) El caso del individuo que para eludir solicitudes (pedidos de dinero, fianzas, etc.) se constituye en insolvente aparente. (c) Aquellos actos que se realizan con el objeto de impedir que personas con vocación hereditaria continúen mostrando falsos afectos, mientras que en el fondo de su alma esperan ansiosamente que la muerte convierta en realidad sus esperanzas. CORONEL J., César, "*La Simulación de los Actos Jurídicos*," Edit. Nomos, Bogotá, 1989.

⁸ RDJ, Tomo XXXIII, Secc. Segunda, año 1936, pg. 17, C. Valparaíso.

⁹ RDJ, Tomo LXXXVIII, Secc. I, 1991, pg. 14, C. Suprema.

¹⁰ En opinión de don Enrique Pailas, tales casos constituyen una excepción a la regla del artículo 1707 en orden a que en ellos no se autoriza a las partes para hacer prevalecer el acto disimulado. PAILAS P., Enrique, "*La Simulación: Doctrina y Jurisprudencia*," Edit. Jurídica, 2ª ed., 1984, pg. 13. No compartimos este criterio. Creemos

Como se sabe, la simulación solo será *ilícita* cuando, adicionalmente al engaño de terceros que le es consubstancial, pretenda el *perjuicio* de aquellos, en cuyo evento reviste también la naturaleza de un delito civil. En tales casos, y como lo han resuelto nuestros tribunales, "el fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado, es producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del mismo para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción"¹¹.

Pero aun en las hipótesis de simulación ilícita, creemos que más que sancionarse el engaño o la disconformidad entre voluntad y declaración, lo realmente punible y que justifica la intervención judicial es la mala fe o la intención fraudulenta que representa el hecho de ejecutar una conducta destinada a perjudicar a terceros.

Asimismo, es conveniente advertir que no por el hecho de que la simulación ocasione un perjuicio esta deviene necesariamente en ilícita. Para ser calificada de tal, se requiere que los contratantes hayan actuado "con la intención positiva de perjudicar a terceros ..." ¹², es decir, que se les pueda imputar —y desde luego acreditar— dolo. Por ello, pensamos que aun en los supuestos en que la simulación cause un daño patrimonial en otro sujeto, esta no podrá considerarse ilícita, ni constituir por tanto un delito civil, si las partes, incluso por negligencia, no se han representado como motivación de su actuar el irrogar el perjuicio.

Por otro lado, conviene destacar que el tercero que desee ejercer la acción de simulación, a más de acreditar la existencia del dolo en los contratantes, naturalmente deberá "probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar tutela jurídica."¹³, sin que constituyan motivos bastantes o suficientes para una legitimación activa, aquellos que el actor fundamente en simples especulaciones, suposiciones o conjeturas, más o menos sofisticadas o razonables, pero que no consisten en un perjuicio cierto, real y efectivo.

De igual modo, el perjuicio alegado por el actor ha de referirse a derechos existentes, o sea, es menester que se alegue la presencia de un daño actual. Los simples derechos en expectativa no pueden autorizar ni justificar el ejercicio de una acción de simulación, toda vez que carecen de existencia jurídica y, en consecuencia, no pueden servir de base a ninguna actividad judicial. Por eso, se ha fallado que no es dado a los legitimarios impugnar donaciones disimuladas de su causante durante la vida de este, ya que solo les corresponde, entretanto, una mera expectativa¹⁴.

Por último, resulta indispensable que el tercero posea un *interés legítimo*, habiéndose fallado que "es requisito necesario para ejercer la acción de simulación la existencia de un interés jurídico en el actor para que se afirme o declare la titularidad de un derecho subjetivo". De consiguiente, y sin perjuicio de lo dicho en relación con la existencia del daño como presupuesto de la acción de simulación, cabe insistir en el hecho de no ser esta una acción popular que, consecuentemente, pueda entablarse por cualquier persona, ante la sola invocación de un interés público comprometido¹⁵.

Ahora bien, retomando el análisis de los efectos de la simulación, suele enseñarse entre nosotros que la norma del artículo 1707 del Código Civil regula la situación que se produce en los eventos en que ha mediado simulación entre las partes que concurren al contrato, distinguiéndose, por un lado, los efectos que de ello se derivan para estas y, por el otro, las

que tales hipótesis no configuran excepción a los principios del artículo citado, puesto que no se trata de casos en los cuales no se reconoce valor a la contraescritura entre terceros, que es aquello en lo cual, aparentemente, podría verse una verdadera excepción al precepto; simplemente constituyen situaciones en las que se ha infringido o bien una norma prohibitiva o bien una imperativa de orden público, por lo cual procede aplicar la nulidad absoluta conforme a los artículos 10, 1466 y 1682 de nuestro Código Civil.

¹¹ RDJ, Tomo LVIII, 1961, pg. 21.

¹² RDJ, Tomo LVIII, 1961, pg. 21.

¹³ RDJ, T. LV, Nos. 5 y 6, 1958, Secc. 1ª, pg. 188, "*Dávila con Mendoza y otro*", C. de Santiago, 26 de

diciembre de 1957.

¹⁴ Hernán Cortés, citado por Díez, *op. cit.*, pg. 94.

¹⁵ RDJ, T. 55, Secc. 1ª, pg. 188 y RDJ, T. 57, Secc. 2ª, pg. 97. Díez, *op. cit.*, pg. 166.

consecuencias que resultan para los terceros que han adquirido de aquellas una determinada relación jurídica¹⁶.

En doctrina no se controvierte respecto de cuál ha de ser el interés merecedor de tutela jurídica, siendo unánime la opinión que priva de efectos a la simulación en lo que respecta a terceros. Estos no se verán afectados por una contraescritura, sino en cuanto esta tenga el carácter de pública y se haya tomado razón de su contenido, tanto al margen de la matriz cuyas disposiciones se alteran, como del traslado o copia en cuya virtud hubiere obrado¹⁷.

En cambio, entre los contratantes ha de primar su real voluntad, es decir, aquella de que da cuenta el contrato disimulado u oculto, en los supuestos de simulación relativa, o bien la circunstancia de no existir contrato alguno, si se trata de una simulación absoluta^{18, 19}.

Discrepamos de la opinión de Díez Duarte cuando expresa que la norma del artículo 1707 constituye una excepción al principio general de nuestra legislación civil, dado que, en este caso, se prescinde de la real voluntad de las partes otorgando valor únicamente a la formalmente declarada²⁰.

A nuestro juicio, el precepto que comentamos no hace excepción a nada; por la inversa, creemos que este viene a confirmar dos principios generales de nuestra legislación. Por una parte, y en armonía con el artículo 1560, se reconoce que en lo tocante a los contratantes prevalece su voluntad real antes que la expresada y, por la otra, que ante terceros, por exigirlo así la necesaria protección de la buena fe, en caso de conflicto corresponde otorgar eficacia al acto aparente u ostensible. Como se advertirá, esta diferencia de criterios no se reduce a una mera disquisición académica, pues adoptar una u otra posición, se traduce, por ejemplo, en el hecho de rechazar o admitir la aplicación analógica de esta disposición.

A continuación exponremos algunos ejemplos que nos permitirán, de una parte, analizar la concreción de estos principios en el terreno práctico y, de la otra, comentar algunos aspectos de la materia aún no abordados en estas notas:

1. "Primus" es deudor de "Tercius", contando en su patrimonio con un único bien —su casa habitación—, que se verá expuesta a un seguro embargo en el proceso de ejecución que imagina podrá afectarle en el futuro. Con la finalidad de sustraer dicho bien del derecho

¹⁶ El citado artículo 1707 previene que: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros."

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero."

El artículo 1321 del Código Civil francés, establece que: "Las contraescrituras no pueden surtir efecto sino entre las partes contratantes; no producen efectos contra terceros."

¹⁷ En la jurisprudencia y en la doctrina francesas se ha discutido si basta la transcripción de la contraescritura a fin de que esta tenga eficacia y pueda oponerse a terceros. Ello debido a que el Código Napoleón, a diferencia del nuestro, no exige, para los efectos de que las contraescrituras produzcan efectos respecto de terceros, la toma de razón de su contenido al margen de la matriz y del traslado en cuya virtud obró el tercero.

¹⁸ Disentimos de la opinión de Vial, quien al definir la *acción de simulación*, la entiende como "aquella que es ejercida por los terceros a quienes la simulación perjudica, con el objeto de que el juez declare cuál ha sido la voluntad de las partes". De este modo, parecería que este autor restringe su titularidad a los terceros, excluyendo de la posibilidad de ejercerla a los propios contratantes. VIAL, *op. cit.*, pg. 113. Participamos así de la opinión de don Víctor Santa Cruz cuando advierte que "el derecho de las partes ha hacer prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada se traduce prácticamente en el ejercicio de la acción de simulación." (SANTA CRUZ S., Víctor, "El Instrumento Público, RDJ, T. XXXIX, marzo y abril 1942, pg. 49).

¹⁹ En lo que dice relación con la posibilidad de que la misma parte interviniente en el contrato aparente pueda ejercer la acción de simulación, se ha fallado que la inhabilidad que contempla el artículo 1683, que prohíbe alegarla al que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es eminentemente personal, atañe exclusivamente a la persona física que celebró el contrato o ejecutó el acto y no a sus herederos. ("González D., Olga L. con Fuentes P., Antonia y otro". RDJ, T. 57, Secc. 2ª, pgs. 98 y 99). Otro fallo expresa que "Las inhabilidades no se transmiten ni se transfieren porque son personalísimas y porque su objeto es sancionar a la persona que realizó el acto inmoral. Por tanto, la prohibición del artículo 1683 del Código Civil, como inhabilidad que es, no se transmite a los herederos del causante". ("Meneses, Crisina y otras con Meneses, Carlos y Emilio", RDJ, T. LVIII, 1961, pg. 23).

de prenda general de su acreedor, "Primus" se lo transfiere a "Secundus", celebrándose al efecto una compraventa absolutamente simulada, y dejándose constancia, en una escritura privada, de la real voluntad de los contratantes en el sentido de que su intención ha sido la de no celebrar contrato alguno.

2. "Primus" vende a "Secundus", a través de escritura pública, un importante paquete accionario a un precio substancialmente mayor a aquel que pagó al tiempo de adquirirlas. Con el propósito de perjudicar a sus numerosos acreedores, ocultando la considerable ganancia que a "Primus" le reporta la venta, ambas partes se conciertan a objeto de aparecer estipulando un precio igual al del valor de adquisición original, más los reajustes del período, manifestando, además, que este se pagó con anterioridad al acto. No obstante, los mismos contratantes otorgan una contraescritura privada en la cual dejan constancia de la existencia de un saldo de precio adeudado por "Secundus" que equivale, en definitiva, al valor real de la respectiva enajenación.
3. "Primus" desea donar un determinado bien a "Secundus", pero atendido el valor del mismo y con la intención de evitar el pago del impuesto que grava dicha liberalidad, los contratantes se conciertan y consienten en ocultar su real voluntad. Aparecen, por tanto, celebrando una compraventa y estipulando que el precio se pagó de contado. Simultáneamente, con el otorgamiento del contrato simulado, suscriben una contraescritura privada por la cual dejan constancia de cuál ha sido su verdadera intención. Con posterioridad a la referida enajenación, "Primus" contrae una serie de deudas que, con el correr del tiempo, se ve en la imposibilidad de pagar, careciendo sus acreedores de bienes en los cuales hacer efectivos sus créditos. Sin embargo, producto de la imprudencia de "Secundus", tales acreedores toman conocimiento respecto de la existencia de la escritura privada que da cuenta de una donación que en su momento no fue insinuada.
4. "Primus" es un sujeto de avanzada edad y propietario de una considerable fortuna inmobiliaria que, careciendo de asignatarios forzosos, debe soportar las continuas e interesadas lisonjas de su sobrino "Tercius". A diferencia de la actitud de este, cuenta con el incondicional afecto de su otro sobrino "Secundus", también hijo de su único hermano ya fallecido.

No obstante su natural y fundada inclinación por "Secundus", y a fin de que a su muerte no se produzcan disputas entre sus únicos deudos, "Primus" no desea disponer de sus bienes por testamento, pero tampoco tiene la intención que, a su fallecimiento, ambos sobrinos sucedan abintestato por iguales partes.

Considerando lo anterior, y a objeto de no perturbar las relaciones entre ambos hermanos, "Primus" ha descartado efectuar una donación en vida a "Secundus" y opta por convenir con este un contrato de renta vitalicia en cuya virtud le entrega sus inmuebles a cambio del pertinente canon o renta, dejándose testimonio, en una escritura privada, del hecho que la real voluntad de las partes ha sido la de celebrar una donación.

Con posterioridad, y hallándose aún con vida "Primus", "Tercius" adquiere noticia de la escritura que da cuenta de la real voluntad de las partes, y se representa la posibilidad de ejercer la acción de simulación, demandando la nulidad de la venta por falta de insinuación, a sabiendas de que "Primus" en caso alguno favorecerá a "Secundus" de manera pública u ostensible.

Comentarios al Caso N° 1

En el caso propuesto, el acreedor ("Tercius") dispone de la acción de simulación en cuya virtud puede solicitar el juez que declare cuál ha sido la voluntad real de las partes. Así, una vez establecida que la verdadera intención de los contratantes fue, por una parte, perjudicar a los acreedores y, por la otra, la de no celebrar contrato alguno, demandará la nulidad absoluta de la venta simulada.

¿Y en qué causal fundará *Tercius* su demanda?

La respuesta a tal interrogante ha originado respuestas diversas, tanto en la doctrina como en nuestra jurisprudencia.

Según algunos, en hipótesis como la planteada, siendo ilícita la simulación en razón de hallarse motivada en el fraude a terceros, estos podrían alegar la nulidad absoluta del contrato por adolecer de una *causa ilícita*.

En el sentido enunciado se pronuncia, por ejemplo, *Díez Duarte*, quien además señala que tal opinión “se encuentra corroborada por la jurisprudencia uniforme sobre la materia.”²¹ En apoyo de su posición, cita una sentencia del año 1925, en cuya virtud, acreditado que fue el que diversos contratos perseguían burlar los derechos de terceros acreedores de una sociedad, se declaró la nulidad de los mismos por carecer de “*causa real y lícita*”.

Nuevamente discrepamos de la opinión que nos merece este respetado autor. Y lo hacemos tanto en lo tocante al tema de fondo, como en relación con su afirmación en orden a que la jurisprudencia se mostraría uniforme a estos respectos.

Las razones de nuestra discrepancia se basan en las siguientes consideraciones principales:

- a) En los supuestos de simulación absoluta como el que nos ocupa, las partes aparecen celebrando un determinado contrato en circunstancias que su real intención ha sido la de no celebrar contrato alguno.
- b) Si la simulación es además ilícita, como en el ejemplo propuesto, los terceros perjudicados con ella disponen de la acción de simulación a objeto que el juez declare cuál ha sido la verdadera intención de las partes.
- c) Una vez que se acredite que la real voluntad de los contratantes fue la de no celebrar el contrato, quedará de manifiesto que el acto aparente, en la especie la compraventa, es inexistente o bien nulo absolutamente en razón de *faltar el consentimiento*.
- d) En nuestra opinión, la doctrina que postula que en estos casos procedería declarar la nulidad por existir una *causa ilícita*, así como los fallos que la recogen, parten de una confusión de conceptos constituida por el hecho de no distinguir dos situaciones que, desde el punto de vista jurídico, son claramente diversas entre sí, a saber: la *simulación* y la *nulidad*.

En efecto, por una parte existe la simulación, configurada por el desacuerdo deliberado entre voluntad real y declarada, provocado por las partes a fin de engañar a terceros. Si además se busca el perjuicio de los terceros, la simulación será ilícita, ya que, efectivamente, el móvil, motivo o “causa” que induce a los contratantes a otorgar el acto es ilícito. Es, pues, la simulación –y no el contrato– la que tiene una causa ilícita. La jurisprudencia ha sido explícita al reconocer que una cosa es la acción de simulación y, otra distinta, la acción de nulidad que puede tener a aquella como antecedente. En el sentido que comentamos, y a propósito de una sentencia de casación de nuestra Corte Suprema (“*Pérez con Suardo*”, RDI, año 1949, pg. 817), don Enrique Paillas expresa que según este fallo “no basta con invocar la simulación; es preciso pedir también aquello que sea consecuencial a esa declaración que se pretende”, que en la especie era la nulidad absoluta del contrato por falta de voluntad²².

- e) Comprendida la diferencia entre simulación y nulidad, establecida la primera corresponde examinar si el acto jurídico de que se trata cumple o no los requisitos de validez que exige la ley. Así las cosas, siendo la real voluntad de las partes no concurrir a celebrar contrato alguno, fuerza es concluir que este carece de voluntad. Por lo mismo, no cabe siquiera plantearse un tema de licitud de causa, ya que ello supondría que exista contrato, lo que naturalmente no ocurre cuando falta el consentimiento.

²⁰ *Op. cit.*, pg. 14.

²¹ *Op. cit.*, pg. 86.

- f) A nuestro juicio, la posición de Díez que aquí criticamos, más que arrancar su origen de una confusión de los conceptos recién reseñados, deriva de su tesis relativa a la naturaleza jurídica del instituto en estudio.

Para dicho autor, la simulación lícita es fuente de responsabilidad contractual, mientras que la ilícita, de responsabilidad extracontractual, materia en la cual podríamos estar de acuerdo. Sobre dicha base, sin embargo, este da un paso más, llegando a concluir que así como la primera especie constituye un acto jurídico, la segunda configura un delito civil²³. No obstante, casi a renglón seguido, Díez vuelve a dar un giro y nos sorprende afirmando que “el acto simulado ilícito, *dentro de la teoría general de los actos jurídicos*, adolece de causa ilícita” (el destacado es nuestro).

Frente a ello, surge entonces la pregunta: En qué quedamos: ¿Dentro de la teoría de los hechos jurídicos, la simulación ilícita es un delito civil o es un acto jurídico?

- e) Se nos podrá refutar señalando que al hacer referencia a la causa ilícita se alude al “acto simulado ilícito” y no a la “simulación ilícita”. Independientemente de la sutileza que pueda predicarse de tal distinción, lo cierto es que creemos que existen otras razones, adicionales a las ya expuestas, para rechazar la imputación del vicio de ilicitud de la causa al “acto simulado ilícito”.

En efecto, no nos parece coherente señalar que en los supuestos de simulación absoluta deba estimarse que respecto de las partes la nulidad del acto aparente se fundaría en la falta de consentimiento y que, tratándose de la misma acción ejercida por terceros, el vicio consistiría en la causa ilícita.

Como nos recuerda Stolfi²⁴, la nulidad, como causal de ineficacia de los actos jurídicos –a diferencia de la inoponibilidad–, tiene su origen en una circunstancia *intrínseca* al acto, es decir, procede cuando existe un vicio en la propia estructura del contrato. Por ello, y debido a que la convención es una misma, sea que se analicen sus efectos en relación con las partes o respecto de terceros, la causal en que se pueda fundamentar su nulidad, basándose en unos mismos hechos, necesariamente ha de ser también una misma.

- e) Sobre la base de lo que se ha expuesto, postulamos que en materia de naturaleza jurídica de la simulación ilícita, esta constituye siempre un delito civil, toda vez que concurren a su respecto todos los elementos de tal. De igual modo, sostenemos que tratándose de la simulación absoluta, la eventual nulidad del acto encuentra su fundamento en una misma causal, sea que la aleguen las partes o el tercero perjudicado, y esta será la ausencia de voluntad o carencia de la intención de obligarse.

- i) Conforme advertíamos al iniciar la refutación a este autor, no sería tampoco efectiva la afirmación que ve en la jurisprudencia uniformidad de criterios sobre este particular. Así, junto al fallo al que aludimos en la letra d) precedente, podemos sumar, v. gr. la sentencia publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1919, N° 1201, pg. 611 y aquellas que figuran en la RDJ año 1932, Secc. 1ª, pg. 411; y los fallos consignados en la misma revista, T. 46, Secc. 1ª, pg. 737; T. 52, Secc. 2ª, pg. 411 y T. LV, N°s 5 y 6, 1958, Secc. 1ª, pág. 188. Esta última deja de manifiesto la vacilación de la jurisprudencia sobre estos puntos²⁵.

- j) Por último, hacemos notar que si se adhiriera a la tesis que ve en esta especie de simulación el antecedente de una nulidad fundada en la ilicitud de la causa, ello se traduciría en el hecho que, en la práctica, el tercero que ejerce la acción se hallaría impedido de reivindicar, según lo explicaremos enseguida, dado que el deudor a quien puede subrogar carecería de la misma conforme al artículo 1468.

²² *Op. cit.*, pg. 77.

²³ *Op. cit.*, pgs. 83-86.

²⁴ Stolfi, Guiseppe, “*Teoría del Negocio Jurídico*”, Edit. Rvta. de Derecho Privado, Madrid, 1952, pg. 126.

²⁵ Francisco Carrera es de opinión que en los supuestos de simulación absoluta, la consecuencial declaración de nulidad puede fundarse tanto en falta de consentimiento como en ausencia de causa. CARRERA, Francisco, “*Comentario a Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 12 de junio de 1935*”, en el juicio “*Granello con Banco Italo-Belga*”, en RDI, T. XXXIII, Secc. 2ª, pg. 21.

Volviendo al análisis de nuestro Caso N° 1, debe recordarse que la nulidad judicialmente declarada "da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales". (art. 1689). Y ello es así porque, destruyéndose el antecedente jurídico de la servidumbre de título a la tradición que se hizo al tercero, a virtud del efecto retroactivo de la nulidad, y por aplicación del principio "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*", ha de entenderse que tanto este como su antecesor nunca adquirieron el dominio, el cual, por tanto, siempre habría permanecido en el primitivo tradente, en el ejemplo, "*Primus*".

De igual modo, debe también tenerse presente que, salvo los casos de excepción que contempla el mismo Código, la pertinente *acción reivindicatoria* podrá dirigirse contra terceros de buena o mala fe, siendo por tanto indiferente para su procedencia el hecho de que el poseedor haya o no tenido conocimiento acerca de la existencia del vicio que originó la nulidad.

En casos como el planteado, en principio la acción reivindicatoria pertenecería al deudor, es decir a "*Primus*". Sin embargo, este no tendrá interés alguno en reivindicar toda vez que, recuperado que sea el bien, este "reingresará" a su patrimonio siendo objeto de embargo y ejecución por sus acreedores. Por ello, y a fin que el derecho que concede la ley, en orden a que la nulidad absoluta pueda alegarse por todo el que tenga interés en ello, no se convierta en letra muerta, postulamos que en estas hipótesis los acreedores podrán reivindicar en lugar y a nombre del deudor (*ex iuribus debitoris*). Dicho en otros términos, creemos que se trataría de un caso en el cual se admite el ejercicio de la *acción oblicua o subrogatoria*^{26, 27}.

Comentarios al Caso N° 2

En este segundo caso, se dan también todos los supuestos de una *simulación ilícita*, es decir, de un engaño urdido y realizado con el definido propósito de perjudicar a los acreedores. No obstante, a diferencia del anterior ejemplo, en la especie nos hallamos ante una *simulación relativa* y, además, *parcial*, desde el momento que efectivamente las partes tienen la intención de celebrar una compraventa, pero aparecen estipulando un precio que no es el real y que no cumple más función que disimular el verdadero.

Como quiera que la necesaria protección de los acreedores les permite evitar el perjuicio que la simulación les provoca, estos podrán ejercer la acción destinada a que se determine y establezca cuál ha sido la efectiva y real intención de los contratantes.

A este efecto, debe considerarse que la disposición del artículo 1707 de nuestro Código, ha consagrado el instituto de la inoponibilidad de la simulación *a favor* de los terceros y no *en contra* de estos. Lo anterior, en el decir de Josseland, coloca a los terceros en una situación singularmente ventajosa, "pero cuya justificación se halla en el equívoco creado por las partes y del que no pueden ser víctimas aquellos"²⁸. En consecuencia, existiendo la posibilidad de que los terceros rechacen el intento de las partes por extender a su respecto la eficacia del acto aparente, de igual forma habría de serles reconocida la facultad de servirse de las contraescrituras a fin de invocar, en su beneficio, la real voluntad de las partes.

Así las cosas, en el ejemplo que analizamos, los acreedores, ejerciendo la acción de simulación, basarán su prueba en la misma contraescritura a través de la cual las partes dejaron constancia de su verdadera intención. Enseguida, y una vez acreditada aquella, se hallarán en condiciones de embargar el crédito de que es titular su deudor por concepto de precio real de la pertinente compraventa.

²⁶ Sobre este particular, puede verse nuestro trabajo "La acción subrogatoria", publicado en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, N°s. 2-3, mayo-diciembre 1987, pgs. 335 a 395.

²⁷ En el sentido que proponemos, aunque no se afirma explícitamente, creemos que se pronuncia la sentencia de la C. de Santiago, de 26.12.57, recaída en el juicio "*Dávila con Mendoza y otro*", C. de Santiago, 26 de diciembre de 1957, y publicada en la RDJ, T. LV, N°s 5 y 6, 1958, Secc. 1ª, pg. 188. En efecto, dicho fallo expresó que "declarada nula la venta hecha por el marido de un bien raíz de la sociedad conyugal, procede acoger la acción reivindicatoria deducida por la mujer, como consecuencia de dicha nulidad, en contra del actual poseedor".

²⁸ Citado por Paillas, *op. cit.*, pg. 14.

Como puede apreciarse, se confirma lo que ya explicáramos más arriba en cuanto a que simulación y nulidad son instituciones completamente diversas entre sí, sin que aquella, aun por ilícita que sea, importe necesariamente o conlleve siempre la invalidez del acto. Si bien es cierto en los casos de simulación absoluta las acciones de simulación y nulidad pueden ser confundidas en la práctica, las hipótesis de simulación relativa, en cambio, nos permiten visualizar claramente la diferencia entre ambas instituciones.

En definitiva, acreditada la simulación, y quedando al desnudo el acto disimulado, su nulidad podrá pronunciarse solo en el evento que la respectiva convención haya omitido alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor. Confirmando ello, puede consultarse, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco pronunciada en la causa "*Engelberger con Puentes*". En su virtud, se falló que una estipulación contractual simulada, que perseguía eludir la limitación legal al pacto de intereses, no se traduce en su nulidad, ya que "si bien se trata de un acto prohibido por la ley, esta misma señala otro efecto que el de dicha nulidad para el caso de contravención, como es la rebaja de intereses"²⁹.

Comentarios al Caso N° 3

Este caso da cuenta de una simulación *relativa*, pero no ya referida a una parte del contrato, como el anterior, sino que a la totalidad del mismo. En efecto, las partes han tenido la intención de celebrar una donación y, sin embargo, aparecen otorgando una compraventa. Su propósito es ilícito, pues se trata de infringir la norma que ordena pagar un tributo, sin que para eludirla recurran a la ejecución de un hecho no gravado, sino que al mismo que genera el impuesto, pero que encubren, disfrazan u ocultan³⁰.

Analizado el caso hasta aquí, el Fisco, en cuanto titular de un interés jurídico perjudicado con la simulación, podría en principio ejercer la acción del mismo nombre a fin que el juez determine que el contrato que realmente se celebró fue una donación. Luego, y debido a que no se habría pagado el impuesto que la afecta, se haría procedente su cobro, así como la aplicación de las demás sanciones que fueren procedentes.

Examinemos este mismo caso pero, ahora, desde la perspectiva de los acreedores del fingido vendedor.

A primera vista, se podría sostener que siendo la voluntad real de las partes la de celebrar una donación, y dado que con la falsa compraventa se ven privados de la posibilidad de satisfacer sus créditos con el bien enajenado, estos dispondrían de la acción de simulación a fin que se declare cuál fue el contrato que verdaderamente se convino. Luego de establecerse tal circunstancia, y atendido el hecho de que la donación no fue *insinuada*, omitiéndose de esta manera un requisito de validez de la misma, los acreedores podrían obtener que se decretase su nulidad a objeto que el bien enajenado "reingrese" al patrimonio de su deudor, procediendo así al posterior embargo y ejecución.

Pensamos, sin embargo, que en la hipótesis planteada, esta vía o posibilidad les está vedada a los acreedores.

En efecto, según decíamos en páginas anteriores, uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción de simulación es el que los terceros posean un *interés legítimo* en su ejercicio, interés que se ve configurado, primeramente, por el hecho de atentar contra un derecho subjetivo de que son titulares y, enseguida, en razón de habérselos causado un perjuicio efectivo en su patrimonio.

²⁹ Sentencia de 7.12.55, en RDJ, T. 52, Secc. 2ª, pg. 72.

³⁰ En el decir de Planiol y Ripert, no existe fraude fiscal cuando para obtener un determinado resultado se elige entre varios procedimientos o figuras jurídicas la que devengue derechos menos elevados. Sin embargo, los mismos tratadistas hacen notar que a fin que tal resultado lícito se produzca es menester que el acto o procedimiento elegido no implique una simulación, siendo por ende necesario que el contrato ostensible se corresponda con la real intención de las partes citados por LEÓN HURTADO, Avelino, "*La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*", Edit. Jurídica, 1963, pg. 180, nota N° 2.

En el ejemplo que nos ocupa, los acreedores ciertamente son titulares de un derecho subjetivo amparado por el ordenamiento legal, a saber, su *crédito*. No obstante, la simulación en que ha intervenido su deudor no constituye un atentado a tal derecho ni les irroga el perjuicio necesario para legitimar su pretensión. Ello debido a que la enajenación del respectivo bien se realizó con anterioridad al nacimiento de sus derechos, sin que, por lo mismo, hayan tenido siquiera la posibilidad de representarse el que aquel formara parte de la garantía general de sus créditos. Por ello, el dolo constitutivo de la simulación ilícita, y que legitimaría la ofensiva de los acreedores, no se tradujo en la intención positiva de perjudicarlos, como sí habría ocurrido respecto del otro tercero de nuestro ejemplo (*el Fisco*). En este sentido, es oportuno recordar que “la acción de simulación no es una acción popular que, consecuentemente, pueda entablarse por cualquier persona, ante la sola invocación de un interés público comprometido”³¹.

Pensamos que algo similar a lo dicho en materia de legitimidad del interés cuya protección se reclama se produce en relación con la *fuerza* como vicio del consentimiento. En este orden, se considera que es ilegítimo no solo aquel apremio moral que en sí mismo sea ilícito, sino también aquel que es contrario a derecho en un sentido más lato o amplio, *v. gr.*, porque se enlaza con la consecución de una ventaja desproporcionada o injusta³². Tal sería el caso, por ejemplo, de la amenaza que se ejerce sobre el deudor en orden a que si no paga la obligación será denunciado por un delito que efectivamente cometió.

Comentarios al Caso N° 4

La situación que se plantea aquí nos permite apreciar la existencia de una simulación también relativa, toda vez que las partes declaran celebrar un contrato —renta vitalicia— cuya *naturaleza* es distinta del realmente celebrado —donación—.

Asimismo, y al igual como ocurre en el ejemplo precedente, el contrato verdadero adolecería de un vicio de nulidad absoluta debido a que no se insinuó la pertinente donación.

Sin embargo, en este caso la simulación es *lícita*, puesto que la motivación de las partes no consiste en originar un perjuicio al tercero, quien, por lo demás, no es titular de ningún derecho sobre la sucesión de *“Primus”*. Con respecto a tal sucesión, en el mejor de los casos podría estimarse que tiene una simple expectativa. En otras palabras, *“Tercius”* carece del *interés jurídico* que lo legitimaría para alzarse contra el engaño creado por los contratantes. De lo anterior se sigue, a su vez, que dicho tercero no podrá ejercer la acción de simulación aun cuando, en teoría, mediante ella podría llegarse a la declaración de nulidad de la donación, reportando provecho o beneficio de la misma atendidos los supuestos de hecho del ejemplo propuesto.

Ahora bien, analizadas ya diversas hipótesis que nos han permitido visualizar una gama representativa de los efectos que se derivan de la simulación en la relación que se da entre las partes y los terceros, corresponde comentar la eficacia de la misma en lo que respecta a los conflictos que puedan presentarse *entre terceros*. En este ámbito, el consenso y la armonía doctrinarios ceden el paso, ora a la completa omisión de pronunciamientos sobre el tema, ora a los más encarnizados debates que sea susceptible de inspirar la pasión de los autores.

A fin de ilustrar esta segunda clase de conflictos, supongamos el siguiente ejemplo:

“A” es deudor de “X”, “Y” y “Z”. Ante el mal estado de sus negocios, y con el definido propósito de sustraer bienes de su patrimonio ante la inminente ejecución de que será objeto, “A” se concierta con “B” a fin de transferirle, simuladamente, un bien raíz de su propiedad. Para este efecto, las partes aparecen otorgando una compraventa en circunstancias que su intención no es la de celebrar contrato alguno.

³¹ Ver fallos RDJ, T. 55, Secc. 1°, pg. 188. RDJ, T. 57, Secc. 2°, pg. 97. Díez, *op. cit.*, pg. 166.

³² BETTI, Emilio, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Editorial Rvta. de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., sin año, pg. 344.

No obstante su participación en la simulación, “B” cede ante la tentación de traicionar a “A” y procede a vender a “C” el mismo bien que fue objeto de la compraventa simulada. Con posterioridad, “X”, “Y” y “Z” adquieren noticia de la maniobra urdida por su deudor y ejercen la acción de simulación obteniendo que se declare la nulidad del contrato celebrado entre “A” y “B”³³.

En el caso propuesto, nos enfrentamos con una simulación *absoluta* y, al mismo tiempo, *ilícita*, dado que la motivación que anima a los contratantes claramente se funda en el propósito de perjudicar a terceros. En consecuencia, cabría plantearse la posibilidad de que los acreedores ejercieran la acción de simulación, solicitando, al mismo tiempo, la nulidad absoluta de la compraventa simulada a fin que sobre el bien fingidamente enajenado pueden obtener la satisfacción de sus créditos.

Así las cosas y fundándose en una “sólida” explicación jurídica, se podría sostener que el tercero que adquirió el bien, existiendo antes la venta simulada, se hallaría expuesto a la obligación de restituirlo en virtud del efecto retroactivo de la nulidad y la consecuente acción reivindicatoria a que ella da derecho contra terceros poseedores de buena y mala fe.

Pues bien, a estas alturas surgirá entonces la pregunta: ¿Existirá algún imperativo que induzca a mitigar o, en su caso, negar la aplicación irrestricta de los conceptos jurídicos enunciados?, ¿hasta dónde pervive la fuerza del apotegma romano “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*?” ¿Podrá consentirse el que un tercer adquirente, que actúa de buena fe, resulte siempre y bajo todo respecto afectado, y a la postre perjudicado, en razón del principio conforme al cual “nadie puede adquirir más derechos que los que tenían su antecesor”, o bien de acuerdo a la máxima en cuya virtud “*resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*”.

Si bien una respuesta afirmativa tendería la aparente aptitud de satisfacer rigurosamente la lógica jurista, estimamos que ello repugnaría un elemental sentido de justicia y equidad. Asimismo, el más rudimentario sentido común se rebelaría ante la manifiesta incertidumbre que provocaría la tozuda aplicación de un principio que niega toda tutela y protección a la buena fe, infligiendo, además, una mortal herida a la seguridad que exige el comercio jurídico. Por otra parte, y como nos recuerda la autorizada opinión de Ferrara, el mundo de los juristas no puede constituir una casta desdenosa de pensadores o de dogmáticos solitarios que vivan entregados a abstracciones o esquemas lógicos, sino que debe interesarse también por los hechos, por las necesidades de la vida, por las exigencias económicas, ya que el derecho ha de actuar precisamente en este terreno³⁴.

Pero, con razón, alguno podría argumentar: ¿no es acaso también digno de tutela aquel tercero que, por ejemplo, ha accedido a otorgar créditos a su deudor en la creencia de que se trata de un sujeto solvente? ¿No merece protección el derecho que tiene todo acreedor en orden a mantener la integridad del patrimonio afecto a garantía general?

Incluso, si se examinan las instituciones legales destinadas a garantizar la eficacia y vigencia efectiva del derecho de prenda general, se podría colegir que el ordenamiento jurídico tiende, de manera sistemática, a la protección del crédito. Y así, no deja de ser sintomático el que se conceda a un acreedor el derecho de revocar, mediante el ejercicio de la acción pauliana, actos *reales y verdaderos* cuando han sido celebrados en perjuicio de sus intereses. Con mayor razón, entonces, se podría sostener la procedencia de esta medida cuando se trata de evitar la agresión a su derecho a través de actos *aparentes, falsos o simulados*.

Todavía más, la apología del tercero acreedor podría encontrar un aliado en el mismo artículo 1707 en que a su vez fundarían la opinión contraria los defensores del tercero

³³ Sin perjuicio del ejemplo propuesto, hacemos presente que igual conflicto puede originarse en las hipótesis de una *simulación relativa*. *v. gr.* si las partes aparecen otorgando una compraventa que, en realidad, encubre y disimula una donación que no cumplió con el requisito de la insinuación.

³⁴ FERRARA, *op. cit.*, pg. 353.

adquiere. En efecto, dicha norma —según expresamos— ha consagrado el instituto de la inoponibilidad de la simulación *a favor* de los terceros y no *en contra* de estos; posibilitando el que aquellos puedan invocar las contraescrituras otorgadas por los contratantes en su propio beneficio.

Sin necesidad de profundizar mayormente el punto, fácilmente se advertirá que ni el tenor del artículo 1707 más arriba citado, ni las conclusiones que a partir de él se formulan, solucionan en plenitud las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad una vez removida la careta de la simulación³⁵.

A nuestro juicio, la recta interpretación del artículo 1707 debe partir por reconocer cuál es la real hipótesis que imaginó el legislador al crear el precepto, sin significar con ello que ignoremos la “despersonalización” y autonomía que adquiere la norma legal una vez que ha entrado en vigor.

En nuestro concepto, el precepto se ha estructurado sobre la base de suponer que es uno de los *contratantes* y no el tercero quien alega la simulación. Prueba de ello viene dada por el hecho de referirse el Código a las “contraescrituras”, aludiendo así a un documento que emana de las propias partes que han pretendido, por su intermedio, preconstituirse una prueba consignando en instrumento aparte su verdadera o real voluntad³⁶. En este contexto, se comprenderá, entonces, que se conceda a los terceros una opción en orden a rechazar la simulación que *las partes* pretendan oponerles, o bien invocar la misma simulación si con ello obtienen un provecho, cuyo es el caso de los acreedores del fingido enajenante³⁷.

Luego, y aplicando principios universales y evidentes, la norma desconoce efectos a las manifestaciones de voluntad con las cuales las partes pretendan invocar la simulación en contra de terceros, lo que se explica fácilmente en razón de lo inadmisibles que resultaría permitir que un sujeto obtenga un beneficio derivado de su propio dolo. Dicho en otros términos, si la simulación persigue no solo el engaño de terceros sino que el perjuicio de los mismos, cabe calificarla como un delito civil, siendo por tanto inaceptable que uno de los coautores del dolo pretenda aprovecharse de él por la vía de anular el contrato que celebró de mala fe, afectando con ello la adquisición que operó en el tercero.

En consecuencia, creemos que la finalidad de la norma ha sido, principalmente, la de otorgar una protección al tercero que, de buena fe, ha contratado con una de las partes intervinientes en la simulación y de la cual deriva el derecho de que es titular.

A nuestro juicio, la respuesta a la clase de interrogantes que se han planteado con ocasión de un *conflicto entre terceros* ha de buscarse en los principios generales del derecho y en la

³⁵ Una demostración de la poca feliz redacción de este precepto es destacada por don Avelino León Hurtado, quien hace ver que el legislador debió referirse solo a las contraescrituras que dejan constancia de la simulación, excluyendo claramente aquellas que alteran lo pactado seriamente, las cuales tienen pleno valor y eficacia frente a terceros conforme con las normas generales y sin necesidad de cumplir con los requisitos que contempla esta norma. *Op. cit.*, pgs. 182 y 183. Participan de la misma opinión don Luis Claro Solar (CLARO SOLAR, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”, T. XII, Vol. III, pgs. 687 y 688), don Francisco Carrera *op. cit.*, pg. 17) y don Enrique Pallás (*op. cit.*, pg. 12). En contra de la posición reseñada se pronuncian Alessandri (ALESSANDRI ROBRÍGUEZ, Arturo, “*Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte, Teoría de las Obligaciones*”, René, *Las Obligaciones de sus Clases*”, Imprenta Cisneros, 1930, pg. 485) y don René Abeliuk (ABELIUK M., “*Versiones Taquigráficas de sus Clases*”, Editores López-Viancos-Distribuidores, 1971, pgs. 102 y 103). Este último, reconociendo que la opinión primeramente expuesta es la posición más favorecida por nuestra doctrina y jurisprudencia, hace ver la curiosidad que trasunta un fallo que, no obstante adherir a esa interpretación, que no es la propia, expresa seguir en la materia a Alessandri.

³⁶ Es oportuno advertir que la voz “contraescritura” tiene su origen en una poco afortunada traducción del vocablo francés “*contre-lettre*”, que designaría más bien la idea de “ir contra la letra”. Por ello, con la expresión “contraescritura” ha de entenderse comprendido todo contrato mantenido en secreto y que las partes celebran antes o simultáneamente con el acto aparente, aunque no consten necesariamente ambos en un documento. MAZEAUD, Henry, León y Jean, “*Lecciones de Derecho Civil*”, Parte 2ª, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pgs. 101 a 104.

³⁷ No obstante, esta *opción* que se concede al tercero no puede, como diremos enseguida, interpretarse en el sentido que, habiendo conflicto entre estos, debe obligarse a renunciar a uno de ellos al derecho que claramente otorga la norma en orden a rechazar la contraescritura, amparándose en el acto declarado y ostensible.

equidad natural, no porque pensemos que se trata de elementos de interpretación que procedan en defecto de los otros, sino que debido a que los consideramos inherentes al ordenamiento jurídico, a la manera del alma que anima la existencia de cada célula de nuestro organismo³⁸. Aún más, creemos que en el orden jerárquico dichos conceptos no solo son superiores a cualquier norma de derecho positivo, sino que se erigen en fundamento y, por tanto, también en tasa y medida de la legitimidad de cualquier prescripción legal.

En lo tocante a los principios generales del derecho³⁹, sin duda la *buena fe* —que exige una actuación reflexiva, ajena al fraude y al engaño⁴⁰— y su subsecuente protección por parte del sistema jurídico, se nos muestra como uno de los pilares en los cuales debe cimentarse cualquier ordenación racional de las conductas humanas. En efecto, entendido como el imperativo de corrección, lealtad, honestidad, sinceridad, y apego a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, el *principio de la buena fe* se traduce no solo en una regla de conducta de aplicación general, sino también en un principio creador e integrador tanto de normas como de decisiones y, en especial, de aquellas que deben adoptar los tribunales en el ejercicio de la jurisdicción⁴¹.

Y no se crea que propugnamos la total libertad de los jueces en la función de interpretar la ley, que evidentemente encierra el riesgo de engendrar una tiranía judicial, sino que reivindicamos la irrenunciable facultad de estos para “*decir*”, en cada caso, cuál es el derecho de la situación particular que ha sido llamado a juzgar.

Desde este punto de vista, y en lo que dice relación con la *equidad*⁴², en los fallos de nuestros propios tribunales podemos encontrar un reconocimiento a la misma, no en cuanto elemento de interpretación consagrado en el artículo 24 del Código Civil, sino en cuanto principio de integración del sistema legal en aquellas hipótesis en que un caso se halla comprendido en la letra de la ley, pero no en su espíritu, y en el cual su aplicación se traduciría en autorizar una manifestación injusticia⁴³.

En nuestro concepto, son pues imperativos de equidad, fundados en la protección de la buena fe, los que, en primerísimo lugar, nos llevan a inclinar la balanza en favor del tercero adquirente de buena fe que ha obrado sobre la base de una voluntad que ha

³⁸ A propósito de los “vacíos” que existen en todo ordenamiento legal, y que reclaman la aplicación de tales principios generales así como de la equidad, ya nos advertía Santo Tomás de Aquino que “ningún hombre es tan sabio que pueda abarcar todos los casos singulares; y por consiguiente no es capaz de expresar con palabras todo cuanto se refiere al fin pretendido. Y aun cuando el legislador pudiera considerar todos los casos, no debería expresarlos todos, ya que se sembraría confusión...”. “*Summa Theologica*”, Primera Parte de la 2ª Parte, Q 96, art. 6.

³⁹ Según Coviello, dichos principios pueden, de hecho, ser racionales, superiores de ética social, también de derecho romano, pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro Derecho y llegado a ser, de este modo, principios de derecho positivo y vigente. Citado por MUJICA BEZANILLA, Fernando, “*La Integración de las Lagunas Legales*”, RDI, T. 56, Primera Parte, pg. 169 y sgtes.

⁴⁰ R. D° y J., Tomo LVIII, pg. 46.

⁴¹ En el sentido que se comenta, se afirma que los valores en que consiste y manifiesta el principio general de la buena fe, permiten al juez con flexibilidad, creatividad y sano espíritu, la fijación del genuino sentido que ha de darse a la norma positiva en definitiva. Así, el juez aplicará el principio general de la buena fe en forma amplia y extendida, hasta alcanzar a integrar la norma positiva de que dispone, o bien creará razonablemente la norma aun *contra legem* en los casos extremos que el método respectivo admite, aunque sin alzarse con la ley de manera ruda, torpe y arbitraria, porque eso no es ni ha sido jamás creación judicial de derecho. FUEYO L., Fernando, “*Instituciones de Derecho Civil Moderno*”, Editorial Jurídica de Chile, pg. 161.

⁴² Escribche, citado por De Buen y este, a su vez, por Mujica, señala dos acepciones para el concepto equidad: o significa la moderación del rigor de la ley atendiendo más bien a la intención del legislador que a su letra, o se toma por aquel el punto de rectitud del juez que a falta de ley consulta en sus decisiones las máximas de la razón y el buen sentido. MUJICA, *op. cit.* pg. 175.

⁴³ UGARTE G., José Joaquín, “*La integración de la ley con la equidad y la retrocesión*”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXIX, enero-abril, 1982, pg. 32. Otro ejemplo puede encontrarse en el Considerando 52 del fallo pronunciado en la causa “*Meneses, Cristina y otras con Meneses, Carlos y Emilio*”, C. de Santiago, 11 de septiembre de 1958, publicada en la RDI, Tomo LVIII, 1961, pg. 21.

ignorando que este estaba afecto a una causal de indignidad y, con posterioridad, dicha indignidad se declara judicialmente, las enajenaciones que por él se hubieren hecho, así como las posteriores realizadas por dicho tercero, no se verán afectadas por la reivindicación que pudieren entablar los titulares de la pertinente acción.

- Los artículos 1490 y 1491. El primero dispone que "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe". El segundo, por su parte, preceptúa que "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública." Ambas disposiciones distinguen, a los fines de hacer o no efectivos los alcances de la resolución y, consecuentemente, de la acción reivindicatoria, si el tercero adquirente estaba de buena o de mala fe; consistiendo aquella o esta en haber ignorado o no la existencia de la condición que afectaba el derecho de que era titular el enajenante del respectivo bien.
- El artículo 1576, luego de establecer a quién puede hacerse el pago, señala que "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía." Por tanto, la ley reconoce valor y eficacia al pago que se hace a quien aparenta o simula ser el verdadero dueño del crédito, presentándose a los ojos de todos como su legítimo titular⁴⁸.
- El artículo 2303 previene que "El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder". Esta norma consagra, precisamente, la solución que, según indicáramos⁴⁹, en general adopta la legislación y doctrina extranjeras a fin de regular la eficacia de la simulación en relación con terceros, y que también nos inclinamos por privilegiar en nuestro derecho.
- El artículo 2173 señala que "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice. Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante".
- Del precepto transcrito se deduce que el mandante ha de sujetarse a todas las consecuencias que derivan del mandato, obligándose frente a terceros de buena fe por los actos del mandatario, aun cuando este último sea ya solo aparente en razón de haber expirado el encargo por cualquier causa que no haya sido suficientemente comunicada a terceros.

Sobre la base de los ejemplos que se han comentado, alguno podría argüir que precisamente si hay ciertos casos en los cuales fue necesario dictar una norma especial que protegiera la buena fe del tercero adquirente, frente a la buena fe de otro tercero diverso, lo es porque tal tutela, en los términos y con el alcance que aquí le atribuimos, no es la regla, sino la excepción.

⁴⁸ Comentando el artículo 1164 del Código Civil español, similar a nuestro artículo 1576 ya transcrito, Hernández Gil precisa que a efectos de configurarse buena fe en el deudor, no basta —salvo que se trate de un título al portador— con el hecho de que el receptor del pago esté en posesión material del instrumento en que consta el crédito, siendo menester que el acreedor aparente se muestre ante todos como tal, desplegando una conducta que haga verosímil y razonable considerar que tiene la titularidad del crédito. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "*Derecho de Obligaciones*", Editorial Ceura, Madrid, 1983, pg. 307.

⁴⁹ Ver Nota N° 44.

de presumirse verdadera y, por ende, coincidente con la realidad volitiva de los declarantes^{44, 45, 46, 47}.

En auxilio de nuestra tesis, y adicionalmente a la vigencia efectiva de los principios ya enunciados, creemos que hay diversos ejemplos, en el propio Código Civil, que avalan esta conclusión. Se trata, en efecto, de normas que aparecen inspiradas en igual criterio que el postulado por nosotros al momento de resolver acerca de un conflicto entre dos clases de terceros que son, en principio, mercedores de una misma tutela.

Veamos algunos casos:

- El artículo 976 dispone que "la acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe". En consecuencia, si un tercero adquiere un determinado bien de manos del heredero,

⁴⁴ Si examinamos la legislación comparada, veremos que en general los textos recogen el principio de la protección al tercero, manifestándose dicha tutela en la negativa a extender los efectos de la nulidad a quienes, habiendo contratado de buena fe, han adquirido a título oneroso un determinado bien. De esta manera, se asegura que tales terceros no sufrirán privación de su derecho como consecuencia de la extinción del contrato que sirvió de antecedente jurídico para que el dueño anterior, a su turno, adquiriera el derecho de que se trata. Así, por ejemplo, y sin entrar en mayores precisiones, podemos mencionar los artículos 1445 y 2652 del Código Civil italiano y los artículos 464 y 34 del Código Civil y de la Ley Hipotecaria española, respectivamente. Relativamente al derecho alemán, Von Tuhr resume el principio general en la materia afirmando que "la nulidad de los negocios simulados puede aducirse contra todo tercero, salvo en aquello en que este quede comprometido por las normas que amparan las adquisiciones de buena fe." VON TUHR, A., "*Tratado de las Obligaciones*", Tomo I, 1ª ed., Edit. Reus, Madrid, 1934, pgs. 200 y 201.

⁴⁵ En el ámbito de la doctrina extranjera, cabe advertir que fue en Alemania donde primero se enunció la ineficacia de la simulación respecto de terceros de buena fe. Al efecto, existen diversos autores que, aunque adherentes a distintas teorías en materia de primacía de voluntad o declaración, se pronuncian de manera clara y categórica en favor de estos mismos postulados. Y así, Bahr dice que para la protección de la buena fe del comercio, la voluntad no debe concebirse como un elemento interno, sino que los efectos jurídicos deben depender de la apariencia exterior y consciente de la misma voluntad. Pfersche admite que la ficción del negocio no puede ser opuesta a los terceros de buena fe, porque una declaración puede hacerse valer como no sería únicamente frente a los que conocían o debían conocer la falta de seriedad. Kohler advierte que es postulado de equidad el de que si un negocio convenido solo en apariencia por las partes se muestra a los demás como real y sincero, como tal debe valer. Mommsen niega que la nulidad del contrato simulado pueda reaccionar contra terceros adquirentes, porque el enajenante aparece, respecto a todos, con derecho a consentir legítimamente la enajenación. Enneccerus rechaza igualmente que pueda oponerse la simulación a los que han actuado sobre la fe del acto aparente, aunque hayan adquirido a título gratuito. Hartmann exclama: ¡Ninguna opinión jurídica desapaionada puede dudar un solo instante de que deba quedar cogido en sus propias redes quien intentó tenderlas a otro! Bekker reconoce que en el derecho común rige el principio de que en ningún caso, frente a tercero, puede alegarse la simulación, si el tercero trató confiado en la seriedad de un contrato. Regelsberger añade: La nulidad del negocio simulado es absoluta, puede alegarse por terceros y contra terceros, pero no contra los terceros que confiados en la seriedad del negocio han adquirido a título oneroso o realizado un pago. Ferrara, *op. cit.* pgs. 321-323. En la doctrina francesa, los MAZEAUD, en su obra ya citada, y comentando el artículo 1321 transcrito en nuestra Nota N° 16, expresan que "*El tercero que invoque el acto aparente debe prevalecer sobre aquel que alegue la contraescritura.*" En la misma dirección se pronuncian Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Baudrie-Lacantnerie y Borda, etc. Mazeaud (*Op. cit.*, pg. 115). En igual sentido, y como exponentes de la doctrina italiana, se muestran BETTI ("*Teoría General de las Obligaciones*", Tomo I, Edit. Rvta. de Derecho Privado, Madrid, *op. cit.*, pg. 79) y FERRARA (*op. cit.*, pg. 569).

⁴⁶ Dentro de la doctrina nacional se pronuncian en contra de nuestra posición Santa Cruz (*Op. cit.*, pg. 53) y Díez (*op. cit.*, pgs. 133 y 134) y, a favor, Abelink (*op. cit.*, pg. 105), Vial (*op. cit.*, pg. 112) y León Huriado (*Op. cit.*, pg. 191). Otros, en cambio, no se pronuncian abiertamente sobre el tema, v. gr. Claro Solar y Alessandri.

⁴⁷ En su excelente opúsculo referido al tema de las lagunas legales, don Fernando Mujica profundiza respecto de la integración de las mismas proponiendo, al efecto, recurrir primeramente a la *analogía*; luego a los *principios generales del Derecho Positivo*; y, en tercer término, a la *equidad natural*. Asimismo, nos hace presente que frente a casos de laguna legal, nuestra Corte Suprema generalmente ha aplicado la equidad fundándose en lo dispuesto por el artículo 170, número 5 ya citado del Código de Procedimiento Civil. No obstante, también el autor advierte que en un caso la Corte aplicó, para fundar la equidad, el artículo 24 del Código Civil expresando que ante el caso concreto que se le planteaba, no resuelto en forma alguna por la ley debía no obstante juzgarlo del modo que más conforme pareciera al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Agrega que las veces que los Tribunales han hecho aplicación de normas por vía analógica, han fundado también esta aplicación en la equidad. Arrojando luz sobre otro criterio jurisprudencial en la materia, destaca un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, según el cual si la solución que da una norma susceptible de aplicarse por analogía y la que resulta de la aplicación de la equidad se contradicen, debe preferirse esta última, dado lo dispuesto por el artículo 170, número 5° del Código de Procedimiento Civil. *Op. cit.*, pg. 176. Otras referencias al rol de la *equidad*, se mencionan en nuestra Nota N° 43.

Sin entrar a refutar una argumentación semejante, e incluso aceptando que las hipótesis antes reseñadas constituyen preceptos excepcionales que no admiten, por tanto, su aplicación analógica, veremos que incluso se arriba a las mismas conclusiones si examinamos la materia a la luz de los requisitos comunes o generales aplicables a cualquier acto jurídico.

Como es sabido, primer requisito de existencia o elemento esencial del acto jurídico es el que la voluntad que manifiesta su autor o las partes sea *seria*, en el sentido que efectivamente persiga la consecución de un objetivo jurídico, es decir, de un efecto amparado o sancionado por el Derecho⁵⁰. Por ello, v. gr., no tiene eficacia una voluntad que solo se emite por complacencia o por broma, sin revelar el ánimo o intención de obligarse, como tampoco se le reconoce valor a una condición suspensiva, meramente potestativa, si esta depende únicamente de la persona que se obliga.

Asimismo, es indubitado el que no cualquier querer o deseo se hace digno o merecedor de reconocimiento jurídico, sino aquel que pretende la consecución de un fin lícito, que se manifiesta o expresa de buena fe y que guarda armonía con los intereses regulados y amparados por el Derecho. Según Ferrara, "*hay pues un límite teórico en la protección de la voluntad: dentro de ciertas líneas —las de la buena fe y el interés del comercio— la voluntad produce efectos jurídicos; fuera de ellas, es solo un movimiento del ánimo que carece de significación jurídica*"⁵¹.

Ahora bien, la regla que determina que ante terceros deba prevalecer la voluntad declarada, ostensible y conocida, tutelando así la buena fe que corresponde presumir en ellos, inspira soluciones no controvertidas en doctrina tales como la negativa a reconocer eficacia a la *reserva mental*.

Recordemos que si bien la reserva mental se asemeja a la simulación, en el sentido que tanto en una como en otra se declara lo que no se quiere con el propósito de engañar, la radical diferencia entre ambas viene dada por la circunstancia de que mientras en la primera existe concierto entre las partes, en la segunda tal disconformidad permanece en el fuero interno de una sola parte⁵². Así, podríamos sostener que la reserva mental consistiría en una suerte de *simulación unilateral*.

Nadie duda que en los supuestos de reserva mental el declarante queda obligado frente a los receptores y destinatarios de la declaración, sin que pueda exonerarse de responsabilidad por el hecho de que la misma no se conforme con su voluntad real.

¿Y cuál es el texto legal en el cual se fundamenta la clara negativa a reconocer efectos a la reserva mental? No hay, entre nosotros, ningún precepto que explícitamente consagre la ausencia de tutela jurídica a la voluntad real del declarante que incurre en reserva mental; pero ciertamente tal conclusión fluye de los principios generales del derecho, en los cuales, conforme a lo ya expresado, también apoyamos nuestra tesis en orden a desconocer eficacia a la acción de simulación respecto de los terceros de buena fe⁵³.

Algo similar a lo dicho a propósito de la reserva mental, puede predicarse a propósito del tratamiento que nuestro legislador ha dado al *error* como vicio del consentimiento. En este sentido, es sabido, que no cualquier hipótesis de error de hecho se traduce en la nulidad del acto, sino que únicamente aquellas a las cuales la ley —por considerarlas *relevantes*— expresamente les ha atribuido esta virtud.

⁵⁰ En este sentido, se ha fallado que "Toda declaración de voluntad debe tener una razón o interés jurídico que induce a obligarse". *"Meneses, Cristina y otras con Meneses, Carlos y Emilio"*, C. de Santiago, 11 de septiembre de 1958.

⁵¹ FERRARA, *op. cit.*, pg. 56.

⁵² VIAL, *op. cit.*, pg. 107.

⁵³ Se ha dicho que la simulación no es más que una "*reserva mental bilateral*", y por consiguiente, así como la reserva mental es ineficaz para el contratante que la ignora, así también la simulación, que viene a ser una "*reserva común y consensual*" de ambos contratantes respecto a los terceros, debe ser ineficaz en cuanto a estos. Ferrara, *op. cit.*, pg. 357.

Por lo mismo, aun cuando en la víctima del error se produzca una disconformidad entre su real querer interno y la voluntad que aparece manifestando, tal desacuerdo no es considerado por el legislador si este, por muy determinante que fuera, no es posible de subsumirse o encuadrarse en los supuestos en los cuales legalmente se le reconoce un efecto desvinculante para quien lo padece. Así, por ejemplo, nos encontramos con el rechazo total que proclaman los autores en cuanto a otorgar eficacia a los casos de "*error sobre los motivos*", definidos por *Pietrobon* como una "intelección defectuosa de hechos extraños al esquema negocial..., que supone una inexacta representación de las razones o móviles personales que inducen a contratar" y donde "las propias creencias, propósitos individuales y fines personales buscados son objeto de yerro y equivocación"^{54, 55}.

En este contexto, pero en otro orden de ideas, sabemos que uno de los fines del Derecho, cuyo principal garante ha de ser siempre la magistratura, es el de la certeza y seguridad jurídica, que precisamente inspira y sirve, a la vez, como uno de sus fundamentos, a instituciones tan trascendentes como la de la prescripción. Pues bien, para la materia que nos interesa, es innegable que la seguridad y estabilidad que reclama el tráfico jurídico nos lleva a estimar que ante una disconformidad entre voluntad y declaración ha de preferirse el acto aparente en cuya virtud han actuado los terceros que se vinculan con las partes. Fácilmente se podrían imaginar los trastornos que produciría en la vida económica la incertidumbre acerca de si nos hallamos o no contratando ante personas veraces y fidedignas. ¿Qué garantía acerca de la estabilidad del derecho que pretendemos adquirir se nos otorgaría si estuviéramos expuestos a la acción de un tercero que acredite que nos han engañado, sin que, al mismo tiempo, tengamos posibilidad alguna de protegernos de un fraude? ¿A qué modalidad especial de la diligencia y cuidado podríamos recurrir a fin de verificar, antes de celebrar un contrato, si el título del cual emana el derecho que nos transfieren no da cuenta de falsedades ideológicas o de falta de sinceridad por parte de los antecesores en el mismo derecho? En respuesta a semejantes interrogantes, con acierto se ha fallado que de adoptarse un sistema que no reconociera esta realidad "no habría ningún dominio o derecho real estable, ya que quedarían a merced de lo que afirmasen los contratantes anteriores contra lo que constase en las respectivas escrituras" (Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de mayo de 1919, recaído en la causa "*Rivera, Mercedes con Prieto, Estela y otra*").

Por último, pensamos que enfrentado el intérprete a dos principios o normas que, ante una situación concreta, se revelan contradictorias entre sí (v.gr. "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*" v/s buena fe del tercero adquirente), necesariamente ha de inclinarse por aquella que: (i) mejor se conforme con la obtención del interés público; (ii) produzca el resultado más justo; (iii) sea la que más convenga en orden a hacer previsibles los resultados de la aplicación de la ley y, en suma, (iv) se traduzca en la solución más coherente y consistente con el resto del ordenamiento en que la ley se inserta⁵⁶.

Atendidas las consideraciones anteriores y la ausencia de una regulación legal explícita, creemos que la preferencia por el tercero adquirente exige, además de su buena fe, el que la pertinente adquisición se haya hecho a *título oneroso*. En efecto, puestos en la balanza dos intereses que, en principio, son igualmente merecedores de tutela, nuestra inclinación por uno de ellos, invocando los principios generales del Derecho y la equidad, nos conduce, por las mismas razones, a otorgarle amparo solo en el evento que hubiere incurrido en un sacrificio

⁵⁴ PIETROBON, Vittorino, "*El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*", Edit. Rvta. de Derecho Privado, Madrid, 1971, pg. 243.

⁵⁵ Vial ejemplifica casos de "*error sobre los motivos*", identificando como tales los siguientes: alguien dona sus bienes a un establecimiento de beneficencia creyendo que va a recibir un elevado caudal hereditario; una persona reconoce a un hijo en la creencia de que cohabitó exclusivamente con la madre al tiempo de la concepción; una persona compra un reloj porque ha creído equivocadamente que ha perdido el suyo; un funcionario público cree erradamente que va a ser trasladado a otra ciudad, y arrienda en esta una casa. Vial, *op. cit.*, pg. 143.

⁵⁶ BENNION, citado por Jorge Streeter en su trabajo "*Influencia de la equidad en la aplicación de las leyes generales*", publicado como parte de la obra "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", Editorial Jurídica, 1991, pgs. 210 y 211.

pecuario a consecuencia de la simulación. Por tanto, en caso de conflicto entre acreedores del fingido enajenante, que hubieren tenido dicha calidad al tiempo de realizarse la simulación, y los terceros de buena fe que han adquirido un bien o derecho sobre la base de la misma, habrá de preferirse a estos últimos únicamente si dicha adquisición lo fue a un título oneroso. Este ha sido, por ejemplo, el criterio que ha inspirado a nuestro legislador en materia de *acción pauliana* y también en la hipótesis que describe el artículo 2303 de nuestro Código⁵⁷.

La posición que sustentamos, y que se sigue en la doctrina y derecho comparado⁵⁸, ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia en más de una ocasión. En tal sentido, pueden consultarse las sentencias pronunciadas en las siguientes causas: "*Meneses, Cristina y otras con Meneses, Carlos y Emilio*", C. de Santiago, 11 de septiembre de 1958, Considerando N° 58; y "*Dávila con Mendoza y otro*", C. de Santiago, 26 de diciembre de 1957, Considerando N° 3°.

En la misma línea que se comenta, y confirmando las conclusiones que hemos propuesto en estas notas, debe advertirse que la solución a que adherimos no deja en la indefensión a los acreedores del fingido enajenante, toda vez que la protección de su garantía general puede encontrar una eficaz salvaguardia en los denominados "derechos auxiliares del acreedor" y, dentro de estos, en las medidas conservativas y en la acción pauliana o revocatoria. Adicionalmente, constituyendo la simulación ilícita un delito civil, los acreedores podrán demandar la correspondiente indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual del deudor. En cambio, si negáramos tutela al tercero adquirente de buena fe, su también legítimo interés se vería expuesto al más inicuo y flagrante desamparo.

De igual modo advertimos que en razón de las mismas consideraciones que desarrollamos en las páginas anteriores, enfrentados, por un lado, los acreedores del fingido enajenante y, por el otro, los acreedores del aparente comprador, debe privilegiarse la protección de los segundos. El señalado conflicto es evidente si se considera que los acreedores de quien enajena simuladamente tienen interés en que el patrimonio de su deudor se mantenga intacto a pesar de la ficción, mientras que los acreedores del fingido comprador perseguirán precisamente el objetivo contrario, es decir, que el activo con el cual cuentan para garantía de sus créditos, se incremente con la supuesta adquisición. Consistente con lo anterior, si se trata de un conflicto entre los acreedores de una u otra parte y los acreedores del tercero adquirente, habrá de preferirse, en principio, la tutela y protección de estos últimos, solución que también propone Ferrara⁵⁹. Todo lo dicho, como se advertirá, se fundaría en las argumentaciones que nos han llevado a determinar la prevalencia del tercero adquirente antes que la del acreedor de las partes, haciendo prevalecer los derechos de aquel que fundamenta su interés en una formal declaración de voluntad.

Sin embargo, e introduciendo un elemento no considerado en el pensamiento del gran jurista italiano, pensamos que el interés de los acreedores del tercero adquirente cedería en favor de los acreedores de las partes de la simulación en el evento que, poseyendo estos tal calidad al momento de otorgarse la simulación, los créditos de aquellos hubieren nacido con anterioridad a la adquisición que operó en el tercero. Ello, debido a que en tales supuestos el acreedor del tercero consintió en el crédito sin representarse que el respectivo bien formaba parte del patrimonio de su deudor y estaba afecto, por tanto, a su derecho de prenda general.

Ahora bien, a manera de epílogo de la materia atinente a los conflictos de intereses que se han analizado, estimamos oportuno llamar la atención en el hecho de que las fórmulas de solución propuestas no rigen tratándose de una situación que, solo en apariencia, podría

⁵⁷ Dicho precepto establece que "El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder".

⁵⁸ Ver Nota N° 44.

⁵⁹ *Op. cit.*, pg. 370.

considerarse similar a las comentadas. Nos referimos a aquellos casos en los cuales las dos clases de terceros se encuentran en igualdad de condiciones y merecen la misma protección; *sin que para mantener los unos frente a los otros su adquisición respectiva tengan necesidad de invocar el negocio simulado, que incluso pudiera serles desconocido*⁶⁰.

Un ejemplo ilustrativo de este conflicto sería el siguiente:

Con el objeto de burlar el derecho de prenda general de sus acreedores, "Primus" transfiere a "Secundus", simuladamente, el único bien de valor con que cuenta en su patrimonio. Luego, "Primus" transfiere, mediante una compraventa real, el mismo bien a "Tercius". En el intertanto, sin embargo, "Secundus" había enajenado, también en términos reales, el mismo bien a otro tercero.

Como se podrá apreciar, aparecen aquí enfrentados los intereses de dos terceros distintos que, a su vez, han adquirido un derecho, de igual naturaleza y sobre una misma cosa, de quienes gozaban de "títulos" igualmente eficaces para transferirlo legalmente.

Participamos de la solución que a estos respectos propone Ferrara, asimilando este conflicto a aquel que se presenta cuando el dueño de una cosa la enajena dos o más veces a diversas personas⁶¹. Llevado el tema a nuestra realidad jurídica, ello se traduce en aplicar analógicamente a este caso la regla contenida en el artículo 1817 de nuestro Código Civil. En consecuencia, en hipótesis como la planteada —y sin que se halle envuelto el tema de la simulación en sí, sino que en virtud de otros principios—, habrá de preferirse al comprador que hubiere entrado en posesión del bien; si ello ha ocurrido respecto de ambos, a aquel a quien primero se hizo la entrega; y, si no se efectuó entrega a ninguno, prevalecerá el título más antiguo.

Para terminar con las consideraciones *civiles* que plantea la eficacia de la simulación en lo tocante a terceros, y recordando que presupuesto indispensable para resolver en favor del tercero es su buena fe al momento de convenir con el fingido adquirente,⁶² llamamos la atención sobre un punto relevante, tampoco resuelto explícitamente en la ley. Consiste este en preguntarse: ¿Qué ocurrirá en los casos en que el tercero que alega desconocimiento de la simulación no haya podido, razonablemente, ignorar la existencia de aquella? ¿Hasta dónde habrá de protegerse el error o ignorancia del que invoca buena fe?

Pensamos que la solución del problema no se encuentra —ni podría además encontrarse— en un texto legal que la consagre de manera clara y definida para todas las hipótesis que sea susceptible de presentar el mundo real. Nos parece que la materia reviste la naturaleza de una "cuestión de hecho", a cuyo respecto los jueces del fondo serán soberanos para juzgar.

Todavía más, insistimos que es precisamente en aspectos como el planteado donde la jurisprudencia ha sido llamada a fijar los criterios y pautas, aplicando a la realidad en que se actualiza el Derecho los dictados de la razón, la prudencia y la equidad.

Sobre esta base, postulamos que los tribunales, instados a "decir el derecho" para el caso particular de que conozcan, tendrán que determinar si la ignorancia del tercero es o no compatible con los mínimos deberes de diligencia y cuidado que un hombre ha de observar en la administración de sus propios negocios.

En consecuencia, y citando a Betti, afirmamos que la buena fe consiste en la ignorancia, pero *ignorancia legítima*⁶³, esto es, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el

⁶⁰ FERRARA, *op. cit.*, pg. 371.

⁶¹ *Op. cit.*, pg. 372.

⁶² Creemos que para calificar la buena fe que ha de concurrir en el tercero debe atenderse al tiempo en que este contrata, sin que pierda tal calidad por el hecho de que con posterioridad adquiera noticia de la simulación. Así, en esta materia aplicamos el mismo criterio que siguió el legislador para determinar la buena fe a propósito de la posesión (art. 702 del C. Civil).

⁶³ BETTI, Emilio, *op. cit.*, pg. 78.

empleo de una diligencia normal u ordinaria. Por lo demás, la solución que proponemos no es extraña a nuestro Código, el cual, por ejemplo, recurre al mismo criterio al expresar, en su artículo 2173, que en todos los casos “*en que no pareciere probable la ignorancia del tercero*” en lo que respecta a la expiración del mandato, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante, aplicando de este modo la antigua máxima del derecho romano: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

CONSIDERACIONES PENALES

De acuerdo con las argumentaciones consignadas en el acápite anterior, hemos visto que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en legislación comparada, la simulación, en sí misma, no puede calificarse como un hecho necesariamente ilegítimo o estimarse *per se* prohibida por la ley. Como bien destacan Flour y Aubert, ella no anula una convención que, de ser ostensible, habría sido válida, ni valida una convención que, de ser ostensible, habría sido nula; presentándose, por lo mismo, como una figura de carácter neutro⁶⁴. En definitiva, y citando a Jossierand, concluimos que la licitud o ilicitud de la simulación estará determinada por el móvil que anime a sus autores, pues si bien siempre estará presente el *engaño*, “habrá mentiras jurídicas condenables y a veces criminales, otras que serán solo pecados veniales y algunas, por último, indiferentes a la moral y aún motivadas por exceso de delicadeza o de escrúpulos de conciencia”⁶⁵.

Según también se explicó, y lo ha fallado uniformemente la jurisprudencia, solo en aquellos casos en los cuales la finalidad —definida y específica— que ha motivado la simulación sea el perjuicio de un tercero, esta podrá ser calificada de ilícita. En tal supuesto, además de los derechos que la ley franquea al tercero a fin de impugnar la simulación o bien aprovecharse de esta, podría tener lugar la responsabilidad extracontractual imputable a quienes han urdido el fraude⁶⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista criminal, la doctrina y jurisprudencia nacional no solo se hallan contestes en la aplicabilidad de los mismos principios que se formulan en el orden civil, sino que, adicionalmente, hay consenso en adoptar las mismas categorías propuestas en este ámbito al momento de conceptualizar y clasificar la simulación.

Así, por ejemplo, al definir este instituto, Labatut —citando a su vez a Giorgi— expresa que “... jurídicamente hablando hay simulación cuando en un contrato existe oposición deliberada entre el acto íntimo del querer y su manifestación exterior, ya sea porque el acto no se ha querido en absoluto por las partes, ya sea porque se ha querido uno diferente del que se hace aparecer. En el primer caso hay una simulación propiamente tal; en el segundo, una disimulación”⁶⁷ o dicho en otros términos, simulación *absoluta* y simulación *relativa*, respectivamente. “De este modo —acota Eicheberry—, la expresión señalada (‘simulación’) comprende tanto el hacer aparecer como real un hecho que no lo es (simulación propiamente tal) como el hacer aparecer como inexistente un hecho real (disimulación)”⁶⁸.

En igual sentido se han pronunciado nuestros tribunales de justicia, conociendo de un proceso penal, manifestando que “*cabe simular la existencia de un negocio jurídico, su naturaleza o las personas de los contrayentes, resultando, así, que la simulación puede ser absoluta, cuando por debajo de la apariencia del negocio simulado no existe ningún negocio*”.

⁶⁴ PALLAS, *op. cit.*, pg. 24.

⁶⁵ *Id.* Nota N° 6.

⁶⁶ En opinión de Alessandri, dicha responsabilidad existirá únicamente si se verifican las siguientes condiciones: 1° Que sus autores sean capaces del delito o cuasidelito; 2° Que el hecho ilícito provenga de dolo o culpa; 3° Que cause un daño, y 4° Que entre el hecho doloso y culpable y el daño exista una relación de causalidad. citado por VALENZUELA P. Mario, “*Del Delito de Simulación de Contrato*”, Imprenta Gutenberg, 1954, pg. 22.

⁶⁷ LABATUT G., Gustavo, “*Derecho Penal*”, T. II, Parte Especial, 7° ed., Edit. Jurídica, 1995, pgs. 223 y 224.

⁶⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho Penal*”, Tomo III, Parte Especial, 3° ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997, pg. 393.

real, o relativa, cuando velado bajo aquel existe realmente otro distinto, o bien consistir en la interposición de una persona, haciendo intervenir a un testafiero, que aparece en vez de la parte verdadera que queda oculta”. El mismo fallo agrega que “*ya se sabe que la absoluta es nula, o, expresado con más corrección, que el negocio absolutamente simulado es nulo. No así la relativa, en que, descornado el velo de la apariencia, queda incólume la verdadera relación jurídica contraída secretamente, la cual será eficaz si reúne las condiciones necesarias para su existencia y validez*”⁶⁹.

A propósito de la naturaleza “neutra” de la simulación que se recordaba más arriba, el profesor Eicheberry sostiene que “la simple mentira o afirmación falaz no es bastante para constituir ‘simulación’, elemento del ‘engaño’ que integra el fraude penal. Ello, en virtud de que no existe de un modo genérico una obligación de decir la verdad que ligue jurídicamente a los ciudadanos en todos sus actos y negocios. Aceptar la posibilidad de sancionar como fraude penal cualquiera mentira en que otro haya creído, equivaldría a extender desmesuradamente el campo del fraude penal (prácticamente no quedarían fraudes civiles), y a invitar a la negligencia de los contratantes, que no necesitarían preocuparse de verificar las condiciones de sus negocios, sabiendo que en caso de haber mentido la contraparte gozarían de la máxima protección legal: la pena”⁷⁰. De esta manera, reafirmamos la plena vigencia, en materia penal, de los postulados de Colin y Capitant en orden a que “las partes pueden obligarse como quieran y, en tal sentido, realizar en secreto aquello que también les sería permitido realizar públicamente”⁷¹.

Desarrollando esta misma idea, el connotado penalista agrega: “Como la posibilidad de la mentira está siempre presente, quien se limitó a creer la afirmación ajena no puede decir que ha sido engañado, ya que su aceptación de aquella siempre y necesariamente ha debido ir acompañada de la representación de que era posible su inexactitud. Lo propio de la ‘simulación’ es la existencia de apariencias externas que induzcan al sujeto pasivo a formarse por sí mismo una representación o juicio acerca de la realidad que no corresponda en verdad a ella.” A modo de corolario, termina diciendo que “para constituir simulación (propia del fraude penal) no basta la simple mentira, sino que deben existir apariencias externas, o bien determinadas circunstancias excepcionales que acompañen a la afirmación mentirosa”⁷².

En la misma línea que se comenta, Rivacoba señala que “la simulación en sí, podría decirse que es ‘incolora’ (destacando también el hecho que sobre los particulares no pesa ningún deber jurídico de decir verdad) y se califica según los fines de los que la emplean. Según sean estos, es lícita o ilícita, persiguiendo esta última enmascarar la violación de una norma jurídica o defraudar a terceros”⁷⁴.

Previo al análisis de los tipos penales concretos que, en nuestro sistema legal, sancionan la simulación, es oportuno advertir que tales figuras son por completo diversas de los ilícitos vinculados a la falsedad y, en particular respecto de la “*ideológica*”, que sería en principio aquella con la cual esta podría confundirse a partir de una apreciación superficial de la materia.

⁶⁹ “*Contra Maric Radic, Randón y otros*”. Corte Punta Arenas 14 de septiembre de 1989. RDJ, T. 86, 2° Parte —Secc. 4°. Consid. N° 3, pg. 146.

⁷⁰ *Op. cit.*, pg. 394.

⁷¹ *Id.* Nota N° 5.

⁷² Reforzando el planteamiento, el mismo profesor acota que propugnar la punibilidad de todo engaño o mentira “también pugna con los que hoy constituyen los ‘principios limitadores del *ius puniendi*’, entre los cuales figuran los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima”. (*Op. cit.* pgs. 394 y 395).

⁷³ Según advertíamos en otra parte de este mismo trabajo, con ocasión de la buena fe que se exige en el tercero que reclame tutela civil frente a la simulación, en nuestra opinión son los tribunales de justicia, instados a “decir el derecho” para el caso particular de que conozcan, los llamados a determinar si la ignorancia del tercero es o no compatible con los mínimos deberes de diligencia y cuidado que un hombre ha de observar en la administración de sus propios negocios.

⁷⁴ RIVACOBA R., Manuel, “*El Delito de Contrato Simulado*”, Gaceta Jurídica N° 44, febrero 1984, pgs. 3 y sgtes.

El más clásico de los autores que han abordado la temática ya nos advierte respecto de este eventual equívoco al señalar que la simulación disfraz a el consentimiento, esto es, el elemento subjetivo del negocio; en cambio, la falsedad ideológica descende al elemento objetivo, alterando la verdad material de las declaraciones emitidas o de las circunstancias de hecho. Asimismo, la simulación puede abarcar todo el contenido del acto que expresa la convención; en cambio, la falsedad se limita a aquella parte destinada a dar plena fe, es decir, a la atestación de los hechos ejecutados en presencia del funcionario público. El mismo tratadista destaca que el motivo de que la ley establezca para la falsedad una sanción penal, radica en que esta viola la fe pública, traiciona la fuerza probatoria del acto, sobre la cual descansa la confianza de la sociedad. Pero el oficial público no da fe, ni puede darla, de la verdad y realidad de la convención, y por eso, en la simulación, el derecho formal que constituye el objeto del reato de falsedad queda completamente ileso^{75, 76, 77}.

Nuestro Código Penal contempla dos ilícitos referidos a la simulación, y que se vinculan, concretamente, con el otorgamiento de contratos en los cuales se halla presente esta figura; a saber: los artículos 466, inciso segundo y 471 N° 2.

Al decir de Labatut, en el primer caso se encuentra el deudor no dedicado al comercio que finge un estado de insolvencia por medio de contratos ficticios, falsas enajenaciones o suposición de acreedores, por ejemplo; mientras que el segundo “comprende todos los otros casos en que la simulación perjudica a terceros, sin considerar la calidad personal del culpable, ya que no exige que el perjudicado sea acreedor del que realiza la simulación”⁷⁸.

Conforme a lo dicho, Valenzuela concluye que el Art. 471, N° 2 se ocupa, en general, de la simulación de contratos en el Derecho Penal (lo que denomina *delito de simulación de contrato*) y el Art. 466, inciso final, de una determinada aplicación de los actos simulados (y que identifica como *delito de insolvencia simulada*)⁷⁹.

Dado que escapa a la naturaleza de estas notas realizar un exhaustivo desarrollo del tema, solo nos referiremos de manera general a las principales características de estos tipos penales. Advertimos, por lo mismo, que la siguiente enunciacón ha omitido la rigurosidad que amerita un estudio pormenorizado de cada una de las normas que se han señalado.

a) Dentro de la clasificación de los delitos, Novoa apunta las siguientes características de aquellos que nos ocupan:

- (i) De “acción”, porque su realización requiere un movimiento corporal decidido por el querer interno de los sujetos que produzca una alteración en el mundo externo,

⁷⁵ FERRARA, *Op. cit.*, pgs. 120 y 121.

⁷⁶ Entre nosotros, en igual sentido se pronuncia don Víctor Santa Cruz, manifestando que son cosas distintas el problema de establecer si realmente se efectuaron las declaraciones de los interesados, y el problema de determinar si esas declaraciones son o no verdaderas. En otras palabras: es preciso distinguir entre la verdad de haberse hecho la declaración y la verdad de lo declarado. En este sentido, el mismo autor agrega que la situación del funcionario es, pues, muy distinta, de la del particular. Aquel comete delito por el solo hecho de faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales. El particular no comete tal delito por el mero hecho de faltar a la verdad, aunque lo haga respecto de hechos sustanciales y en instrumento público. El artículo 193 del Código Penal no es, pues, aplicable al particular, en cuanto sanciona el delito de faltar en instrumento público a la verdad. *Op. cit.*, pgs. 10 y 12.

⁷⁷ En el mismo sentido que se comenta se han pronunciado nuestros tribunales, v.gr. la Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia publicada en Gaceta de los Tribunales. Año 1938. Segundo Semestre, sentencia N° 91, pgs. 434, 435, 437 y 438, citada por Valenzuela, *op. cit.*, pg. 25.

⁷⁸ *Op. cit.*, pg. 224.

⁷⁹ Para Valenzuela, de la sola lectura de los preceptos anotados puede desprenderse que la órbita de acción del Art. 466 es específica y limitada; la del Art. 471 general y amplia. Así, en tanto que para el primero de estos artículos el autor debe reunir la calidad de deudor no comerciante y su actuación punible debe reducirse a sus acreedores, perjudicándolos al simular insolvencia, el segundo sanciona a cualquiera que cause un perjuicio a tercero al otorgar un contrato simulado con este propósito. *Op. cit.*, pgs. 27 y 28.

- (ii) “Comunes”, por cuanto afectan a los particulares en derechos que les son propios, como los patrimoniales, y
- (iii) “Materiales”, a virtud de no consumarse sino por la producción del evento determinado por la ley: *el perjuicio*⁸⁰.

b) Atendida la circunstancia —ya comentada— de que la simulación en principio no es punible, debido a la falta de un deber legal en el sentido de decir siempre la verdad, para que proceda la sanción criminal se requiere que ella cause perjuicio a terceros⁸¹.

En consecuencia, mientras no exista perjuicio, “los actos celebrados simuladamente serán válidos y producirán todas las innovaciones jurídicas que se ajusten a su naturaleza”. Más explícita todavía ha sido la Corte de Apelaciones de Chillán, al precisar “*Que los elementos constitutivos del delito previsto en el N° 2 del Art. 471 del C.P., son dos: la simulación de un contrato, y, que de esta simulación resulte perjuicio a un tercero*”. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en una sentencia dictada con fecha 24 de junio de 1902, había ya declarado que “*la simulación sin perjuicio de tercero no es estafa ni tampoco puede calificarse como falsedad*”⁸².

Compartimos la opinión de Carrera cuando, comentando la punibilidad de la simulación, hace notar, que “ciertamente en tales casos no es el secreto ni, el disfraz lo que se castiga, sino el daño que se hace”⁸³.

c) “Este perjuicio debe consistir en la lesión de un derecho efectivamente existente, real o personal, de que es titular un tercero”⁸⁴ y, además, conforme lo ha señalado la Corte Suprema, “... *un perjuicio actual apreciable en dinero*”⁸⁵.

Sobre este particular, Valenzuela hace ver que “la disposición del Art. 471 del C°. Penal al hablar de perjuicio a otro se está refiriendo al que se ocasione a un tercero en sus derechos, no en sus meras expectativas, como quiera que este delito se encuentra ubicado bajo el título de los delitos contra la propiedad y, dado sus características, solo puede recaer en derechos patrimoniales, no constituyéndolos las meras expectativas”^{86, 87}.

d) “El perjuicio debe derivar de la precisa circunstancia de ser simulado el contrato”⁸⁸. Así, es menester recordar que la actividad típica consistente en otorgar un contrato simulado, solo puede ejecutarse por comisión y ha de estar conectada *causalmente* con el perjuicio patrimonial⁸⁹. De igual modo, debe recordarse que “perfectamente puede haber dolo sin perjuicio y, a la inversa, haber perjuicio sin que se haya procedido con dolo”⁹⁰.

⁸⁰ “Apuntes de clases de Derecho Penal de don Eduardo Novoa M.”, profesor de esa cátedra en la Facultad de Leyes de la P. U. C., sobre “El Delito”, año 1948, pg. 3. Citado por Valenzuela, *op. cit.*, pgs. 28 y 29.

⁸¹ ETCHEBERRY, *op. cit.*, pg. 443. Así también lo ha entendido la jurisprudencia al afirmar que “*la legislación penal sólo sanciona el contrato simulado cuando se celebra en perjuicio de terceros*”. (“*Engelberger, Jorge con Puentes, Gustavo*”). C. de Temuco — 7 de diciembre de 1955. RDJ, T. 52, 2ª Parte, Secc. 2ª).

⁸² VALENZUELA, *op. cit.*, pg. 36.

⁸³ *Op. cit.*, pg. 18.

⁸⁴ ETCHEBERRY, *op. cit.*, pg. 443.

⁸⁵ Corte Supr. Cas. Fondo — 26 de junio de 1940. “*Corbeaux con Burgos*”.

⁸⁶ *Op. cit.*, pg. 37.

⁸⁷ Según planteábamos al tratar de las consideraciones civiles en torno al mismo tema, resulta indispensable que el tercero que demanda la protección legal posea un *interés legítimo*, habiéndose fallado que “*es requisito necesario para ejercer la acción de simulación la existencia de un interés jurídico en el actor para que se afirme o declare la titularidad de un derecho subjetivo*”. Asimismo, y también en este ámbito, hacíamos notar que no constituyen motivos bastantes o suficientes para una legitimación activa de esta acción, aquellos que el actor fundamente en simples especulaciones, suposiciones o conjeturas, más o menos sofisticadas o razonables, pero que no consisten en un perjuicio cierto, real y efectivo.

⁸⁸ SOLER, citado por ETCHEBERRY, *op. cit.*, pg. 443.

⁸⁹ RIVACOBA, *op. cit.*, pgs. 6 y 7.

⁹⁰ VALENZUELA, *op. cit.*, pg. 39.

- e) El delito se consuma al causarse el perjuicio⁹¹, y no por el simple otorgamiento del contrato^{92, 93}.
- f) "Por su naturaleza, el fraude por engaño es un delito que solo se concibe con *dolo directo*. Este dolo debe cubrir todos los elementos típicos: simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación causal entre todos ellos"⁹⁴. En esta misma línea, nuestro más alto tribunal ha fallado que "*La simulación aparece así como un medio fraguado por las partes con la intención precisa de perjudicar a un tercero ajeno al contrato*"⁹⁵. En otra sentencia, esta vez de una de las Cortes, se expresa que "*Su presencia (la simulación) y la acción misma de simular, de engañar, de imbuir en otro una representación falaz, excluyen cualquier especie o forma de culpabilidad que no sea el dolo directo*"⁹⁶. En razón de lo dicho, Del Río hace presente que no cabe hablar, en materia penal, de cuasidelito de simulación de contrato⁹⁷.
- g) También a propósito del elemento intencional del delito, se ha resuelto que "el hecho de que una mujer casada, al celebrar un contrato, se diga viuda cuando en realidad su marido vive, no constituye delito, no está comprendido en ninguna de las disposiciones relativas a las estafas, ni aun constituye dolo en conformidad a las prescripciones de la ley civil"^{98, 99}.

⁹¹ SILVA S, Hernán, "*Las Estafas. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*", Editorial Jurídica de Chile, Barcelona - Buenos Aires - México D.F. - Santiago de Chile, año 1996, pg. 93.

⁹² VALENZUELA, *op. cit.*, pg. 38. El mismo autor cita la opinión, más extrema, de Angel Berestesky I., para quien el hecho sancionado por el N° 2° del art. 471 exige la producción del perjuicio al momento mismo de realizarse el acuerdo simulado o sea, que en el delito de contrato simulado acción y resultado deben ser simultáneos. Si el perjuicio no se produce en ese acto, ninguna responsabilidad penal afectaría a los simuladores.

En apoyo de esta tesis se alude a una sentencia de la II.ma. Corte de Santiago, de fecha 4 de mayo de 1927, que resolvió el siguiente caso: Una criada había obtenido por la fuerza un testamento en que su patrona la instituía heredera de todos sus bienes. Al fallecer esta, sus parientes atacaron la nulidad de ese testamento, logrando que así se declarara en primera y segunda instancia. En contra del último fallo la demandada recurrió de casación, vendiendo simuladamente los bienes heredados a una hermana, pendiente la resolución del recurso. En esta situación se presenta el demandante y les entabla querrela criminal por el delito de simulación de contrato.

Apelada la declaratoria de reo dictada por el Juez sumariante, la Corte, conociendo de este recurso, revocó ese auto, fundándose para ello en las siguientes razones: "*Que en el hecho materia de la querrela de fs. 1 no se encuentran reunidos todos los requisitos del delito enunciado, pues no hay razón para estimar que el contrato de compraventa de dos inmuebles otorgado por doña N.N. a favor de su hermana doña S.A. antes de fallado el juicio de nulidad de testamento de doña S.A. vda. de O. y sin que existiera prohibición para celebrarlo, se otorgó en perjuicio de otro*".

La Corte habría llegado a este resultado por considerar que faltaba uno de los elementos necesarios a la simulación penal, cual es en perjuicio a terceros, ya que éste no había surgido coetáneamente a la celebración del contrato, sino mucho después.

⁹³ A propósito de la sentencia señalada en la nota anterior, es menester consignar que una breve ojeada a la legislación comparada permite distinguir, en los diferentes códigos, la existencia de dos bienes jurídicos tutelados, según la modalidad de redacción empleada por la disposición respectiva. Por un lado, el patrimonio, como prenda común de los acreedores, es el objeto de protección de aquellas legislaciones que han seguido el modelo del Código español (art. 519) que describe, escuetamente, el comportamiento de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores. A este sistema se afilian la mayoría de los códigos iberoamericanos: Cuba (art. 535), Honduras (art. 518), Chile (art. 466), Guatemala (art. 408), Colombia (art. 421), Nicaragua (art. 501), Bolivia (art. 344).

Lo mismo puede decirse de algunos otros códigos europeos, que aunque no contienen expresión equivalente a la de "alzamiento" contemplan, exclusivamente, como resultado delictivo, el fraude de los acreedores. Tal sucede con el código Alemán (art. 288), el griego (art. 397), el noruego (art. 282) y el austríaco (art. 205).

Por otro lado, el código italiano (art. 388) se aparta de dicha modalidad, haciendo objeto de protección a la autoridad de las decisiones judiciales, comprendiendo, exclusivamente, a las obligaciones que nacen de una sentencia condenatoria. Con ello convierte al interés de los acreedores en un bien tutelado solo indirectamente y de manera secundaria. En esta modalidad cabe enlazar al código polonés (art. 282), que requiere un elemento subjetivo del injusto consistente en "el fin de hacer fracasar el procedimiento de ejecución". HENDLER S., Edmundo, "*El Delito de Insolvencia Fraudulenta*", en "Doctrina Penal", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pg. 766.

⁹⁴ ETCHEBERRY, *op. cit.*, pg. 405.

⁹⁵ ROL 7.605. *Antebach Kluge, Heinz. Queja Criminal*. Corte Supr. "Gaceta Jurídica", Año XIV-1989, N° 106.

⁹⁶ "*Contra Martic Radic, Ramón y otros*". Corte Punta Arenas 14 de septiembre de 1989. RDI, T. 86, 2ª Parte - Secc. 4ª, pg. 146.

⁹⁷ DEL RÍO C., Raimundo, "*Derecho Penal*", tomo II, pág. 44. Citado por Valenzuela, *op. cit.*, pg. 40.

⁹⁸ Gaceta de los Tribunales. Año 1918, Primer Semestre, pg. 1084, Sentencia N° 355. Valenzuela, *op. cit.*, pg. 33.

⁹⁹ Inspirado en los mismos razonamientos, el artículo 1685 de nuestro Código Civil previene que la simple aserción de mayor edad o de no afectarle a un incapaz otra causa de interdicción, no constituye dolo. De esta manera, se sanciona, por un lado, al contratante que no adoptó las precauciones mínimas a fin de cerciorarse respecto de la capacidad de su contraparte y, por el otro, se confirma que el dolo supone una "maquinación" destinada a provocar el engaño.

- h) Tratándose de un contrato simulado, se requerirán por lo menos dos partes, que serán coautores del delito¹⁰⁰. Como observa Fonán Balestra, la naturaleza del ardid empleado y el contenido del dolo consistente en el propósito de causar perjuicio a un tercero, tiene por consecuencia que el contrato debe ser simulado por ambas partes, y con ello, que la delincuencia es plural¹⁰¹.

Siguiendo el mismo criterio, se ha resuelto que "*evidentemente la simulación requiere la concurrencia de dos sujetos a lo menos que, con dolo, ejecuten una maquinación fraudulenta destinada a causar perjuicio a terceros*"¹⁰².

- i) Conforme lo determinado por nuestra jurisprudencia "*La actividad típica consistente en otorgar un contrato simulado, solo puede ejecutarse por comisión y ha de estar conectada causalmente con el perjuicio patrimonial... no cabe sino que esté inspirado, como delito de enriquecimiento que es, por un correlativo elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de lucro, tácito o implícito en la ley, pero que el intérprete no puede menos de captar en ella*"¹⁰³.

- j) Considerando que la simulación constituye uno de los elementos esenciales para dar lugar a la responsabilidad penal derivada de los tipos penales que se reseñan, resulta indispensable que en el proceso incoado a estos respectos se acredite que el contrato impugnado carece de existencia real.

Tal ha sido, por lo demás, el criterio sustentado uniformemente por nuestros Tribunales de Justicia¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ETCHEBERRY, *op. cit.*, pg. 443.

¹⁰¹ Citado por Silva, *op. cit.*, pg. 93.

¹⁰² ROL 7.605. *Antebach Kluge, Heinz. Queja Criminal*. Corte Supr. "Gaceta Jurídica", Año XIV - 1989, N° 106.

¹⁰³ "*Contra Martic Radic, Ramón y otros*". Corte Punta Arenas 14 de septiembre de 1989. RDI, T. 86, 2ª Parte - Secc. 4ª, pg. 146.

¹⁰⁴ Gaceta de los Tribunales. Año 1938, Segundo Semestre, pg. 434, Sentencia N° 91 de la Corte de Apelaciones de Chillán, considerando 9°; año 1919, Primer Semestre, pg. 614, Sentencia N° 1201 de la Corte de Apelaciones de Santiago; N° 92 de la Corte Suprema; año 1879, pg. 1425, Sentencia N° 2041. VALENZUELA, *op. cit.*, pg. 31.