Derecho y Humanidades
ISSN 0716-9825 (Impresa)
ISSN 0719-2517 (En línea)
N° 26, 2015
pp. 77-93

INTERÉS DE LOS HEREDEROS AFECTADOS POR FRAUDE A LA LEGÍTIMA A TRAVÉS DE LA SIMULACIÓN

Camila Hoyuela Zattera*
Diego Kother Kraemer**
Universidad de Concepción, Chile
camilahoyuela@udec.cl
dkother@larrain.cl

RESUMEN: En el derecho sucesorio chileno, las asignaciones forzosas revisten especial importancia, por cuanto en nuestro país se ha optado históricamente por dar predominio a la protección de la institución de la familia. No obstante la rigidez de las disposiciones que reglan las referidas asignaciones, en la práctica estas se ven burladas a través de diversos mecanismos, principalmente a través de las ventas simuladas entre el causante y uno de sus herederos o un tercero, en perjuicio del resto de los legitimarios (o de todos si la venta se realizare a un tercero), por cuanto el referido contrato trae consigo la disminución del patrimonio hereditario. Esta práctica hace necesario, por no decir indispensable, contar con un mecanismo adecuado para poner a resguardo a los legitimarios defraudados en su legítima, objetivo que se logra a través de la acción de nulidad absoluta. El presente trabajo pretende hacer un análisis de la legitimidad para impetrar la referida acción, particularmente haciendo referencia al interés que se invoca, análisis que nos lleva a concluir que deben calificar como legitimarios para el ejercicio de la acción de nulidad absoluta los herederos defraudados en su legítima, en el caso de que invoquen su propio interés.

Palabras clave: *Derecho sucesorio*, *fraude a la legítima*, *simulación*, *nulidad absoluta*.

INTEREST OF THE AFFECTED INHERITORS BY FRAUD TO THE LEGITIMATE INHERITANCE THROUGH SIMULATION

ABSTRACT: In chilean Inheritance Law, Forced allocations are of particular importance, because in our country they have been always a way to protect the family as an institution. Eventhough the rigidity of the precepts that rule the refered allocations, in the practice they have been avoided in many ways, principally through simulated contract of sell ce-

* Estudiante de Derecho, Alumna ayudante del departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción

** Estudiante de Derecho, Alumno ayudante del departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción

lebrated between the deceased and one of the inheritors or another person, harming the rights of the other inheritors, diminishing their part in the heritage. This practice makes necessary, not to say indispensable, to count with an appropiate way to protect the inheritor's rights that could be harmed, objective that can be reached by excercising the absolute nullity action. The following investigation is willing to analyze the inheritor's legitimacy to excercise the referred action, particullary related to the interest that is invoked, analysis that makes us conclude that these harmed inheritors, whose part in the heritage has been harmed, should qualify as legitimated persons to excercise the absolute nullity action, in case they invoke their own interest.

Keywords: *inheritance law*, *fraud to the legitimate*, *simulation*, *absolute nullity*.

1. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LA LEGÍTIMA Y LA SIMULACIÓN

El sistema sucesorio chileno es de aquellos que más restricciones establecen a la facultad de disposición del causante, en miras a proteger el interés de la familia. Estas limitaciones se materializan principalmente a través de lo que se conoce como las asignaciones forzosas. El artículo 1167 del Código Civil define a las asignaciones forzosas como "las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus asignaciones testamentarias expresas". Éstas son, a partir del 27 de octubre de 1999, con la entrada en vigencia de la ley 19.585[1]:

> "1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas
>
> 2. Las legítimas
>
> 3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge".

Para los efectos del presente estudio, dirigiremos nuestra atención a las legítimas.

El artículo 1181 define a la legítima como "aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".

El inciso segundo agrega que "los legitimarios son por consiguiente herederos".

---

[1] El citado texto legal eliminó la porción conyugal e introdujo diversas modificaciones a la legítima y a la cuarta de mejoras.

Es el artículo 1182 el que señala quiénes son legitimarios (los hijos, personalmente o representados por su descendencia, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente).

Conforme a todo lo señalado anteriormente, y siguiendo en este punto al profesor René Ramos Pazos, "el legitimario es aquel heredero a quien la ley le asigna el todo o parte de la legítima"[2]. Es, por tanto, la propia ley la que le atribuye a ciertas personas la calidad de legitimario y, por consiguiente, una parte de la legítima.

Teniendo en consideración lo anteriormente señalado, ¿qué ocurre si a estos legitimarios se les priva de una parte de la legítima? Si esta privación se sufre en razón de una donación hecha por el causante en calidad de donante, y celebrada en perjuicio de los legitimarios, y siempre que concurran determinados requisitos, ellos se podrán valer de la institución del primer acervo imaginario (artículo 1185), de la institución del segundo acervo imaginario y también se encuentran premunidos de la acción de inoficiosa donación (1186 y 1187).

No obstante, es común en la práctica observar situaciones en que una persona, con el fin de perjudicar a todos o algunos de sus futuros herederos, realiza en los hechos una o más donaciones en favor de uno más de ellos o de terceros, con la apariencia de un contrato de compraventa. Llevémoslo a un ejemplo práctico, el que traeremos a colación durante el desarrollo de este trabajo: un hombre (P), viudo, tiene tres hijos (H1, H2, H3). Sin embargo, sólo mantuvo vínculos afectivos en vida con uno de ellos (H1), motivo por el cual quiso beneficiarlo, donándole el inmueble en el que residía, que era el único bien de su patrimonio. Como él conocía que una donación podía eventualmente ser revocada en virtud de las normas sobre protección a la legítima, relativas a los acervos imaginarios y a la acción de inoficiosa donación, se pone de acuerdo con su hijo y suscriben una escritura de compraventa, de manera de ocultar lo que realmente se estaba llevando a cabo: un acto jurídico distinto, que es una donación. Esto claramente afecta a terceros (H2 y H3), por cuanto se disminuye el as hereditario y, por consiguiente, su eventual herencia.

La maniobra anterior es un ejemplo de lo que es conocido como simulación. Nuestra legislación no contiene un concepto de lo que ha de entenderse por la misma, lo que sí ha sido tratado por la doctrina nacional y extranjera, y también en derecho comparado[3].

Así, el profesor Francisco Ferrara señala que la simulación "es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe (simula-

---

2 Ramos Pazos, René. *Sucesión por causa de muerte*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 122

3 En derecho comparado, el artículo 1031 del Código Civil de Portugal trata la simulación como un vicio de la voluntad, por ejemplo.

ción absoluta) o es distinto de aquel que se ha llevado a cabo (simulación relativa)"[4]. En el mismo sentido han definido la referida institución los profesores Alessandri y Somarriva[5].

Del concepto anteriormente enunciado, se puede establecer que en la referida institución existe una discrepancia entre la voluntad real y la voluntad declarada, toda vez que el consentimiento es susceptible de ser dividido intelectualmente en dos momentos: su formación (momento en el cual sólo es conocida verdaderamente por quien toma la decisión), y su manifestación o exteriorización (momento en el cual pasa a ser conocida por terceros). Esta misma idea ha sido recogida los señores Ramón Domínguez Águila[6] y David Núñez Jana[7].

Siguiendo este orden de ideas, y como bien lo ha señalado el profesor Ferrara,

> "En la simulación, a una declaración preventiva, que permanece oculta y establece que no se quiere el acto de que se trata, sigue una declaración pública de que se quiere el acto. Estas dos declaraciones, separadas y autónomas, tienen también en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones y en esto se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante los terceros con propósitos de engaño"[8].

La doctrina ha debatido ampliamente acerca del problema relativo a cuál de las referidas voluntades ha de tomarse en cuenta, en caso de que éstas entren en conflicto: la voluntad interna o real, o la voluntad declarada o exteriorizada. Sin pretender hacernos cargo en el presente estudio de los argumentos de una y otra posición, diremos que nuestra legislación ha optado claramente por aceptar que es el fuero interno el que prevalece sobre su manifestación[9].

No obstante las trascendentes consecuencias que trae consigo, la simulación no ha sido recogida por nuestro Código Civil. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, basándose

---

4 ERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1926. p.74

5 ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. 5ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. 2. pp. 359-368

6 DOMÍNGUEZ Á., Ramón. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012. p. 46

7 NÚÑEZ J., David. *Otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de terceros*. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción, Chile: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1990. p. 4

8 FERRARA, Francisco, *op.cit*. (n. 4), pp. 71-73

9 Los argumentos de una y otra postura y los fundamentos históricos para sostener que nuestro Código Civil ha optado por la tesis mencionada pueden encontrarse en DOMÍNGUEZ Á., Ramón, *op. cit*. (n. 6), p. 46 y en NÚÑEZ J., David, *op. cit*. (n. 7), p. 7

en determinadas disposiciones del referido texto (mismos preceptos que sirven para dar preeminencia a la voluntad real sobre la declarada) han elaborado una teoría de la misma.

Siguiendo este orden de ideas, los artículos 1069 y 1560 –el primero, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias, y el segundo, a la interpretación de los contratos– recogen el principio de que debe atenderse a la intención de las partes por sobre lo literal de las palabras. Por su parte el artículo 1707 pone un cierto límite al principio en virtud del cual debe primar la voluntad real de los contratantes, al proteger a los terceros frente a las alteraciones que pudieren hacer las partes de lo anteriormente pactado.

Sobre el problema en particular (ya enunciado) que se presenta en lo relativo al fraude a la legítima en caso de simulación y un estudio más profundo respecto de las acciones de que pueden valerse los legitimarios, se tratará a continuación.

2. ACCIONES DE LOS LEGITIMARIOS EN CASO DE FRAUDE A LA LEGÍTIMA POR SIMULACIÓN

2.1. La acción de simulación y la nulidad absoluta del contrato aparente

Como principio general, entre las opciones que se entregan a terceros para protegerlos de los efectos perniciosos que pudiera generarles la simulación relativa (aquella en que se genera la apariencia de un negocio jurídico distinto de aquel que realmente se ha querido llevar a cabo), encontramos la acción de simulación. Como señalan los profesores Alessandri y Somarriva, "esta acción, dice la jurisprudencia, tiene por fin, fundamentalmente, establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la que falsamente expresaron (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, segunda parte, sección primera, p. 65)"[10]. Ello permite, posteriormente, obtener la nulidad absoluta del negocio jurídico aparente, fundado básicamente en la ausencia (o vicio) del consentimiento o, como ha señalado una parte minoritaria de la doctrina, en la falta de causa.

Se llega a la vía de la nulidad absoluta, por cuanto cuando nos encontramos en presencia de una simulación relativa nos enfrentamos a un caso en que las partes no han consentido verdaderamente en celebrar el negocio jurídico aparente: su verdadera voluntad va encaminada en primer lugar a celebrar otro negocio, el negocio oculto, y, en segundo lugar, en darle a este la apariencia de uno distinto. Hay, por tanto, analizado desde el punto de vista de los requisitos de existencia del negocio jurídico, ausencia de voluntad: ella no cumple con uno de los requisitos básicos para su configuración, cual es la seriedad. Así, en palabras del profesor Domínguez, se entiende por seriedad la exigencia de que "la volun-

[10] Alessandri R., Arturo, et al, *op. cit.* (n. 5), p. 364

tad esté enderezada a obtener un efecto jurídico. (…) Por eso es que el artículo 1445 dice que, para la existencia de un negocio, es necesaria que una parte 'consienta en dicho acto o declaración de voluntad' y según una sentencia dicha frase quiere decir que 'la persona tenga la intención real de obligarse jurídicamente' (C. La Serena, Rev. T. 17, sec. 1° pág. 279, considerando 1 de la instancia; Gaceta 1918 2°. N°270, pág. 857)".[11]

2.2. Legitimación activa para el ejercicio de la acción

Una vez precisado que el negocio jurídico aparente adolece de un vicio de nulidad absoluta, corresponde determinar quién puede ejercer la acción destinada a obtener la referida nulidad, para lo cual debemos recurrir al artículo 1683 del Código Civil.

El citado precepto, y siguiendo al profesor Alessandri Besa:

> "enumera tres grupos de personas que pueden actuar en lo concerniente a la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato. Son:
>
> 1° el juez que conoce de la causa en que se hace valer el acto o contrato nulo, que está obligado a declararla si aparece de manifiesto en él, aun sin petición de parte,
>
> 2° el Ministerio Público, que puede pedirla en el solo interés de la moral o de la ley
>
> 3° cualquier interesado en la declaración de nulidad"[12].

Ciertamente, en lo que nos interesa, nos detendremos en el punto 3°. El artículo 1683 dispone que "la nulidad absoluta puede ser alegada por todo aquel que tenga interés en ello", por lo que el mismo autor sostiene que el ejercicio de esta acción corresponde no sólo a los contratantes, sino a "todos aquellos que de algún modo se vean afectados por las consecuencias jurídicas que emanen de dicho contrato o acto"[13]. Volveremos sobre el problema del interés para ejercer la acción más adelante.

2.3. Calidad en que se puede ejercer la acción

Tengamos presente el caso práctico propuesto en nuestro punto 1 (*Introducción: una aproximación al tema de la legítima y la simulación*), en relación al padre que simulaba una compraventa con uno de sus hijos para ocultar una donación, disminuyendo de esa forma el as hereditario y afectando a sus demás eventuales herederos.

---

11 Domínguez Á., Ramón, *op. cit.* (n. 6), p. 39-40

12 Alessandri B., Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. 3ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, t. 1. p. 484

13 Alessandri B., Arturo, *op. cit.* (n. 12), p. 518

Los afectados, en este caso sus otros dos hijos (H2 y H3), estarían entonces facultados para alegar la nulidad absoluta del negocio jurídico, conforme a todo lo que ya hemos señalado.

¿Pero en qué calidad podrán ejercer la acción? ¿Invocando qué interés?

2.3.1. Ejercicio de la acción en la calidad de heredero

La primera alternativa deriva de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 1097, y consiste en ejercer la acción invocando para ello el interés del causante. Sin embargo, al ejercer la acción de nulidad por esta vía nos encontramos con dos limitaciones:

En primer lugar, se arguye que no se podría ejercer la acción sino una vez verificada la muerte del causante, lo cual puede traer problemas respecto del plazo de prescripción de la acción de nulidad absoluta, que es de 10 años desde la celebración del acto o contrato según dispone el artículo 1683 del Código Civil.

La segunda limitación dice relación con el principio del *nemo auditur* consagrado en el mismo precepto, y que consiste en que la nulidad no puede ser alegada por aquel que sabía o debía saber del vicio que invalidaba el acto o contrato. Como el causante fue quien consintió en la simulación, se ve directamente afectado por este vicio, y según la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia esta limitación se transmitiría a los herederos. En este sentido, la Corte Suprema, al fallar en causa Rol n°2957 de 2003 ha resuelto que:

> "el principio 'nemo auditur propiam turpitudinem allegans', recogido en el artículo 1.683 del Código Civil, en cuya virtud no puede pedirse la nulidad absoluta por quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, también es aplicable al heredero y, por ende, no puede acogerse la pretensión del demandante de autos de declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa que indica por falta de precio, por cuanto dicho vicio, en caso de existir, era conocido del vendedor, esto es, de su causante"[14].

Adherimos a esta postura. Constatamos, sin embargo, que en sentido contrario una doctrina minoritaria postula la intransmisibilidad del nemo auditur, por estimar que éste constituye una sanción personalísima y de interpretación restrictiva que por ende sólo se aplica al causante y no a sus herederos.

[14] C. Suprema, 15 junio 2004. Rol n° 2957-2003. En este mismo sentido, C. Santiago. 6 noviembre 2007. Rol n° 3350-2003.

2.3.2. Ejercicio de la acción en interés propio

El ejercicio de la acción en interés propio encuentra su sustento legal en el artículo 1683 del Código Civil, el cual establece que la nulidad absoluta puede alegarse por todo aquel que tenga interés en ello.

Al ejercitarse la acción de nulidad en interés propio, el actor se pone a resguardo del principio del nemo auditur anteriormente enunciado. Es así como lo ha indicado la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol n° 8735-1999 al establecer que el referido principio:

> "no puede ser aplicado al heredero desde que éste no actuó personal y físicamente en el mismo. En efecto el heredero de uno de los contratantes tiene derecho para ejercitar la acción de nulidad en razón del interés emanado de su calidad de tal, sin que obste a ello la circunstancia de que pueda afectar a su causante la inhabilidad prevenida en el artículo 1683 del estatuto jurídico antes citado"[15].

Siguiendo en esta materia a Arturo Alessandri Besa[16], podemos sostener que son titulares de esta acción de nulidad todos aquellos que de algún modo se vean afectados por las consecuencias jurídicas que emanen de acto o contrato cuya validez se impugna.

Con respecto a la naturaleza de este interés, ha habido amplias discusiones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, acerca del carácter que debe revestir. Frente a este problema, está ya ampliamente reconocido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el referido interés que legitima a la acción de nulidad debe ser de carácter patrimonial[17].

Hacemos también notar, citando al profesor Domínguez, que:

> "el artículo 1683 exige que se tenga interés 'en ello' y al expresarse de ese modo, está exigiendo que exista un interés en que el negocio sea declarado nulo. No se trata pues de un interés en el negocio, sino de un interés en que el negocio sea anulado, porque le favorecen o benefician los efectos de la nulidad o la subsistencia del negocio le perjudica"[18].

Precisado lo anterior, cabe señalar que el interés a que se refiere el artículo 1683 se encuentra condicionado a la concurrencia de determinadas características. Ellas son:

---

15 C. Santiago. 13 diciembre 2004. Rol n° 8735-1999.

16 Alessandri B., Arturo., *op. cit.* (n. 5), p. 518

17 Así, por ejemplo, se expresa en Alessandri B., Arturo., *op. cit.* (n. 5) p. 518 y en Alessandri R., Arturo. *De los contratos, versión taquigráfica de las explicaciones de clase*, 2ª edición. Santiago, Chile: Zamorano y Caperán, 1940. p.95. Con todo, destacamos opinión contraria de Domínguez Á., Ramón., *op. cit.* (n. 6), p. 221

18 Domínguez Á., Ramón., *op. cit.* (n. 6), p. 221

a. Debe ser cierto.

b. Debe ser patrimonial, teniendo en consideración la precisión indicada anteriormente.

c. Debe ser alegado y probado.

d. Debe ser actual.

El tema que nos convoca –el caso de que uno de los herederos invoque su interés propio para alegar la nulidad del acto o contrato celebrado por el causante en fraude a su legítima, mientras el causante se encuentra aún vivo–, nos lleva a enfrentarnos a un gran problema, cual es la discusión acerca de la procedencia de los requisitos establecidos en las letras a y d, vale decir, certidumbre y actualidad del interés.

2.3.2.1. El problema de la certidumbre

Tradicionalmente se ha entendido que tiene un interés cierto aquel que es titular de un derecho adquirido, siendo por ende insuficiente una mera expectativa. Al respecto, el Profesor italiano Gabba define a los primeros como "todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona"[19]. Por su parte, el profesor Ruggiero define a las meras expectativas como "las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley"[20].

Siguiendo la idea anterior, en el caso de que el causante (en nuestro ejemplo "P") cometa un fraude a la legítima como aquel que hemos estado describiendo, mientras él no muera sería dudoso afirmar que el derecho de sus legatarios se encuentra radicado en sus respectivos patrimonios, vale decir, que se trate de un derecho adquirido. Esto último por cuanto, y siguiendo la definición de Ruggiero, faltaría alguno de los requisitos exigidos por la ley para que se adquiera el derecho, a saber, la muerte del causante. Aún más, el caso de la sucesión del patrimonio de una persona viva es el ejemplo utilizado por el referido autor al definir las simples expectativas.

Reconociendo este tradicional entendimiento sobre el tema, estimamos que el heredero que invoca la nulidad absoluta de la compraventa simulada y celebrada en fraude a su

---

19 Gabba, C.F. *Teoría della retroattivittá delle legi,* 3ª edición. Turín: Unione tipografico-editrice, 1884, t. 1. p.191.

20 De Ruggiero, R. *Instituciones de Derecho Civil, trad. del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro*, *Tomo I*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1929, vol. 1. p. 174

porción de la legítima sí tiene un interés cierto en ella, conclusión a la que se ha llegado de conformidad a las razones que siguen:

a. Diversas disposiciones del Código Civil reconocen a los herederos la calidad de legitimarios aún antes de la muerte del causante. Tal es el caso del artículo 1204 referente al pacto de no mejorar, señalando que "si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus descendientes o ascendientes, que a la sazón era legitimario (…)". En el mismo sentido, el artículo 1226 en su inciso 3° trata de legitimario a una persona antes de la muerte del causante, prohibiéndole celebrar un pacto sobre la legítima futura. El artículo 1200, por su parte, discrimina acerca de la calidad de legatario de una persona al momento de efectuarse una donación entre vivos en que el causante, lógicamente, aún no ha muerto y actúa como donante. Lo mismo ocurre con el artículo 1198, que reconoce la calidad de legitimario al donatario, al momento de realizarse la donación. También, el artículo 1463, que establece la regla general en cuanto a la prohibición de celebrar pactos sobre sucesión futura, vuelve a tratar al legitimario como tal aun antes de verificarse la muerte del causante. Finalmente, es claro también el tenor literal del artículo 1181 inciso segundo, al señalar que "los legitimarios son, por consiguiente, herederos".

b. Un argumento de justicia y equidad. Parafraseando al autor Juan Andrés Varas Braun, "resulta evidente que un hijo tiene el nítido interés en suceder hereditariamente a su padre o madre, y que tal interés es legítimo, aunque no pueda decirse que tenga un derecho subjetivo a tal herencia incorporado a su patrimonio; y resulta igualmente evidente que ese interés, por ser legítimo, debe ser objeto de protección legal"[21].

c. Coincidimos también con dicho autor en estimar que este caso resulta análogo al del daño por responsabilidad civil extracontractual, caso en el cual se admite la reparación tanto cuando se menoscaba un derecho subjetivo como cuando se lesiona un interés legítimo, aunque este no se encuentre incorporado como un derecho subjetivo en el patrimonio de la víctima[22]. A su vez, el profesor Alessandri Rodríguez señala que "no es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora (…) el Código no lo ha exigido"[23]. En el mismo sentido, Pablo Rodríguez Grez afirma que el daño "como elemento constitutivo del ilícito civil consiste en la lesión, pérdida, perturbación o menoscabo de un interés, así este se halle o no constituido en derecho"[24].

---

[21] Varas B., Juan A. "El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil", en: *Revista actualidad jurídica*, n° 9, pp.197-206. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2004. p. 204.

[22] *Ibid.*, p. 204.

[23] Alessandri R., Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 1943. pp. 211-212

[24] Rodríguez G., Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999. p.

d. Debe, por último, desecharse toda interpretación que nos lleve al absurdo, toda vez que acoger la tesis de que por no tener un derecho subjetivo incorporado en su patrimonio los legitimarios no podrían ejercer la acción de nulidad absoluta invocando un interés propio antes de la muerte del causante va en contra del espíritu de la ley chilena, que fuerza al causante a realizar una asignación mínima a sus legitimarios (la legítima como asignación forzosa).

Ello, además, significaría que los legitimarios no tendrían otra opción más que esperar hasta el momento de la muerte del causante para accionar, momento en el cual la acción perfectamente podría encontrarse prescrita.

Citando nuevamente al autor Varas Braun y concordando con su opinión,

> "si una persona favorece ilegítimamente a uno de sus legitimarios, burlando directa o indirectamente la ley por medio de la celebración de uno o más negocios jurídicos, no se divisan razones poderosas para que el potencial perjudicado no pueda discutir esa violación legal ante los tribunales por medio de la acción de nulidad, sino hasta la muerte del causante"[25].

Por último, cabe consignar que esta postura no es meramente doctrinaria, sino que tiene también un respaldo jurisprudencial importante. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha llegado a la misma conclusión, lo que expone en los considerandos décimo y siguientes de la sentencia en causa Rol n°3219-1999, a saber:

> "10º) Que el conjunto normativo aludido y comentado, tanto por el a quo como por estos sentenciadores, deja en evidencia que la ley reconoce a una persona la calidad de legitimario de otra, desde el momento que nacen los vínculos de parentesco previstos en el artículo 1182 del Código Civil; por lo que no cabe confundir el momento en que se tiene la calidad de heredero, lo que ocurre recién cuando se abre la sucesión, con la oportunidad en que se adquiere la calidad de legitimario, ya que si bien éstos tienen la calidad de herederos, su situación jurídica, incluidas las protecciones que la ley consagra, excede el estatuto legal de un heredero.
>
> 11º) Que a la misma conclusión se llega en más de alguna obra doctrinaria, como ocurre, por ejemplo, con el "Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil", (La Sucesión Legal, Volumen I, de los autores René Abeliuk Manasevich, Olga Rojas Besoaín, y Mireya Tasso Fuentes, Editorial Jurídica de Chile, acápite 240, páginas 262 y 263), en el que luego de analizar la misma materia que se aborda en esta sentencia, se expresa: "Pero todos estos principios que hemos venido de-

258

[25] Varas B., Juan A., *op. cit.* (n. 21), p. 204

sarrollando tienen una excepción importante respecto de las legítimas y mejoras. Dice el inciso segundo del artículo 1463: «las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título 'De las asignaciones forzosas'».

Y el estudio del párrafo tercero de dicho título nos permite arribar a la conclusión de que la legítima como asignación forzosa existe en vida de las personas. La legítima es tal desde que nace a la vida el que la debe o aquél a quien se debe. El hijo cuando nace es legitimario de su padre, y el padre pasa a serlo del hijo.

Esta calidad de legitimario es condicional, está sujeta a la exigencia de que el que la inviste conserve su carácter de tal al tiempo de fallecer quien debe la legítima (art. 1200).

12º) Que, además, puede citarse, entre los autores, a don Luis Claro Solar, en "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado" (Tomo XIII, números 1474 y siguientes), quien sin tratar específicamente el tema mismo que aquí se desarrolla señala que, para los efectos de los acervos a que se refieren los artículos 1185, 1186 y 1187, las deducciones pertinentes corresponden a las donaciones revocables e irrevocables 'hechas en razón de legítimas o mejoras', durante la vida del donante causante, siendo característica de las primeras que se confirman con la muerte del causante, hayan o no salido de su patrimonio por haberse efectuado o no la tradición, mientras que las segundas efectivamente salieron de su patrimonio por la tradición, efectuada en vida del causante. De lo cual aparece, sin lugar a dudas, que la calidad de legitimario que justificó la donación y la posterior incorporación a los acervos se ostentó en vida del causante y también estando vivo el legitimario.

En similares términos concluye don Manuel Somarriva Undurraga, en su 'Derecho Sucesorio', versión de René Abeliuk M., cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, números 523 y siguientes, quien a propósito de los requisitos para que proceda la formación del segundo acervo imaginario señala que se necesita, entre otros, que al hacer el donante las donaciones existieren legitimarios, esto es, que ya tenía legitimarios, porque el artículo 1186 utiliza la expresión 'Si el que tenía a la sazón legitimarios...'; de modo que si tales donaciones irrevocables se hubiesen hecho sin que el causante tuviera legitimarios, y luego llega a tenerlos, no procede formar este acervo, 'pues cuando el donante hizo las donaciones no perjudicaba a nadie, ya que no existían legitimarios'. De lo que aparece claro que la calidad de legitimario debió ostentarse en vida del causante.

Por su parte, don Pablo Rodríguez Grez, en sus 'Instituciones de Derecho Sucesorio', Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 342 y siguientes, razona en términos

similares al referirse a las colaciones que se hacen al acervo líquido, expresando, en cuanto a las donaciones irrevocables, 'En el fondo, entonces, las donaciones irrevocables que se hacen a un legitimario constituyen un anticipo de su legítima y así lo presume la ley en el artículo 1198. La donación irrevocable (y la revocable) hecha a un legitimario, salvo que el causante disponga expresamente otra cosa en su testamento, es un anticipo o prepago de la legítima o de una asignación de cuarta de mejoras'. De lo cual también se infiere, claramente, que la calidad de legitimario se tiene ya en vida del causante.

Finalmente en cuanto a referencias doctrinarias cabe consignar que don Ramón Meza Barros, en su 'Manual de Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos', séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, página 267 y siguientes, señala que las donaciones que se acumulan son aquellas efectuadas a título de legítima o mejora, hechas a un legitimario 'que tenía entonces la calidad de tal'. Expresa luego, en cuanto a los requisitos para considerar que una donación es a título de legítimas, que, en primer término, el donatario tenga la calidad de legitimario, porque si no lo fuere al momento de la donación y no adquiere después esa calidad, se resuelve la donación (artículo 1200, inciso primero); en segundo lugar, que el donatario tenga la condición de legitimario al tiempo de abrirse la sucesión; y, finalmente, que tal legitimario concurra a la herencia. Todo lo cual supone, obviamente, que la calidad de legitimario se tiene en vida del causante.

13º) Que a todo lo anterior cabe agregar, como lógica consecuencia, que no es posible que una calidad o condición jurídica, legalmente reconocida y consagrada, como es la del legitimario en vida de otra persona que le debe la legítima, esté vacante o exenta de efectos jurídicos, pues la ley no es un simple ejercicio literario vacío de consecuencias, sino la expresión de la voluntad soberana de la nación.

En tales condiciones, y sin perjuicio de reconocer que el régimen jurídico de los legitimarios varía según si la persona que debe la legítima se encuentra vivo o fallecido, pues sólo en este último caso se reviste plenamente de todos los atributos que la ley consagra, es cierto que antes de la muerte de esta última existe un vínculo legal intersubjetivo, que genera intereses jurídicos.

14º) Que así fluye del análisis conjunto de lo establecido en los ya transcritos artículos 1186 y 1187 del Código Civil, preceptos que en términos generales, contemplan el derecho de los legitimarios a imputar a la parte de libre disposición o pedir la restitución, según los casos, del exceso de lo donado a extraños, determinándose si hay o no hay exceso en conformidad a lo dispuesto en la primera de esas normas.

En ambos casos, para poder impetrar esta protección a la legítima, es menester que existan legitimarios al tiempo de hacerse la donación. Así lo manifiesta el encabezamiento del artículo 1186: 'si el que tenía a la sazón legitimarios…', a la sazón, o sea, al tiempo de la donación.

Tal exigencia ratifica que la calidad de legitimario se ostenta con anterioridad a la muerte de la persona que debe la legítima y, además, prueba que la ley le reconoce un interés jurídico en los actos ejecutados en vida por esta última. De otra manera no se explica que sea precisamente la existencia de un legitimario al momento de celebrarse el acto un requisito indispensable para conferir legitimación activa e impetrar este medio especial de protección a la legítima, al extremo que si la calidad de legitimario se adquiere después, la protección específica que contempla el artículo no opera.

15º) Que todo lo dicho permite concluir que efectivamente existe una relación jurídica entre el legitimario y quien debe la legítima, aun en vida de este último, y que en virtud de dicho vínculo, cuyo origen es legal, hay un interés jurídico comprometido del primero, en los actos que ejecute o celebre el segundo, por decir precisamente relación con el patrimonio del que debe la legítima; ese interés, atendido el sentido del régimen que gobierna la legítima, ciertamente es de contenido patrimonial, y ha servido de base suficiente para impetrar la demanda de este juicio"[26].

2.3.2.2. El problema de la actualidad

Se ha discutido acerca de si la actualidad dice relación con que el interés deba existir al momento de alegar la nulidad, o si se exige también que este exista al momento de celebrarse el negocio jurídico que se pretende impugnar.

Si se opta por la segunda tesis, esto es, que el interés debe existir no sólo al momento de alegarse la nulidad, sino también al momento de celebrarse el acto o contrato, se nos presenta un problema en el caso particular que hemos estado analizando, por cuanto al momento de la celebración del negocio el causante estaba vivo, de manera que para algunos, como ya hemos señalado en el punto anterior y en lo relativo al problema de la certidumbre del interés, no habría interés y por lo tanto no podría ejercerse la acción (nos remitimos en este punto a lo expresado anteriormente, en el punto 2.3.2.1., *El problema de la certidumbre*).

De todas formas, cabe constatar que una doctrina moderna relativa al tema, que es además la mayoritaria, y a la cual adherimos, postula que basta que el interés exista al

[26] C. Santiago. 5 agosto 2004. Rol n° 3219-1999.

momento de alegar la nulidad para que sea actual, por lo que no se presentarían mayores problemas en lo relativo a este tema.

Así, por ejemplo, el profesor Alessandri Besa en la última edición de su obra "La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno" adhiere a esta doctrina moderna[27], opinión que contrasta en todo caso con la que el mismo autor había expresado en la primera edición de su obra[28].

Diversas sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia avalan esta tesis mayoritaria. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha declarado que:

> "el interés a que se refiere la ley para otorgar la acción de nulidad debe llegar a existir durante el tiempo a que se refiere el artículo 1683, de lo que se sigue que los herederos del contratante pueden instar por la anulación del acto mientras este no se haya saneado por el transcurso de 10 años, y aun cuando a la época de su celebración haya carecido del interés respectivo, con tal que al momento de deducir la demanda efectivamente lo tengan, y no se satisfaga sino con la anulación del negocio"[29].

3. CONCLUSIÓN

A la luz del análisis efectuado respecto de las instituciones de la legítima, el negocio jurídico (y en particular la voluntad como elemento esencial del mismo), la simulación y la nulidad, resulta claro señalar que existe toda una estructura jurídica destinada a dar vida a los principios que buscan proteger el derecho a la legítima y la formación del consentimiento.

Pero resulta también claro señalar que en la práctica ha existido una gran tentación por burlar estas instituciones que a simple vista aparecen revestidas de gran rigidez, especialmente a través de la simulación de contratos.

Lo anterior deriva del hecho de que, no obstante que esta estructura jurídica existe y ha sido históricamente reafirmada, resulta ser una simple declaración de voluntad si no existe una interpretación adecuada respecto de los requisitos que deben concurrir para que los particulares afectados usen las herramientas (acciones) que la ley ha previsto para

---

27 Alessandri B., Arturo, *op. cit.* (n. 5), pp. 522-524

28 Alessandri B., Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1949. pp. 550-554

29 C. Suprema. 17 julio 1997. Rol n° 1383-96. En el mismo sentido, C. Suprema. 23 marzo 1999. Rol n° 3414-97.

el resguardo de sus derechos, interpretación que, estimamos, no existe o al menos se ha visto muy controvertida.

La institución de la nulidad poca efectividad puede traer al resguardo de la legítima si el legitimario afectado no está habilitado para ejercer la acción correspondiente, lo que resulta aún más grave si esta privación no responde a razones de orden lógico y jurídico, tomando en cuenta los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

Estimamos que, en efecto, reducir la posibilidad de ejercer la acción que tiene el legitimario afectado en el caso de una donación disfrazada de compraventa por medio de la simulación al caso en que el causante ya se encuentre muerto es completamente absurdo, por cuanto la acción de nulidad absoluta tiene un plazo de prescripción de diez años desde el momento en que se celebra el respectivo acto o contrato, lo que podría llevarnos incluso a casos en que el legitimario que pretenda ejercer la acción, al momento de morir el causante (momento desde el cual se podría recién ejercer la acción según ciertos autores), se encontraría con una acción ya prescrita.

No sólo esta razón lógica y de sentido común nos inspira a creer en una interpretación más amplia respecto de la legitimación de la acción en esta materia, sino también argumentos de texto y razonamientos jurídicos, fundados en ciertos preceptos de nuestro Código Civil que otorgan a los legitimarios la calidad de tales aun antes de la muerte del causante.

En suma, mediante una correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables a la materia, resulta procedente la legitimación del heredero para solicitar la declaración judicial de nulidad absoluta del contrato simulado invocando su propio interés, ya sea que el causante haya muerto o que aún esté con vida. Sólo de este modo podremos comprender las normas de nuestro ordenamiento jurídico como un sistema eficaz de resguardo de la legítima y no como una mera declaración de voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri B., Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1949.

Alessandri B., Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. 3ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, t. 1.

Alessandri R., Arturo. *De los contratos, versión taquigráfica de las explicaciones de clase*, 2ª edición. Santiago, Chile: Zamorano y Caperán, 1940.

Alessandri R., Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago,

Chile: Editorial Universitaria, 1943.

Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel y Vodanovic H., Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general.* 5ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. 2.

De Ruggiero, R. *Instituciones de Derecho Civil, trad. del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro*, *Tomo I*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1929, vol. 1.

Domínguez Á., Ramón. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

Ferrara, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1926.

Gabba, C.F. *Teoría della retroattivittá delle legi,* 3ª edición. Turín: Unione tipografico-editrice, 1884, t. 1.

Núñez J., David. *Otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de terceros*. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción, Chile: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1990.

Ramos Pazos, René. *Sucesión por causa de muerte*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Rodríguez G., Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Varas B., Juan A. "El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil", en: *Revista actualidad jurídica*, n° 9, pp.197-206. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2004.

Jurisprudencia:

C. Santiago. 5 agosto 2004. Rol n° 3219-1999.

C. Santiago. 13 diciembre 2004. Rol n° 8735-1999.

C. Santiago. 6 noviembre 2007. Rol n° 3350-2003.

C. Suprema. 17 julio 1997. Rol n° 1383-96.

C. Suprema. 23 marzo 1999. Rol n° 3414-97.

C. Suprema.15 junio 2004. Rol n° 2957-2003.