

representado podría solicitar que se declare la rescisión, excepto cuando el error del representante no altera los efectos queridos por el representado, pues en tal caso no hay perjuicio patrimonial que proteger. Si se trata de fuerza o dolo, el acto es siempre anulable, cualesquiera sean sus efectos, pues la sanción de estos vicios es de orden público.

Si el representante procedió con dolo, quien contrató con él podrá pedir la rescisión, pero por la indemnización de perjuicios responderá el representante y no el representado, pues la representación no cabe en la comisión de hechos ilícitos civiles. Lo anterior, a menos que el representado hubiere sabido que el representante actuaría dolosamente, y ello pueda probarse.

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia han discutido si puede el representado pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto cuando el representante supo o debió saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683). La jurisprudencia más reciente, como se dijo al estudiar la nulidad, se inclina por admitir la solicitud, estableciendo que la representación autoriza al representante sólo para efectuar actos lícitos a nombre del representado; por ende, éste podría solicitar la nulidad absoluta, ya que no se le puede imputar el acto ilícito. A contrario sensu, si el representado conoció o debió conocer el vicio de que adolecía el acto, está inhabilitado de pedir la declaración de nulidad, aunque el representante haya ignorado el vicio.

VIII.- LA SIMULACION.

1.- Casos en los cuales intencionalmente falta la voluntad real.

Lo normal es que en un acto jurídico, las partes manifiesten su voluntad real. La doctrina distingue, entre los casos en los cuales una parte, intencionalmente, declara lo que no quiere, o sea, declara una cosa distinta de lo que se quiere declarar. La reserva tácita o *reservatio mentalis*, la *declaración iocandi causa* y la simulación. Nos referiremos inicialmente a las dos primeras para después centrarnos en la última, jurídicamente más trascendente:

a) La reserva tácita o *reservatio mentalis*.

La hay, cuando el declarante, sabiendo que lo que declara no corresponde a su intención, guarda en secreto, en su mente, su voluntad real o verdadera.

En principio, en este caso el acto jurídico es plenamente válido, en razón de la seguridad del comercio jurídico y la confianza en la palabra dada.

Para que el acto con estas características sea ineficaz, es preciso que el destinatario de la declaración sepa que la voluntad verdadera no es la manifestada, ya que en tal caso no se cumple con uno de los requisitos de la voluntad: que sea seria.

Por ejemplo, un individuo, antes de celebrar un contrato con determinada persona, manifiesta a otra que sólo contratará aparentemente, y esa intención es conocida por el futuro contratante antes de la celebración del contrato.

En el derecho civil alemán se acepta expresamente esta figura, pero se concluye que en nuestro Derecho también cabe, por aplicación del principio general de la presunción de seriedad en los actos jurídicos, sin perjuicio que la dificultad residirá en la prueba de que la otra parte conocía la reserva tácita del declarante.

b) La declaración *iocandi causa*.

En ella, la falta de seriedad se manifiesta en forma evidente, no pasa inadvertida para la otra parte. En esta categoría, se incluyen los comentarios corteses o jactanciosos, las promesas cuya inconsistencia es evidente para quien las hace, las declaraciones hechas en broma, en general, aquellas hechas sin seriedad.

A diferencia de lo que ocurre con la reserva tácita o mental, que por regla general ninguna influencia ejerce sobre la validez del acto jurídico, la declaración *iocandi causa* impide que nazca un acto jurídico y que por ende produzca derechos y obligaciones.

Excepcionalmente, puede producir efectos jurídicos, cuando por las circunstancias en que se hace o por la torpeza del declarante, la persona a quien va dirigida toma en serio la declaración.

Algunos autores concluyen que en tal caso habría culpa del declarante, y si se produjo daños a la persona que con cierto fundamento tomó en serio la declaración, procedería la indemnización de perjuicios, fundada en el art. 2314 del CC.

Clásico ejemplo es la promesa que se hace a una persona, en cuanto a pagarle una determinada suma, si inventa un aparato que la mayoría considera imposible de realizar, y esa persona incurre en gastos y dedica todo su esfuerzo a la obtención del encargo, hasta conseguirlo. En tal caso, no podría negarse la indemnización de perjuicios so pretexto que se hizo la promesa con el solo propósito de divertirse a costa del inventor.

2.- La simulación.

a) Concepto.

Es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual se dirige la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo (Ferrara).

La simulación se caracteriza, y en esto se distingue de la reserva mental, por el acuerdo con la parte con la que se contrata o con la persona a la que se dirige la declaración. Por eso, mientras la *reservatio mentalis* es posible en todos los actos jurídicos, la simulación sólo es posible en los actos jurídicos bilaterales y en los unilaterales recepticios, es decir, en los cuales la declaración de voluntad se dirige a una persona determinada que debe tener conocimiento de la misma (por ejemplo, notificación al deudor de la cesión de un crédito, la notificación de un despido o término del contrato de trabajo, formulación de una oferta, etc.). Por eso también, mientras el acto jurídico con *reservatio mentalis* es en principio válido, el simulado es generalmente nulo, ya que la parte que recibe la declaración falsa, no sólo conoce el desacuerdo, sino que lo ha querido por el pacto con el declarante. También se requiere, en consecuencia, un acto unitario, o la unidad de acción de voluntades, en términos tales que la disconformidad entre la voluntad real y la declarada, debe ser querida y compartida por las partes para que exista simulación.

Además, desde el momento que la simulación es compartida por las partes, podemos visualizarla como una situación diversa a la del error o del dolo.

b) Elementos de la simulación.

Tal como expresa una sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de enero de 2014, dictada en los autos Rol N° 9.631-2012, son elementos de la simulación, los que siguen:

- a) Disconformidad entre la voluntad real, efectiva, verdadera y la declarada o manifestada;
- b) Consciencia de la disconformidad, esto es, conocimiento o sapiencia de que queriéndose algo se expresa una cosa diferente. Esta posición de los sujetos conforma la diferencia entre la simulación y el error, en el cual también existe disconformidad entre lo querido y lo expresado, pero falta, precisamente, esta consciencia o actitud deliberada;
- c) Concierto entre las partes, o sea, comunicación recíproca y acuerdo entre ellos en que lo que dicen es sólo apariencia, porque es algo distinto lo que efectivamente se quiere; y
- d) Intención de engañar. Como ya se ha acotado que debe existir concierto entre las partes, es lógico concluir que a quien se trata de engañar es a terceros (Daniel Peñailillo Arévalo, "Cuestiones Teóricas

Prácticas de la Simulación”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 191, pp. 12 a 16).

Por su parte, coincidentemente, el profesor René Abeliuk Manasevich, en su obra “Las Obligaciones”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Jurídica, 2008, p. 159, indica como elementos de la simulación ilícita, los siguientes:

- a) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada;
- b) esta disconformidad debe ser consciente y deliberada;
- c) acuerdo de las partes; y
- d) intención de perjudicar a terceros.

c) Clases de simulación.

c.1) Simulación lícita e ilícita.

Se formula esta clasificación, según haya o no intención de defraudar a terceros. La simulación lícita no persigue fines dolosos, y generalmente está determinada por motivos inocentes o morales (por ejemplo, por modestia o desinterés, para realizar anónimamente el bien). En la práctica, sin embargo, la mayoría de las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros o buscando el llamado “fraude a la ley”, y por ende son ilícitas.

Hay diversas disposiciones del CC. que demuestran que la simulación, en principio, está permitida: art. 1707 (acepta que los contratantes alteren lo pactado por escritura pública por medio de contraescrituras públicas e incluso por instrumentos privados); art. 1876 (relativo a la compraventa, se pone en el caso de no ser efectiva la declaración de haberse pagado el precio, formulada en la escritura de compraventa).

c.2) Simulación absoluta o relativa.

Es absoluta, cuando en realidad ningún acto jurídico quiere celebrarse, y sólo aparentemente se realiza uno. Por ejemplo, el deudor que simula la venta de un inmueble de su propiedad, para burlar el derecho de prenda general de sus acreedores. El acto jurídico tiene todas las apariencias de validez, pero en realidad no ha existido. Las partes no quieren el acto jurídico, sino la ilusión externa del mismo.

Es relativa, cuando se quiere concluir un acto jurídico determinado, diferente al que aparentemente se celebra, sea por su especie, las partes o contenido. En el caso de la simulación relativa, hay dos actos jurídicos:

1º El ostensible, simulado, ficticio o aparente: es decir, el que las partes fingen realizar;

2º El acto oculto, sincero, real o disimulado: o sea, el que verdaderamente las partes han querido celebrar, y que está destinado a quedar en secreto (por ejemplo, una compraventa a vil precio que encubre una donación; compraventa con un tercero que a su vez vende el mismo bien al cónyuge del primero, para burlar así la prohibición del art. 1796).

d) Efectos jurídicos de la simulación.

Al respecto, debemos distinguir entre la simulación absoluta y la relativa, y dentro de cada una, las relaciones de las partes entre sí y las de éstas con respecto a terceros.

d.1) Simulación absoluta: dado que supone ausencia de consentimiento, no sólo para generar el acto aparente sino cualquier otro, el acto simulado es nulo de nulidad absoluta o será en opinión de otro inexistente.

Entre las partes, el acto aparente no produce efecto alguno. Cualquiera de ellas puede por ende, enervar los efectos del acto simulado, por vía de acción o por vía de excepción. La acción o excepción se dirige contra el otro contratante, cuando éste intente hacer valer el acto jurídico aparente. En caso de haber contraescritura (art. 1707), la prueba se facilitará para la parte que acciona o se defiende contra la parte que intenta hacer valer el acto simulado.

Frente a los terceros de buena fe, el acto simulado o público debe considerarse como existente. El tercero está de buena fe si ignora que hubo simulación.

d.2) Simulación relativa: en este caso, la voluntad real se sobrepone a la falsa. Entre las partes, vale el acto oculto o disimulado y carece de valor el acto público o aparente. No podría una de las partes, para eludir el cumplimiento del acto jurídico oculto, escudarse u oponer a la otra el acto simulado, dado que según el art. 1707, este medio sólo pueden emplearlo los terceros.

Frente a terceros, el acto simulado o público se considera existente y válido. En otras palabras, las partes no pueden aprovecharse de su propia simulación, frente a terceros de buena fe. Los terceros están doblemente protegidos, puesto que también pueden atacar la simulación para hacer prevalecer el acto real en lugar del simulado, si fuere relativa la simulación. En otras palabras:

1º Pueden atenerse al acto aparente, siéndoles inoponible el acto real. Los ampara al respecto el art. 1707: en este caso, se interpondrá una excepción de simulación;

2º Pueden optar por el acto real, si el aparente les perjudica: en este caso, se interpondrá una acción de simulación.

Cabe agregar que el acto disimulado, oculto o real, que obliga a las partes y al tercero de mala fe, debe cumplir con los requisitos de existencia y de validez que correspondan a su naturaleza especial. Ello nos permite concluir que la simulación relativa, per se, no es una causal de nulidad de los actos jurídicos, sin perjuicio que el acto jurídico disimulado o real podrá declararse nulo, de conformidad a las reglas generales, no por ser oculto, sino por infringir los requisitos exigidos a cualquier acto jurídico.

Se precisa en todo caso, respecto a las solemnidades, que si el acto real es solemne, las solemnidades deben haberse cumplido en el acto aparente; a contrario sensu, si el acto aparente es solemne pero no así el real u oculto, la omisión de las solemnidades en el primero no afectará al segundo.

e) Prueba de la simulación.

Corresponde al que la alega, pues los actos y contratos se presumen sinceros.

Los terceros pueden utilizar cualquier medio de prueba, incluso la prueba de testigos, aun cuando el monto de la obligación sea superior a dos unidades tributarias (artículo 1709, inciso 1º), ya que se trata de probar la simulación y no la obligación propiamente tal; también serán admisibles las presunciones. La admisibilidad de este último medio de prueba, ha sido ratificada por la jurisprudencia: un fallo de la Corte Suprema señala que la simulación ilícita es un verdadero delito civil, debiendo los terceros, para acreditarla, acudir a las reglas que rigen la prueba en materia delictual y no en materia contractual.

Entre las partes, en cambio, se excluye la prueba de testigos (art. 1709, inciso 2º), y la prueba se rige por las normas de la responsabilidad contractual.

f) La acción de simulación.

Es una acción personal, declarativa, transmisible y prescriptible según las reglas generales.

Entre las partes, el plazo de prescripción de la acción de simulación se cuenta desde que una de ellas pretende desconocer el acto real u oculto e investir de seriedad al simulado o público, dado que desde ese momento hay interés en ejercitar la acción.

Los terceros sólo pueden ejercer la acción si tienen interés en la declaración de la simulación, de acuerdo al principio "sin interés no hay acción". Dicho interés debe ser actual y con un contenido patrimonial. El

plazo para accionar se computará desde el momento en que el tercero tuvo conocimiento del acto disimulado u oculto. En todo caso, la acción no podría entablarse después que hubiere operado la prescripción adquisitiva de la cosa por la persona que la adquirió basándose en el contrato simulado o aparente.

La simulación puede dar origen a una acción civil y a una acción penal. La primera, para dejar sin efecto el contrato declarando su nulidad o constatando su inexistencia y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios; y la acción penal para exigir la condena de aquellos que con fraude, celebraron el contrato simulado en perjuicio de terceros. Ambas acciones son independientes.

g) El fraude a la ley.

Como indica el profesor Víctor Vial del Río, "Con el fraude a la ley se persigue, a través de medios indirectos, burlar un precepto legal, de modo tal que éste, en la práctica, resulte ineficaz, frustrándose el espíritu de la disposición."²¹⁵

Para algunos, simulación y fraude a la ley son sinónimos. Para otros, se trata de situaciones diversas. Como indica Ferrara, citado por Víctor Vial del Río, "...con el acto en fraude a la ley se pretende eludir un precepto legal; mientras que, con la simulación, se pretende esconder u ocultar la violación de un precepto legal."²¹⁶

Vodanovic, por su parte, destaca que la simulación "...supone una apariencia de realidad en tanto que el fraude a la ley consiste en actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos entre sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin."²¹⁷

El mismo Vodanovic proporciona un ejemplo de fraude a la ley, señalando que tal ocurriría cuando para burlar la prohibición de compraventa entre cónyuges contemplada en el artículo 1796, uno de ellos vende un bien a un tercero, y éste, acto seguido, se lo vende al otro de los cónyuges. Ambas compraventas han sido válidas, pero en rigor, celebradas para burlar la prohibición legal, y por tal razón, son

²¹⁵ Vial del Río, Víctor, *Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, segunda edición, 1991, p. 108.

²¹⁶ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 108.

²¹⁷ Vodanovic H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Tomo II, Parte Preliminar y General*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 221.

entonces susceptibles de anularse. La Corte Suprema así lo ha entendido, por lo demás.

La Ley de Matrimonio Civil alude expresamente al fraude a la ley. En efecto, advierte el artículo 83 de la citada ley, que no se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en el extranjero, con fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido decretado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur (artículo 83, inciso 4º). Debemos entender que el espíritu de la norma, dice relación a impedir que se obtenga una sentencia de divorcio decretada por un tribunal extranjero, cuando los cónyuges no estaban en condiciones de probar ante los tribunales chilenos, el cese de convivencia o cuando se elude el pago de la compensación económica, de acuerdo a las normas de la ley chilena. Por ello, recurren a un tribunal extranjero, alegando ante él el cese de la convivencia, pero sin la obligación de probarla por los medios restrictivos que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil, o pretendiendo obtener el divorcio sin asumir la obligación de pagar al cónyuge más débil la compensación económica, prevista en nuestra ley. Se obtiene así una sentencia de divorcio, con fraude a la ley, o sea, eludiendo las exigencias previstas en nuestra legislación. Así, por ejemplo, hay fraude a la ley si la sentencia dictada en el extranjero declara que los cónyuges –de acuerdo en el proceso- dicen haber estado separados hace al menos tres años, en circunstancias que en ese lapso tenían domicilio en Chile. Si las partes discrepan acerca del plazo del cese de convivencia, el plazo se amplía a cinco años.

Vodanovic menciona las siguientes diferencias entre la simulación y el fraude a la ley:

- El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;
- El acto simulado, cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta. Este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu;
- La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito.²¹⁸

²¹⁸ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 222.
