

## I. EL ACTO SIMULADO. ACCIÓN DE SIMULACIÓN

### 1. Concepto

El acto jurídico simulado puede definirse como aquel que las partes aparentan haber celebrado, mientras que en la realidad no han celebrado acto jurídico alguno o han celebrado un acto jurídico total o parcialmente diferente.

Se habla de simulación para designar la actividad por la cual las partes aparentan realizar un acto jurídico que no se corresponde con la realidad.

Como se verá, la simulación implica que haya un concierto entre las partes para aparentar un acto jurídico irreal. No hay, por tanto, simulación, cuando una de las partes expresa una voluntad no conforme con su verdadera intención, sin que la otra pueda saberlo. Se habla en estos casos de "reserva mental". La reserva mental no es considerada relevante en el ámbito del derecho patrimonial. Sí es considerada, y puede llevar a la declaración de nulidad, en el caso del matrimonio.

### 2. Clases de simulación

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es simulación absoluta la celebración aparente de un acto jurídico sin que se haya celebrado ningún acto real. En la simulación absoluta todo es apariencia, engaño: las partes no han celebrado ningún acto jurídico real que pretendan ocultar mediante el aparente. Por ejemplo, un deudor que se ve apremiado por sus acreedores puede fingir que le vende su casa a un amigo, con la intención de que, pasado el peligro, se deshaga la operación y se restablezca su dominio sobre el inmueble. El acto simulado es un contrato de compraventa, seguido de una tradición mediante inscripción conservatoria. La realidad, en cambio, es que no se celebró nada: el deudor sigue siendo dueño de la casa y el vecino no ha comprado ni ha adquirido la propiedad.

La simulación relativa se presenta cuando las partes celebran un acto jurídico aparente, pero ese acto tiene por objeto ocultar otro acto jurídico, parcial o totalmente diferente, que sí se celebra realmente entre ellas. En toda simulación parcial es posible, entonces, distinguir dos actos jurídicos: el simulado y el disimulado. El simulado es el aparente, que no es real, y el disimulado, el acto oculto pero real.

La simulación relativa puede ser total o parcial. Es total en los casos en que el acto disimulado es completamente diferente del acto simulado. Así, por ejemplo, si una abuela, que desea beneficiar a uno de sus nietos, pero sin que se enojen los demás, celebra una venta de unas acciones de sociedad anónima con el nieto regalón pactando un precio que en realidad no se pagará. En este caso, el acto simulado: la compraventa, es enteramente diverso del acto disimulado o real: una donación.

La simulación relativa es parcial en aquellos casos en los que el acto simulado y el disimulado coinciden en su tipo o categoría jurídica, pero se diferencian en ciertas estipulaciones. Por ejemplo, si se celebra una compraventa de un inmueble y se dice que el precio se ha pagado al contado, cuando en la realidad se ha pactado un plazo, o se estipula un precio determinado y en realidad se pacta uno mayor o menor.

Una forma específica de simulación parcial es aquella que se produce por interposición de personas. Es decir, el acto jurídico simulado es igual al real, salvo en cuanto a una o más partes: aparecen personas que no son realmente las que celebran dicho acto. Esto debe distinguirse de los supuestos en los que un mandatario actúa a nombre propio. En estos últimos casos, no hay intención de simular, ya que el mandatario deberá dar

cuenta y ceder sus derechos al mandante y además no exige que la otra parte esté también consciente de la diversidad de personas, como sí sucede en la simulación.

Finalmente, se distingue entre simulación lícita y simulación ilícita, a la cual nos referimos en el siguiente apartado.

### 3. *Licitud e ilicitud de la simulación*

Podría pensarse que toda simulación es contraria a derecho y, por tanto, ilícita, pero no es así, porque el derecho no sanciona la mera mentira, aunque ella pueda ser contraria a la moral. Recordemos que el derecho tiene un ámbito de acción mucho más reducido que la moral, y sólo se preocupa cuando hay una infracción a una de las muchas virtudes morales: la justicia, que es aquella que tiene una repercusión social. Por ello, mientras el acto engañoso no sea injusto, es considerado jurídicamente lícito.

Ahora, ¿en qué circunstancia un acto jurídico simulado pasa de ser una mera falsedad a constituir un acto injusto? Pensamos que ello sucede en dos casos: en primer lugar, cuando las partes, mediante la simulación, intentan eludir una norma prohibitiva; en segundo lugar, cuando la simulación produce un perjuicio patrimonial para terceros.

Un ejemplo de simulación lícita es aquella que no infringe una prohibición legal ni perjudica los derechos de terceros. Por ejemplo, si un ganador de la lotería que no quiere que vengan parientes y amigos a pedirle dinero o proponerle negocios compra una casa, pero simula que la está arrendando.

La situación es muy diversa si esa misma simulación tiene por objeto eludir la acción de un acreedor o pagar menos impuestos. En estos casos, hay un perjudicado: el acreedor que quedará sin posibilidad de cobrar su crédito o el fisco que no recaudará los tributos que corresponderían.

Esta simulación ilícita puede ser también un delito penal. Conforme al art. 471 N° 2 del Código Penal se sanciona penalmente al "que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado".

En todo caso, en lo que sigue nos atendremos a los efectos civiles de la simulación, y para ello debemos distinguir entre las partes y los terceros interesados.

### 4. *Efectos entre las partes*

De lo dispuesto por el art. 1707 se deduce que entre las partes debe primar siempre lo real, ya sea que no se celebró ningún acto (simulación absoluta) o que se ocultó un acto diverso del aparente (simulación relativa).

La norma se pone en el caso en que las partes otorgan por escritura pública el acto simulado y luego por una escritura privada dejan constancia de lo que realmente han querido. Para tal caso señala: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros" (art. 1707.1 CC).

En consecuencia, *a contrario sensu*, dichas escrituras privadas, que contienen la intención efectiva de las partes, sí tienen efecto entre ellas. Esta solución es auspiciada también por el principio de la autonomía privada, que atribuye los efectos de los actos jurídicos a lo que ha sido querido por las partes (cfr. arts. 1545 y 1560 CC).

De esta manera, si las partes han simulado un mutuo para así aumentar el pasivo del mutuario, pero luego el aparente acreedor pretende cobrar el dinero, el supuesto deudor podrá excepcionarse alegando que el mutuo era una simulación absoluta, por lo que él nada le debe al demandante.

Los efectos entre las partes deben aplicarse para los terceros relativos que son sucesores universales o singulares en los derechos de las partes. Así, por ejemplo, si el comprador aparente de una casa fallece y luego el supuesto vendedor reclama la restitución porque el acto real no era una compraventa, sino un comodato, podrá demandar a los herederos del primero, aunque éstos no hayan sabido que la compra de su causante era meramente aparente.

Por cierto, la simulación deberá ser probada, ya sea por una contraescritura o por otros medios de prueba, como los testigos, la confesión o las presunciones. La carga de la prueba la tendrá el que alega la simulación, ya que en general debe presumirse que cuando las partes realizan un acto jurídico son sinceras.

Igualmente, si el acto disimulado no ha cumplido con los requisitos legales, podrá ser nulo de pleno derecho o nulo absoluta o relativamente, por ejemplo, si se trató de encubrir una compraventa de un bien raíz, pero no se otorgó la escritura pública que la ley exige como solemnidad.

## 5. Efectos para terceros

### *a) Terceros interesados en el acto simulado*

Cuando se produce una simulación, pueden existir terceros a quienes interese el acto aparente o simulado, y que serían perjudicados si las partes hacen prevalecer el acto disimulado o real. Por ejemplo, si una persona simula haber adquirido acciones en una sociedad anónima, cuando en realidad el verdadero comprador es otro, los acreedores del primero estarán interesados en prevalecerse de la adquisición simulada porque ella incrementa el patrimonio de su deudor.

Ahora podemos aplicar directamente la regla del art. 1707.1, que dispone que "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros". Es decir, los terceros pueden actuar invocando la eficacia del acto aparente, sin que las partes puedan alegar, incluso probándolo por escrito, que la voluntad declarada no era su intención real.

La única forma en que lo que se altere o rectifique en una escritura pública sea oponible a terceros es que la modificación (contraescritura) sea otorgada también por escritura pública, que de ésta se haya tomado razón al margen de la escritura original, y que el tercero haya obrado en virtud de una copia de esta última escritura en la que conste dicha anotación marginal. Así, se dispone que producirán efectos contra terceros "las contraescrituras públicas cuando [...] se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero" (art. 1707.2 CC).

### *b) Terceros perjudicados por el acto simulado*

A la inversa del caso anterior, puede haber terceros a quienes el acto simulado o aparente los perjudica y que están interesados en que se acredite que, en realidad, las partes no celebraron acto alguno (simulación absoluta) o celebraron uno diverso (simulación relativa).

Es lo que sucede normalmente en los casos de simulación para defraudar a acreedores.

La doctrina ha reconocido el derecho de estos terceros para demandar judicialmente a las partes para que dejen sin efecto el acto simulado y se constate la intención real que ellas tuvieron. También podrán pedir la

nulidad del acto real si éste no cumple con los requisitos que exige la ley para su validez, en la medida en que tengan legitimación para ello.

### *c) Concurrencia entre ambos tipos de terceros*

Pero bien puede suceder que respecto de una simulación absoluta o relativa existan simultáneamente terceros a quienes interesa prevalecer del acto simulado y otros a los que interesa acreditar el acto disimulado o que no hubo acto alguno (simulación absoluta). Supongamos que Juan ha vendido simuladamente su casa a Pedro, pero en realidad lo que hay es un contrato de comodato en favor de Pedro. Los acreedores de Pedro querrán que se mantenga el acto simulado, ya que gracias a él Pedro sería dueño de la casa y ellos podrían embargarla para cobrar sus créditos. Pero si Juan vendió simuladamente la casa justamente para eludir a sus propios acreedores, éstos tendrán interés en acreditar que la venta es falsa y que Pedro sigue siendo dueño del inmueble para así embargarla ahora en favor de sus créditos.

Estamos ante una colisión de intereses que no aparece resuelta expresamente en el Código Civil. La doctrina, sin embargo, ha señalado que en estos casos debiera prevalecer el interés de los terceros que alegan el acto aparente o simulado por sobre aquellos que desean acreditar que la realidad es diferente a lo declarado por las partes, bajo la condición de que hayan estado de buena fe, es decir, que no hayan sabido ni debido saber que la voluntad declarada no coincidía con la real. Se fundamenta esta posición en el principio de protección de los terceros de buena fe, que puede deducirse de varios preceptos dispersos en el Código (arts. 94.4º, 976, 1432 1490, 1491, 2173 y 2468 CC).

La fundamentación no convence del todo, ya que aquí se supone que están de buena fe tanto los terceros interesados en la voluntad real como aquellos interesados en el acto declarado. Pensamos que la solución podría apoyarse con mayor plausibilidad en la presunción de veracidad de la que gozan los actos jurídicos que aparecen declarados por las partes y en la necesidad de favorecer la seguridad en el tráfico jurídico.

### *6. ¿Existe una acción autónoma de simulación?*

En principio, y según la doctrina más clásica, los perjudicados por un acto simulado deben ejercer una acción de nulidad del mismo fundada en la ausencia de consentimiento y, por tanto, también de objeto y de causa. Se trataría de nulidad absoluta, por lo que la acción se extinguirá en el plazo de diez años contados desde la fecha del acto aparente.

Según otra tendencia, hay que distinguir: si la acción (o excepción) de simulación la interpone una de las partes o un tercero. Si se trata de una de las partes, la acción (o excepción) que corresponde es la de nulidad, pero si se trata de un tercero, la acción será una acción autónoma, diferente de la de nulidad, y que se ha dado en llamar "acción de simulación". Para algunos, esta acción sería imprescriptible, ya que no existe ninguna norma en el Código Civil que establezca un plazo para su extinción. Para otros, por esa misma razón, debe aplicarse la regla general del art. 2515, que establece el plazo de cinco años para la expiración de las acciones ordinarias, contado desde la fecha de la simulación o desde que las partes pretendieron imponer al tercero los efectos del acto simulado.

Por nuestra parte, pensamos que no es necesario forjar una nueva acción para proteger a las partes o a los terceros de la simulación. Es claro que el acto simulado no es tal, es un acto aparente, que no tiene ninguno de los requisitos constitutivos, partiendo por la voluntad, el objeto y la causa. Estamos, en consecuencia, frente a una nulidad de pleno derecho que no necesita declaración judicial y no puede sanearse por el transcurso del tiempo. Sin embargo, para efectos de seguridad jurídica o para defenderse de alguna acción que se pretenda fundar en el acto simulado, el perjudicado podrá interponer una acción judicial o excepción dirigida a constatar la nulidad de pleno derecho y dejar al descubierto el acto disimulado o la falta de acto jurídico.

En este juicio, se admitirán todos los medios de prueba, incluidos los testigos. La limitación del art. 1708 sólo se aplicará a la parte que desee acreditar el acto disimulado o real que ha debido ponerse por escrito y no se ha hecho. La escrituración del acto simulado no sirve por sí sola para tener por escriturado el acto disimulado.

Hace excepción a lo anterior la simulación que tiene por fin eludir el pago de impuestos. El Código Tributario dispone que "Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento" (art. 4º quáter.1 CTrib). En tal caso, el director del Servicio de Impuestos Internos debe requerir la declaración de la simulación al Tribunal Tributario y Aduanero competente (art. 4º quinquies CTrib).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: DÍEZ DUARTE, Raúl, *Contrato simulado. Estructura civil y penal, teoría jurídica y práctica forense*, 3ª edic., Editorial ConoSur, Santiago, 1995; PAILLAS PEÑA, Enrique, *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; NIÑO TEJEDA, Eduardo, "La simulación", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 14, 1991-1992, pp. 71-95; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "Cuestiones teórico-prácticas de la simulación", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 1991, 1992, pp. 7-28; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 37-38, 1941, pp. 3059-3080; CARDINI, Eugenio Osvaldo, "El llamado 'vicio de simulación'", en *RDJ*, t. 59, sec. Derecho, pp. 162-171; ALCAÍNO TORRES, Rodrigo, "Prueba de la simulación de los actos jurídicos", en *Temas de Derecho*, 18, 1 y 2, pp. 63-72; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales", en *Revista Chilena de Derecho* 27, 2000, pp. 265-289; LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, "La acción de simulación", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 6, 1998, pp. 91-107; "Simulación y contraescrituras en la justificación de inversiones", en *Ius Publicum* 4, 2000, pp. 79-90; ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, "La simulación y la jurisprudencia", en *Actualidad Jurídica* 11, 2005, pp. 53-85; FUEYO LANERI, Fernando. "La simulación de los negocios jurídicos (o la falta de sinceridad contractual)", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 535-570.