

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO: LA APLICACIÓN Y EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO NEMO AUDITUR ALLEGANS TURPIDEM ANTE LA SIMULACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS

AUTOR: JORGE ESTEBAN MANOSALVAS APUNTE

DIRECTOR: AB. FRANCISCO LÓPEZ RUEDA

QUITO, 2 DE DICIEMBRE DE 2022

AGRADECIMIENTO:

A Sara, Alex y Vanessa por acompañarme en mi vida universitaria.

A mi director de titulación por guiarme de la manera más acertada desde que fue mi docente.

DEDICATORIA:

A mis padres, por haber sido mi apoyo y motor en mi vida universitaria, el logro nos pertenece a los tres.

ÍNDICE

Agradecimiento……..2

Dedicatoria…….3

Resumen…….5

Abstract……..6

Introducción……...7

1. La aplicación del principio Nemo Auditur Allegans…….9

1.1. El dolo y su participación en el principio Nemo Auditur Allegans……..13

1.2.Objetivo del principio Nemo Auditur Allegans…….....15

1.3.La simulación relativa de negocios jurídicos y el Principio Nemo Auditur Allegans…….19

2. La buena fe como fundamento de excepción del Principio Nemo Auditur Allegans…….21

2.1 La buena fe en favor de un tercero……24

2.2 Condiciones necesarias para la excepción del Principio Nemo Auditur Allegans……..…….....27

3. El papel de juez y su motivación para exceptuar el principio Nemo Auditur Allegans Turpidem.....31

4. Conclusiones y recomendaciones……33

4.1. Conclusión……33

4.2. Recomendaciones…….34

Bibliografía……..35

RESUMEN:

Un principio en Derecho es un máxima que ha se ha establecido para una manera determinada de actuar ante un problema jurídico, en el presente trabajo de integración curricular se hará un estudio del principio *Nemo Auitur Allegans Turpidem*, el cual dice que nadie puede ser escuchado al invocar su propia torpeza. Como sucede en todas las ramas del Derecho ninguna norma, tratado o principio es absoluto y se pueden aplicar excepciones cuando la aplicación de estos pueda generar perjuicios a las partes o a terceros.

Por ello se estudiará en que ocasiones cabe y en cuales no cabe la excepción y bajo que parámetros se debe evaluar la posibilidad de exceptuarlo, teniendo un enfoque especial en la buena fe en favor de un tercero, siguiendo el orden lógico de los hechos y el derecho aplicable.

Finalmente, el presente trabajo de integración curricular abordará el rol judicial en la admisión de la excepción y las variables que se puedan aplicar en la sentencia para la indemnización del tercero afectado.

PALABRAS CLAVE

Principio – Excepción – Simulación – Negocio Jurídico – Tercero – Admisión – Teoría – Torpeza – Regla – Perjuicio – Indemnización – Reparación – Buena Fe – Mala Fe.

ABSTRACT:

A principle in Law is a determined way that has been established to solve a problem in this curricular integration research the principle *Nemo Auditr Allegans Turpidem* will be studied, which says that nobody can be heard when alleging their own obtuseness. As it happens in all branches of law no norm, treaty o principle is absolute and for that reason there are exceptions that can be applied when the interest o wrights of the parts or third parties are being infringed.

For that reason, this curricular integration research will focus on when it's right to accept the exception and when to deny it, having a special approach in the good faith in favor of a third party following a logical order with the facts and the applicable law.

Finally, this curricular integration research will address the judge's role in the approval o denial of the exception and the various ways to declare a final judgement to compensate the third party that has been affected.

KEYWORDS

Principle – Exception – Simulation – Legal Business – Third Party – Admission – Theory – Obtuseness – Rule – Damage – Indemnification – Repair – Good Faith – Bad Feith.

INTROUDUCCIÓN

Como todo abogado conoce la teoría nos dice que el beneficio del propio dolo no se puede concebir en el Derecho debido a que la buena fe es un requisito para que un negocio jurídico pueda producirse. Ahora, lamentablemente en la práctica, las personas abusan del Derecho y como producto de prácticas desleales nació la simulación de negocios jurídicos que como dice Ovalle (2020) "Probablemente la simulación contractual encuentra su origen en la concurrencia de la mala fe al momento de la celebración del negocio jurídico." (p. 222).

Tomando esto en cuenta es imposible decir que una simulación ha nacido sin dolo, pero es importante resaltar que la simulación puede ser absoluta y relativa. Para el objeto del presente trabajo de integración curricular no se tomará en cuenta la simulación absoluta, puesto que esta incurre totalmente en el denominado *dolus malus*, que como lo define el Diccionario Jurídico Panhispánico "Tradicionalmente y según una concepción hoy minoritaria, conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo con conciencia de la antijuridicidad. Denominado también *dolus malus*, que es el «dolo subjetivamente malo." (sf., definición 1) Es decir, tiene una intención positiva de causar daño a un tercero a partir de la celebración de un negocio jurídico que en realidad no va a existir y que simplemente ha cobrado vida jurídica para causar un perjuicio previamente pactado entre las partes simuladoras.

Con estos antecedentes, el presente trabajo de integración curricular tendrá como base la aplicación y excepciones del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* en las simulaciones relativas, que según define Ovalle (2020) "La *simulatio* del *negotio* se empleaba muchas veces para ocultar otro negocio que las partes habían celebrado con seriedad (…)". (p. 223)

Por ello es que precisamente en estas simulaciones se puede incurrir en la torpeza al momento de darle vida a un negocio jurídico, pues, al intentar camuflar un negocio por otro, se puede

caer en el desconocimiento de efectos legales que puede producir la celebración del mismo y los daños adicionales que este puede generar a los terceros en un contexto más amplio.

La doctrina y la práctica nos han convencido de que el desconocimiento de la ley no exime al infractor de responsabilidad, esto mismo se aplica a la torpeza y el principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem*, traducido del latín significa, nadie puede ser oído al invocar su propia torpeza. Esto en el sentido práctico es muy útil, pues de esta manera se ha evitado muchas consecuencias civiles al momento de celebrar negocios jurídicos y se han protegido a la vez las buenas conductas para el desarrollo de jurisprudencia que beneficie a la buena fe a la hora de dar vida a relaciones jurídicas.

Ahora bien, para toda regla puede existir una excepción, pero dicha excepción debe justificarse y tener bases fundadas para concederse, de lo contrario afectamos al contexto de la seguridad jurídica en general. Así en el presente trabajo de integración curricular se analizará la correcta aplicación del principio y la buena fe que puede tener una parte simuladora a la hora de evidenciar los efectos y los perjuicios que su simulación puede causar y que no tenían que ver con la intención inicial a la hora de celebrar el negocio jurídico simulado.

Así se planteará la opción donde uno de los simuladores, sin importar el beneficio o daño propio que esté gozando a causa de una simulación, pueda declarar testimonialmente ante un juez su calidad de simulador y que este sea escuchado únicamente si es que el perjuicio que genera a terceros es la única y verdadera razón por la que acude ante la Autoridad competente para solicitar la nulidad del acto simulado que ha sido celebrado originalmente.

De esa manera en el final del presente trabajo de integración curricular se podrá dar una respuesta clara ante la interrogante de cuándo es válida la excepción del principio citado y cuándo no debería escucharse por ninguna razón a las partes simuladoras.

Es importante mencionar que la simulación relativa puede terminar en una nulidad relativa del negocio jurídico simulado, es decir puede subsanarse para que el acto que en realidad debió celebrarse quede en firme y que las consecuencias de esto deberán ser tomadas en cuenta a la hora de decidir sobre la posición de las partes simuladoras, pues, se busca mantener el orden público y las buenas prácticas del Derecho por lo cual, generar una vía para que quien centrado en el abuso del Derecho y que no haya visto consecuencias perjudiciales para sí mismo no aportaría al mundo jurídico.

Finalmente, se debe poner énfasis en entender a la buena fe como parte fundamental para poder hacer la excepciones planteadas por lo cual se analizará de igual forma la carga de la prueba a la hora de acudir ante un juez para solicitar la nulidad de su negocio jurídico simulado, pues, el Código Civil del Ecuador en su artículo 722 establece que la buena fe se presume y la mala fe se debe demostrar (Código Civil, 2005), por lo que para el presente caso, se buscará la manera adecuada para que la intención de declarar en busca de una nulidad de un acto que está generando no previstos a terceros quede evidenciada y que el juez pueda evaluar bajo las reglas de la sana crítica si el declarante simulador está actuando de buena fe y no en busca de un beneficio personal para que así pueda denegarse u otorgarse la excepción solicitada.

1. La aplicación del principio Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem.

Nadie puede ser oído invocando su propia torpeza, en términos simples, esta es la traducción literal de este principio.

Ahora, para llegar al oportuno desarrollo del principio, es indispensable en primer lugar determinar qué es un negocio jurídico y los elementos que lo componen, tomando la definición de Ospina, G y Ospina, E (2016)

> Desde el punto de vista de nuestro derecho civil, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas solo dos especies: el acto jurídico, que comprende toda manifestación de

> voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen independientemente del querer del agente como si fueran simples hechos físicos. (p.4)

De aquí que la doctrina se haya desarrollado y haya llegado a la conclusión de la existencia de cuatro elementos básicos para la celebración de un negocio jurídico, siendo estos capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. La ausencia de cualquiera de estos elementos en el momento de la celebración de cualquier acto verbal o escrito que tenga una consecuencia jurídica es causal suficiente para solicitar la nulidad del acto celebrado, así como indica Díaz (2021)

> Se facultó a la persona a costa de la cual se producida el enriquecimiento injusto con la prerrogativa de elevar una acción o *condictio* contra la persona que se lucraba, con el propósito de reclamar la restitución de lo adquirido. Resulta pertinente hacer referencia a dos *condictio* en particular, las cuales consagraban acciones frente a la calidad de la causa del pacto jurídico. (p.7)

Ahora, a qué se hace referencia con el término invocar la propia torpeza, puesto a que la definición jurídica no se ajusta al objeto del presente trabajo de integración curricular, se usará la definición otorgada por el Diccionario Larousse Editorial que determina "que tiene dificultad para realizar una cosa con cuidado o habilidad o para comprender una cosa." (Larousse Editorial, 2016). De esta manera se puede entender claramente que el actuar sin cuidado y sin compresión absoluta de los temas donde se está creando negocios jurídicos es a lo que se refiere el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem*, de esta manera cuando una persona incurra en un negocio jurídico que como producto de sus efectos genere un perjuicio para la parte que ha actuado con torpeza, esta última no podrá alegar esta condición para solicitar la terminación o nulidad del negocio jurídico y la reposición del daño que se le ha generado.

Es por esto por lo que no se debe confundir a la torpeza con el error, este último, se define como “el error contractual se plantea principalmente en el terreno de los intereses de las partes y en el entorno de la justa o injusta vinculación que el contrato genera.” (Morales 201, p.13).

Adicionalmente según Ospina, G y Ospina, E (2016), “En un sentido estricto, el error se puede definir diciendo que es la falsa noción de la realidad. Con otros términos, el error consiste en la discrepancia entre una idea y la realidad que esta pretende representar” por ello se entiende que el error en sí mismo no es desconocer el efecto o consecuencia que se generará, por el contrario, es tener una idea equivocada de estos, así, una persona que obra bajo el concepto del error, si bien cae en una práctica de mal información no se equipara a la torpeza, pues esta última se centra en el desconocimiento de efectos jurídicos a la hora de celebrar un negocio.

Por otro lado, no hay que dejar de lado que la doctrina equipara la ignorancia al error para aplicar las nulidades por vicio del consentimiento, de tal manera se expone que “en el campo filosófico, el error propiamente dicho difiere de la ignorancia, por cuanto el primero implica siempre una oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la segunda se caracteriza por la ausencia del concepto” (Ospina, G y Ospina, E 2016, p. 181). Teniendo como base que la torpeza se basa en el desconocimiento de las consecuencias que podrían llegar a afectar a terceros a raíz de una simulación es cuestionable si se deberá limitar a esto como ignorancia de la ley y tomarlo como un vicio del consentimiento.

La respuesta a este cuestionamiento es que la torpeza y la ignorancia no son equiparables por la diferencia sustancial del ánimo en el que concurren las voluntades. Cuando se habla de ignorancia, se hace referencia al desconocimiento del marco jurídico aplicable respecto a un negocio jurídico, es decir una o ambas partes deciden celebrar un negocio jurídico sin saber el contenido ni la naturaleza del mismo. Ahora, el objeto de la presente investigación siendo la torpeza y el contexto bajo el que se desarrolla, trata en su esencia de una simulación, esta no

puede ser desarrollada sin que exista un acuerdo de voluntades para llevarla a cabo, por ello la torpeza no se refiere a que los simuladores desconocen el negocio jurídico que están celebrando y el que en realidad están disfrazando para obtener beneficio, el desconocimiento nace a la hora de ver consecuencias reflejadas en terceros que no tenían previstas o no sabían que podrían llegar a suceder. Por tanto, la diferencia de la ignorancia y la torpeza se basa en el alcance del desconocimiento del negocio jurídico, siendo la primera total y objeto para los vicios del consentimiento y la segunda parcial y no aplicable como alegación en busca de una nulidad.

Así reuniendo estas definiciones se puede decir que la diferencia entre estos conceptos está en el conocimiento que se ejerce en cada una de las calidades en las que comparecen a la hora de celebrar un negocio jurídico. Por un lado, el torpe actuará sin diligencia convencido de que está celebrando algo sobre lo que tiene conocimiento, aunque esto sea lo contrario a su realidad o a la totalidad de los efectos que puede producir, por otro lado, la parte que incurre en el error estará convencido de que está celebrando un tipo de negocio jurídico sobre una cosa en específico y que el resultado del negocio sea distinto a lo que se pensaba que iba a celebrar originalmente, y finalmente el ignorante, no tendrá conocimiento alguno sobre el negocio que está celebrando y este se equipara al error como vicio del consentimiento.

Ahora en el momento de sufrir perjuicios producto de un error, la normativa ecuatoriana, la doctrina y la jurisprudencia respaldan el derecho que tiene la persona afectada para la solicitar la nulidad o la posibilidad de subsanar los negocios jurídicos que hayan caído en errores, la resolución de estos casos se verá basado en el nivel de error en el que se haya incurrido.

Sin embargo, cuando hablamos de la torpeza, por el ánimo con el que se celebró el negocio jurídico, impide que se pueda brindar el mismo tipo de opciones, pues, en este caso se está actuando de manera deliberada al momento de dar vida a un negocio jurídico, incurriendo en un comportamiento torpe e incluso irresponsable por no informarse de la manera correcta, y tomando en consideración las posibles consecuencias que puede generar el acto celebrado.

Darle la posibilidad de un derecho de reposición o nulidad sobre un comportamiento que va en contra de las buenas prácticas y costumbres del Derecho es irse en contra del Derecho en sí mismo y de ahí la necesidad y el objetivo del principio *Nemo Auditur Allegans.*

1.1. Objetivo del principio Nemo Auditur Allegans.

El principio base de este trabajo de integración curricular tiene como fundamento y objetivo evitar que las personas fruto de su mal obrar al informarse, al actuar por fuera de los conocimientos que alcanza y a su vez, teniendo conciencia de que no los maneja a fondo se le pueda facilitar deshacer los actos jurídicos que ha celebrado solo por no haber tomado en consideración todos los efectos que podía generar el negocio jurídico al que ha decidido dar vida. De esta forma, este principio busca poder generar una buena cultura y de igual manera mantener la esencia de la celebración de contratos, convenios o cualquier acto que dé vida a una relación jurídica, que debe ser entendida como la buena fe de las partes.

Delimitando el campo de aplicación a la región latinoamericana, lamentablemente las prácticas sociales no siguen la corriente de la esencia del Derecho, la transparencia y la buena fe no priman a la hora de realizar acuerdos o compromisos. La esencia en la mayor parte de los negocios jurídicos celebrados en los países latinoamericanos, tienen como arista el beneficio propio, por ello el dolo entendido como tendencia a engañar al otro generalmente están en las prioridades de cada parte que conviene en la celebración. De esta forma se vuelve lógico entender por qué en nuestra región, existen más procesos judiciales que personas vivas.

Por ello, tomando en consideración esta realidad los códigos y normativas de los distintos países latinoamericanos a pesar de haber sido escritos en épocas totalmente diferentes y que sus modificaciones puedan haberse quedado cortas para la temeridad y mala fe que prima en este espacio geográfico, se han diseñado para evitar la restitución de lo obtenido de manera ilegítima, así Díaz, (2021) define al objetivo del principio *Nemo Auditur Allegans* como:

> Nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza' debe entenderse como la regla en donde aquel que se obliga a realizar a sabiendas una prestación contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, no puede perseguir su restitución invocando el carácter ilegal o inmoral de la obligación. (p.8)

Esto puede ser asimilado con la protección ante conductas perjudiciales a los terceros a raíz tanto de las malas intenciones originarias al momento de la celebración de un negocio jurídico como los perjuicios sufridos ante conductas opuestas a las buenas costumbres del Derecho, de esta manera se da un blindaje a las partes que si han celebrado el acto con la buena fe que debería caracterizarlo, para que no se pueda alegar una nulidad absoluta o relativa en este, y no se pierda lo adquirido solo porque la otra parte no obró con la suficiente diligencia o acto con intenciones maliciosas por ello la dice que "(…) es la exclusión de la repetición por causa torpe: hay, por tanto, una atribución patrimonial de ilicitud cualificada o torpeza (inmoralidad) en la que se niega la posibilidad de repetición, es decir, la acción del torpe para pedir la restitución de lo pagado." (Rebollo, 2002 p. 188).

En función de lo expuesto, es importante resaltar que, si bien la torpeza, como se ha definido antes, no incurre per se en la voluntad de generar daño a la otra parte o a un tercero como producto del negocio jurídico convenido, esto no exime la responsabilidad que se le debe atribuir a la parte que actuó con torpeza, pues, esta no fue obligada o viciada por ningún interviniente ni por un tercero para aprovecharse de su torpeza. Es por esta razón que no puede otorgarse a una persona que haya actuado con torpeza un derecho de reposición.

Finalmente, respecto al objetivo del principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem,* se debe tener claro que la torpeza no debe ser tomada como una actuación maliciosa, pero no por ello se debe premiarla, con todo lo expuesto en este punto, se debe tener claro que a pesar de no actuar con malas intenciones, no tener la debida diligencia para tomar decisiones en un acto jurídico tiene que acarrear consecuencias, pues como lo dice la ley ecuatoriana, el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad. Así, se puede concluir que el actuar

con torpeza no es una excusa para solicitar nulidad de actos jurídicos o la reposición de lo invertido.

1.2. El dolo y su participación en el principio Nemo Auditur Allegans.

De manera general el dolo es un vicio del consentimiento, Borrero (2003) lo define como "El elemento «subjetivo» se refiere a la intención del sujeto de captar ilícitamente la voluntad del otro contratante". En término prácticos, el dolo es la búsqueda del engaño a la otra parte con las que se está celebrando un acto jurídico, para que producto de este engaño se puedan obtener beneficios imposibles de conseguir de manera lícita. Para el objeto de este trabajo de integración curricular, el dolo es importante de manera excluyente, pues es necesario sentar las bases de qué es y sus elementos esenciales para que no existan confusiones con la base del tema elegido, es decir, la torpeza, por ello, según lo afirma la Resolución N.º 0636-2009 de la Ex Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2008), 8 de Diciembre de 2009, que a manera de sintetizar su contenido deja claro como punto clave que el dolo (engaño), debe ser producido por una de las partes intervinientes de manera directa en el negocio jurídico, es decir por sus actores, a tal nivel que no se puede imputar dolo a una persona jurídica, se imputa a quien haya actuado en representación de esta y nadie puede beneficiarse de esta práctica porque va en contra del orden público. (Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 135-2009 ER 636-2009)

Aquí entra la diferencia que es importante para el tema de la investigación, pues, el dolo como tal figura es la intención positiva de engañar a una persona con la que se está celebrando un contrato, es decir, una de las partes tiene conocimiento pleno del negocio jurídico que se está pactando y busca causar daño a la otra parte dentro del mismo contrato, convenio, etc., mediante el engaño.

Esto es totalmente contrario a la torpeza, pues, si bien puede llegar a pasar que una de las partes intervinientes en la celebración del acto jurídico obre como producto de un engaño que le ha

hecho un tercero al convencerle de ciertos efectos que pueden tener los negocios jurídicos, esto es pura torpeza, pues, está en la responsabilidad de cada parte informarse acerca de los actos que va a celebrar. En este mismo sentido, no se puede culpar a un tercero o la otra parte del convenio por la falta de diligencia siempre y cuando no se haga con mala fe, es decir, si se puede comprobar que una de las partes no tiene conocimiento del acuerdo que está firmando, o de manera expresa manifiesta estar convencida de que lo que está celebrando tiene efectos y consecuencias distintas a la realidad. En este último caso en honor a la protección de la buena fe la otra parte debería en ese caso, informarle sobre la verdadera naturaleza del negocio jurídico caso contrario incurrirá en el dolo negativo, el cual se da cuando una de las partes decide deliberadamente ocultar información, o simplemente no decir de manera expresa una consecuencia, que se va a producir a pesar de no estar taxativamente escrita o dicha en el convenio que dará vida a la relación jurídica entre estos intervinientes o como lo dice Ospina, G y Ospina, E (2016) "el autor no afirmará directamente un hecho falso; pero, mediante palabras dudosas, frases inconclusas, ideas a medio expresar o sugerencias veladas, hará nacer o alimentará un error de la víctima." (p. 202).

El dolo puede presentarse en el convenio de manera subsanable o no, pues este puede versar en una sola cláusula o sobre la esencia del negocio jurídico en su totalidad, por lo que la consecuencia puede ser una nulidad relativa o absoluta, dependiendo de lo expuesto. Sin embargo, para el objeto del presente trabajo de integración curricular se tomará como referencia el principio jurídico que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, como lo recoge la Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 9, p.2700 citada por la Resolución No. 16-2012 de la Corte Nacional del Ecuador dice:

> Si bien el Art. 1726 (1699) del Código Civil, contiene la regla general de que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, seguidamente establece la excepción de que no puede alegar esa nulidad el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o

> debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Nadie puede beneficiarse de su mala fe o de su torpeza" (Corte Nacional de Justicia Resolución No. 16-2012)

Por eso, es imposible que una persona se beneficie de los efectos que iba a causar al ocultar ciertos elementos y aprovechándose de su contraparte que con buena fe busca obtener algo de manera licita y correcta. Dando la conclusión de que ninguna parte que ha obrado con dolo tendrá derecho de repetición o de que se subsane a su favor una consecuencia que lo haya perjudicado. De esta manera se encuadrará al dolo en la conceptualización de Ospina, G y Ospina, E (2016) que dice "consiste, pues, en crear en la mente de una persona, mediante procedimientos condenados por la buena fe, un móvil o razón para consentir, móvil o razón que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso" (p. 232).

Ejemplificando, si un vendedor mediante la práctica del dolo convence a un comprador de adquirir un automóvil dándole características que no posee pero que son idóneas para el comprador, una vez que esta compraventa sea celebrada el vendedor no podrá alegar que el auto no posee estas condiciones como razón para obtener derecho de repetición. De esta manera si este automóvil ganase un concurso por su número de placas el vendedor no podrá exigir nulidad del contrato, o en otras palabras no podrá obtener beneficio por actuar de manera maliciosa.

Ahora, al igual que fue mencionado, los terceros no pueden incurrir en el dolo porque no son parte de la relación jurídica, porque por más consejo o guía inadecuada que puedan llegar a dar, no están interviniendo directamente en el negocio jurídico celebrado, esa es la razón de que sean terceros. En otras palabras, no están viciando la voluntad y el consentimiento en sí de los participantes, pues si lo hicieran el vicio del consentimiento que aplicaría es la fuerza que es conceptualizada por Ospina, G y Ospina, E (2016) como:

> "(…) fuerza o violencia se entiende toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Dicha presión produce

> generalmente en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la coloca, si así se puede decir, en un estado de necesidad, o que le resta la libertad de decisión requerida por la ley para cualquier manifestación de la voluntad privada."

Es por eso por lo que cuando se habla de terceros influyendo sobre la voluntad de los actores directos las figuras de dolo y error no son las adecuadas para justificar el vicio del consentimiento.

Por otro lado, si bien, el dolo no puede ser imputado a terceros, estos si pueden ser quienes sufran las consecuencias de este, concretamente la práctica que produce estos efectos es la simulación de negocios jurídicos, de esta manera los contratantes que, por ejemplo, han comprado un automóvil a un vendedor, que a su vez había simulado la adquisición de este mueble y, a la hora de que la otra parte simuladora quien seguía haciendo uso del vehículo se niega a entregarlo. La persona que ha obrado en de buena fe, ha pagado el precio justo a su vendedor, no debería sufrir los perjuicios por el abuso del Derecho que han pactado maliciosamente las partes simuladoras.

Con esta antecedente queda claro que se protege únicamente a los terceros que podrían ser afectados por el dolo de las partes en previos acuerdos o contratos, pues, en el ejemplo previamente planteado, el nuevo comprador ha actuado con la única intención de adquirir un bien, ha pagado un precio justo, y sería contrario a Derecho que se le deba quitar esto por la previa mala voluntad de las partes simuladoras.

En conclusión se puede decir que ninguna persona que haya actuado con dolo tiene derecho a ser escuchada cuando solicite nulidad del acto jurídico sobre el cual ha actuado con el referido dolo, las únicas personas que pueden pedir esto, son los terceros afectados por estos acuerdos celebrados y que han recibido perjuicios por estos, siendo el resultado una nulidad absoluta o relativa dependiendo de cada caso, y que al mismo tiempo esto se relaciona con el principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem* en el particular de que no se puede escuchar a un

simulador que alegue perjuicio como fruto del negocio jurídico que por voluntad propia ha decidido simular.

1.3. La simulación relativa de negocios jurídicos y el *Principio Nemo Auditur Allegans.*

Como se ha expuesto en el anterior punto, la simulación puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la finalidad que hayan tenido las partes que han celebrado este acto jurídico, así en la simulación de un negocio jurídico como lo define Velásquez (1988) “las partes han convenido en disfrazarlo o presentarlo como otro.” (p. 8).

De aquí que para el objeto del presente trabajo de integración curricular solo se hará referencia a la simulación relativa, pues, con todos los puntos expuestos hasta este momento es claro que la simulación no puede existir sin voluntad de participar en ella. Sin embargo, a diferencia de los casos de simulación absoluta donde no existe un negocio jurídico en realidad, simplemente se ha acordado simular un acto para perjudicar a un tercero, pero no se ha dado ningún efecto tangible más allá de los documentos firmados y los habitantes que ha generado este acuerdo, la simulación relativa si tiene un efecto tangible con efectos que se pueden percibir, pues, busca disfrazar una realidad por otra.

Parte sustancial del análisis que continúa, es la separación que se debe hacer de la simulación con el dolo, pues, como se ha evidenciado el dolo es parte del origen de la simulación, pero no es lo mismo que esta por ello:

> Cabe destacar que la simulación difiere de la reserva mental y del dolo. En aquélla no se acepta en el fuero interno lo que se expresa, o se le agrega mentalmente alguna circunstancia que altera el sentido o la sustancia de lo declarado; no hay concierto entre partes, es puramente unilateral y carece de relevancia jurídica; la simulación en cambio es bilateral. El dolo es obra de una de las partes o de un tercero y tiende a engañar a la otra; la simulación es obra de ambas partes y tiende a engañar a un tercero. (Niño 1991, p. 75)

Con esta base se puede afirmar que la simulación relativa si bien, a partir del dolo busca dañar a un tercero, la relación jurídica si existe, un ejemplo es la simulación de donaciones, la mala práctica de transferir los bienes de sus padres que solicitan los hijos a sus estos cuando alcanzan una avanzada edad, aquí para evitar impuestos se disfraza a una donación para hacerla ver como un compra venta, sin embargo, por más que el precio acordado sea el justo, nunca existe la transferencia de dinero, simplemente se cambian las escrituras para que ahora salgan con el nombre de los hijos que quisieron adelantar su herencia. Esto obviamente puede generar perjuicios a terceros, como, por ejemplo, los otros hijos, los acreedores de deudas adquiridas por los padres, entre otros. En dicho sentido el perjuicio está ahí, ambas partes simuladoras saben que están disfrazando el negocio jurídico, y en el momento en que algo saliera mal, ninguna de las partes tendría derecho a que se anule dicho negocio jurídico, puesto a que solo un tercero afectado podría solicitar esto.

Aquí entra el principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem*, puesto a que como claramente se ha establecido las partes han actuado con dolo para la simulación, pero al ser relativa, una de las partes podría estar actuando mediante torpeza respecto al negocio que está simulando, es decir, no conoce los efectos jurídicos del acto que ha firmado, puede actuar conociendo los efectos de la donación pero no de la compraventa y los perjuicios que le puede estar causando no solo a su propia persona, sino, que a los terceros con interés en la sucesión por causa de muerte del causante.

Ahí se genera el problema que ha dado nacimiento al trabajo de integración curricular desarrollado, pues, según el principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem*, que una de las partes haya actuado con torpeza a la hora de simular un acto jurídico, tampoco le da derecho a que se pueda anular, esto es importante porque aunque les comunique a terceros acerca de la simulación, su palabra no puede ser tomada en cuenta en sede Judicial por el hecho de ser una

de las partes que ha simulado el negocio, lo cual, si se ha hecho bien puede ser prejudicial para los terceros a la hora de demostrar la simulación.

Siendo de esta manera, en múltiples ocasiones se puede volver imposible de manera probatoria demostrar la simulación de un negocio jurídico, dependiendo de la habilidad maliciosa con la que cuenten las partes, que luego se pueden arrepentir en función del daño que han hecho, y ahí el problema, si el principio *Nemo Auditur Allegans Propiam Turpidem* se aplica de manera absoluta puede resultar en la indefensión de un tercero afectado, y que por tanto se debe prever una forma en la que el simulador pueda ser tomado en cuenta cuando sus intenciones se basen en la buena fe.

2. La buena fe como fundamento de excepción del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem.*

Dentro del marco normativo ecuatoriano la buena fe es un requisito para la celebración de negocios jurídicos, esto es tan intrínseco para el negocio en sí que el Código Civil dispone la presunción de hecho de que todos los negocios jurídicos han sido celebrados con este presupuesto y que para alegar la mala fe se deberá demostrar con prueba en contrario. De esta manera Ospina, G y Ospina, E (2016) dice que la buena fe en los negocios jurídicos contiene "las prestaciones impuestas por tales actos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquello" (p. 321).

En el contexto del presente trabajo de integración curricular es evidente que dentro del negocio jurídico simulado se pasó por encima de la buena fe porque la esencia de la simulación de negocios jurídicos se basa en la mala fe de los contratantes para obtener beneficio a raíz del disfraz de un negocio jurídico y los efectos que puede generar para terceros involucrados. Por ello es imposible alegar buena fe a la hora de declarar en contra de los terceros afectado que buscan la nulidad del negocio jurídico que les está generando perjuicios. Sin embargo, hay que

entender que la buena fe ha llegado al estatus de presunción en la ley por la integración al Derecho que esta supone, es decir que al no poder limitar su alcance como dice Schopf (2018) “la buena fe contractual es, en realidad, que su aplicación no puede efectuarse de una manera meramente mecánica, sino que presupone siempre un acto de evaluación y valoración del juez en cada caso particular” (p.114).

Esto quiere decir que no hay un carácter restrictivo dentro del margen de la buena fe, lo cual es importante para esta investigación, porque como se dijo al principio es imposible negar que dentro de un negocio jurídico simulado haya existido mala fe, pero dentro del alcance del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem,* actuar bajo torpeza no debe ser algo premiado, pero debería admitir un recurso para subsanar el daño causado siempre y cuando esto tenga como objetivo, retornar las cosas a un estado donde prime el orden público y las buenas costumbres que rigen el marco normativo.

De esta manera y con el alcance de la doctrina citada se puede decir que la buena fe puede existir como resultado de la intención de reparar el daño causado, esto es lógico cuando se toma en cuenta que la buena fe no debe ser valorada de manera mecánica, y que esta misma razón sea la que hace que la presunción de la buena fe sea una presunción de hecho y que admita prueba en contrario. La correcta valoración de la buena fe se consigue en el momento que un juez que ha sido presentado con una controversia analiza las situaciones del caso para determinar si las partes han obrado respetando los principios del Derecho o intentando abusar de este.

Retomando el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* y la importancia de la torpeza en este sentido se debe tomar en cuenta que parte de la buena fe se relaciona con la debida diligencia para celebrar un negocio jurídico, de esta manera como hemos visto si bien existe un vicio al negocio jurídico muchas veces el actor que esté actuando bajo obra de la torpeza puede estar convencido que su actuar va acorde a las buenas prácticas

> porque aunque esté simulando un acto puede tener la buena intención de beneficiar a la otra parte mediante un efecto que se genere al disfrazar el negocio jurídico. Así volviendo al ejemplo de la simulación de compraventa el padre que está disfrazando la donación por compraventa puede estar obrando con la que a su parecer es una buena intención para que sus hijos gocen de su herencia de manera prematura y que él pueda verlos disfrutar de esto. Por ello es indispensable tomar en cuenta el criterio de Ospina, G y Ospina, E (2016)
>
> A las buenas intenciones hay que agregar algo más: prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad no solo puede frustrarse porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados. (p. 325).

En base a lo citado es que se desprende la importancia del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem*, pues si no fuera por esta cualquiera persona podría justificarse en sus intenciones iniciales y la valoración propia de buenas que pudo haber tenido para poder librarse de consecuencias jurídicas por las que debería responder. Con ello queda claro que las buenas intenciones no son sinónimo de buena fe y que estas no son razón suficiente para exceptuar la condena de daños y perjuicios que se le pudo generar a un tercero.

Sin embargo, como se ha expuesto la buena fe no puede limitarse a un ejercicio mecánico, por ello dentro de un negocio jurídico que va en contra de las buenas costumbres, la buena fe y la seguridad jurídica, una vez que una de las partes se ha dado cuenta del daño que su torpeza y falta de diligencia ha generado, debería tener un mecanismo que el permita actuar en favor del orden público, en otras palabras el torpe debería tener una excepción al principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* para poder reparar el daño que ha generado, de esta forma la presente sección tiene como destino evaluar la buena fe en favor de los terceros, puesto a que ninguna de las dos partes debería poder ser escuchada para deshacer el negocio jurídico cuando este no

haya impactado a terceros. Pues, si bien es correcto buscar cumplir con el orden público y declarar en contra de las prácticas de mala fe, esto no tiene cabida cuando las partes lo hacen para buscar deshacer un negocio que a causa del tracto sucesivo en el tiempo les ha resultado perjudicial, en este caso se debe mantener el principio materia de la presente investigación sin excepción alguna.

2.1. La buena fe en favor de un tercero.

Cuando se trata de la buena fe como se ha explicado en esta investigación hasta este punto se habla de la buena fe para la celebración de un negocio jurídico, por ello esta buena fe se entiende entre los contratantes, o como lo dice Schopf (2018) "La principal particularidad del estándar del contratante leal y honesto al que remite la buena fe contractual es que este implica comportarse de un modo que no solo considera los propios intereses, sino que, también, los de la parte contraria" (p. 115). Esto como se ha explicado respecto al dolo negativo, es una realidad y un requisito del negocio jurídico, es decir, ambas partes deberán velar por la integridad del negocio jurídico y por tanto por la otra parte, el conocimiento que tenga sobre el acuerdo, y en caso de que esta parte no se encuentre bien informada, darle la guía necesaria para que su voluntad y consentimiento no se vean afectados.

Sin embargo, la buena fe no debería ser limitada para las partes que intervienen de manera directa en el negocio jurídico, pues, como se ha evidenciado los negocios jurídicos no tienen efectos únicamente entre las partes, estos pueden abarcar una infinidad de situaciones que terminen con efectos positivos o negativo para terceras partes que pueden ser privados o incluso al Estado en general. Un ejemplo puede ser la distribución de medicinas de libre venta al público, si bien el acuerdo de distribución entre farmacéuticas puede ser privado y entre dos únicas partes, si esta medicina llega a tener un efecto no deseado en los consumidores, se convertirá en un problema no solo para las farmacéuticas y sus consumidores, sino que por el alcance que ha tenido el Estado también se verá afectado.

Ahora, es imposible que los actores dentro de un negocio jurídico puedan prever todas las situaciones y todos los efectos que el acuerdo que estén celebrando, y aquí es donde se concatenan los conceptos que se han revisado a lo largo del trabajo de integración curricular. La debida diligencia va de la mano con la buena fe en favor de terceros, pues, al hacer un estudio del negocio que se está celebrando se logra tener conocimiento exacto sobre el alcance que este va a tener y así se puede negociar de manera adecuada. Dentro de este estudio obviamente se podrán observar de manera tangible las condiciones que podrían dejar los efectos de este acuerdo para los terceros.

Una vez determinado lo anterior cabe la distinción entre terceros absolutos y relativos, puesto a que para el objeto de la presente investigación los efectos que podría llegar a suceder únicamente aplicarán para los terceros relativos que son "ciertos efectos especiales a otras personas que sí tienen vinculaciones jurídicas con las partes a saber" (Ospina, G y Ospina, G, 2016, p.357). Esto quiere decir que el vínculo jurídico que estas personas pueden tener con los actores del negocio jurídico son la esencia de que puedan verse afectados por el tracto sucesivo del acuerdo en el tiempo.

Con esta distinción realizada, queda clara la base de la buena fe en favor de terceros, de esta manera se evidencia que a pesar de que no se pueda prever cada situación posible a raíz de un negocio jurídico si se puede y se debe tomar en cuenta las posibles consecuencias que acarren a los terceros relativos al acuerdo, tomando en consideración las vinculaciones jurídicas que pueden tener las partes y los efectos que se van a generar a raíz de esto. Por ejemplo, puede existir la buena fe de realizar una compraventa sobre un vehículo entre dos partes, sin embargo, una de ellas ha contraído una deuda con un banco misma que no ha cumplido, en caso de que esta compraventa se esté realizando para cumplir con esta deuda se entiende que se está actuando de buena fe y se realiza el acuerdo con la debida diligencia. Sin embargo, si el dinero estuviera destinado para otra cosa, actuar con la debida diligencia significa que se puede prever

que se le está restando la posibilidad efectiva de cobro al acreedor de la deuda y no concluir la compraventa debido a este antecedente es actuar con buena fe en favor de un tercero.

Al haber podido definir y enmarcar la buena fe en favor de un tercero ahora es importarte poderle dar un sentido práctico y aplicable para la presente investigación, pues, el supuesto fundamental de esta es que ha existido una simulación previa al momento en el que uno de los actores quiere participar de buena fe.

El fundamento de esta investigación es determinar si es que una vez que se ha cometido una simulación cuyos efectos han perjudicado más de lo presupuestado por una de las partes simuladoras a un tercero relativo a los efectos de tracto sucesivo, se le debe conceder un mecanismo para que pueda reparar el daño causado y que su declaración respecto a la simulación sea válida. Bajo el presupuesto de que la buena fe no debe ser aplicada únicamente entre las partes que directamente celebran el negocio jurídico, cabe la pregunta de qué hacer en estos casos, por lo cual según los conceptos estudiados cabe la excepción al principio *Nemo Auditur Allgans Turpidem* porque este precisamente busca evitar que los actores originarios puedan ser escuchados ante una solicitud de nulidad para evitar posibles beneficios. Pero en caso de que las partes hayan camuflado el negocio jurídico de manera prolija podría hacer imposible la demostración probatoria de esta simulación, lo cual, da utilidad a la declaración del simulador ante el tribunal. Ahora para que esta excepción se pueda dar deben existir fundamentos por ello García y Rascado (2013) dicen que “Existen excepciones contempladas como normas, es decir, en el corpus normativo se incluyen disposiciones prohibitivas y además excepciones a dichos postulados jurídicos que implican, si bien no necesariamente una permisividad, sí la ausencia de sanción” (p.86). En este caso se entiende que la sanción por haber incurrido en esta práctica contraria a Derecho es no poder ser escuchado ante un tribunal cuando se desee pedir la nulidad del negocio jurídico celebrado y la excepción no sería la ausencia de penalidad por daños y perjuicios, sería poder ser escuchado en lo propio.

Con todo lo expuesto la conclusión de este apartado es que la buena fe es una parte indispensable para que se pueda llegar a exceptuar el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem,* ahora, esto no quiere decir que siempre que un simulador de negocios jurídicos comparezca a sede Judicial solicitando la nulidad del negocio jurídico celebrado deba ser escuchado solo por decir que actúa con buena fe, pues, aunque esta se presuma deberá comparecer con hechos materiales que demuestren el daño causado o bases fundamentadas del daño que se puede generar a futuro además de la necesidad de ser acompañado por este tercero y que así no quede en duda la voluntad con la que se solicita la nulidad, pues, si solo es un mecanismo para pedir nulidad por resultados no planeados la excepción no debería concederse.

2.2. Condiciones necesarias para la excepción del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem*

Como se ha abordado a lo largo del trabajo de integración curricular, el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* es una forma de protección al orden público del fraude a la ley que puede ocasionar una persona que actúa con torpeza, por ello la aplicación de este ante una simulación resulta de suma utilidad. Sin embargo, como se ha se desarrollado, existen situaciones específicas donde aplicar este principio puede resultar en un daño injustificado a un tercero y por ello es necesario contemplar la excepción del principio estudiado, tomando en cuenta que para que no se aplique se deben reunir requisitos indispensables para que la esencia del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* no se pierda y se utilice para causar mayores perjuicios al ordenamiento jurídico y al orden público.

Dicho esto, los requisitos que se deben reunir para exceptuar la aplicación del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* son:

En primer lugar, la existencia de un daño tangible al tercero afectado, como se verá a continuación se debe tomar en cuenta el perjuicio generado al tercero por el cual se quiere declarar el cometimiento de una simulación y las circunstancias bajo la que esta se desarrolló,

pues, si el daño no es justificado o en realidad es ínfimo no tiene sentido dejar de aplicar el principio porque no se habría vulnerado el orden público y se podría tratar de un caso donde la simulación ha resultado contraproducente y se busca un modo de dejarla sin efecto.

De esta manera Osterling (2018) respecto al perjuicio dice lo siguiente "El daño, para que sea reparado, debe ser cierto. No eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establecen la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil peruano (…)"(p. 94), de aquí la importancia de que el daño sea real, pues, como se ha visto a lo largo del desarrollo del trabajo de integración curricular no se busca que se puedan deshacer fraudes a la ley de manera regular solo porque estos no han resultado como se esperaba y es evidente que una de las partes simuladoras al sentirse perjudicada por el efecto de la simulación buscará cualquier medio legal para poder anular el negocio jurídico. De esta forma esto puede resultar en que dicha parte comparezca a sede judicial con un tercero cualquiera, alegando un daño potencial a este, habiendo pactado con dicho tercero una serie de condiciones derivadas del negocio jurídico simulado para alegar un daño potencial.

El daño potencial o hipotético no debe ser aceptado como fundamento por ser precisamente algo que no ha pasado y que si bien podría comparecer el simulador con su falso tercero afectado una vez que dichas condiciones que ha maquinado se hayan configurado será tarea del juez evaluar el contexto bajo el cual se ha dado esta vulneración para que cuando se vaya a conceder o negar la excepción al principio se haga bajo condiciones reales, pues, dichas maquinaciones no podrían configurarse con efectos *ex ante*, es decir, si es que el juez ve que el perjuicio se generó bajo condiciones específicas después de un resultado no idóneo para la parte simuladora que pretende ser escuchada se deberá desechar esta pretensión y dependiendo del caso se podrá ordenar una indemnización por los daños generados al tercero bajo estos hechos, sin que esto signifique anular el negocio jurídico, pues, hay que recordar que aunque exista buena fe a la hora de declarar ante un negocio jurídico simulado, el daño causado debe

ser reparado y esto significa la posibilidad de exigir una indemnización por daños y perjuicios en el tiempo que dicho acuerdo estuvo vigente y que como se analizó previamente la relación jurídica de la que se desprende entre el tercero (que debe ser relativo) y el simulador debe existir previo a la simulación realizada y se debe mantener este requisito para evitar futuros fraudes a la ley con intenciones maliciosas de seguir abusando del Derecho, por lo que si la relación jurídica nació después de la simulación que se busca anular, no se podrá aplicar a la nulidad de dicho negocio jurídico y como máximo se podrá pretender deshacer la relación jurídica entre el tercero y el simulador, variable que no se revisará a detalle, pues es objeto de otra investigación.

En segundo lugar, tal y como se ha desarrollado en el primer apartado de la segunda sección, se debe justificar la buena fe en favor de un tercero bajo los conceptos e instituciones desarrollados en dicha sección, definir la relación con el tercero y la temporalidad que esta tenga aplicando todo lo que se desarrolló respecto a la buena fe es parte vital para que se conceda o se niegue la excepción del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem*.

En último lugar, la ponderación entre el daño y los efectos de nulidad de un negocio jurídico, hasta el momento, se ha abordado el tema de la excepción del principio con una finalidad de conceder la nulidad del negocio jurídico simulado entre las partes originarias y que ha afectado a un tercero, sin embargo, como se ha visto a lo largo del trabajo de integración curricular esto no es una decisión sencilla, pues, como ya se explicó, no hay simulación sin dolo, y como parte del dolo puede incurrir la conducta de torpeza, ahora, desde la perspectiva donde solo existe un tercero perjudicado como se ha ejemplificado a lo largo de la investigación la ponderación no es complicada, pues, en la balanza solo está una persona que ha sido perjudicada a raíz de un negocio jurídico simulado y en el otro no existe un contrapeso, pues, es el único tercero que se ha implicado, por ende, la solicitud de declarar la nulidad de esta simulación originaria al conflicto es una solución que termina con el conflicto.

Sin embargo, si añadimos a este supuesto posibles terceros adicionales que han visto por el contrario beneficio propio a raíz de los efectos, tampoco sería justo que se dé por nulo el negocio jurídico y se perjudique a estos otros terceros que han actuado de buena fe y que no conocen la naturaleza de la simulación originaria.

Con estos antecedentes queda claro que es importante poner en una balanza que tanto afecta al interés de todos los involucrados indirectamente con la simulación inicial, por lo que, en los casos donde esta ponderación en la balanza resulte en mayor cantidad de perjuicios para otros terceros de buena fe, se deberá únicamente conceder una indemnización a favor del tercero perjudicado, pues, como lo explican Machado, Medina, et al (2017)

> Siendo el daño la medida de la reparación, para la víctima es imperioso el restablecimiento de su situación a través de la declaratoria de responsabilidad en contra del causante del hecho dañoso. Vale decir que el reconocimiento de los hechos alegados debe corresponder con la magnitud de los agravios causados, y que la cuantificación a cargo del juez debe representar el valor de todos y cada uno de los perjuicios, eso sí, procurando el restablecimiento y no el enriquecimiento de la víctima. (p. 1)

Queda en evidencia que el daño deberá ser indemnizado por la medida del daño causado, es por ello que dejar la excepción del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* en una forma de llegar a la nulidad de un negocio jurídico es demasiado simplista, pues como lo hemos visto en la primera sección del trabajo de integración curricular la sanción que supone el principio es no ser escuchado como parte simuladora respecto al negocio jurídico simulado, sin embargo a la hora de poner esto en práctica se pueden encontrar diversas realidades como las planteadas en este apartado, por lo cual, siendo la intención de este trabajo de integración curricular, dotar a las personas que interactúan en el mundo jurídico de herramientas para obtener justicia donde prevalece la buena fe, la variante donde por ponderación de efectos de relaciones jurídicas posteriores y derivadas de la simulación original, el sentenciar una indemnización para el

tercero que se vio afectado por dicha simulación original una vez se escuchó a una de las partes simuladoras, es totalmente válido, pues la intención versa en que el perjudicado sea indemnizado por el daño que se le causó pero sin generar más daño a otros terceros que se han visto impactados positivamente del negocio jurídico simulado.

3. El papel de juez y su motivación para exceptuar el principio Nemo Auditur Allegans Turpidem

En base a todos los antecedentes queda claro que para la excepción del principio *Nemo Auditur Allegans* no se puede tomar una decisión algorítmica. Es por ello que dicha decisión dependerá totalmente del juez al momento de aceptar la prueba testimonial, en la audiencia preliminar en el proceso ordinario y en la primera fase de la audiencia única en el proceso sumario.

De esta forma el juez, deberá decidir previo a la práctica de la prueba si acepta o niega la excepción del principio objeto del trabajo de integración curricular, lo cual va acorde a la seguridad jurídica de las partes involucradas, pues, no se correrá el riesgo de que el simulador declare sobre la simulación de la que ha sido parte sin previa autorización del juez.

Por otro lado, la decisión del juez para dar paso a la excepción deberá estar debidamente motivada a raíz de los hechos bajo los que la parte que anuncia la prueba justifique la necesidad de exceptuar el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem*, de esta manera no podrá otorgarse dicha excepción por el simple hecho de anunciarse como prueba y se seguirá con el debido proceso en audiencia para sustanciar la nulidad relativa del negocio jurídico o la indemnización al tercero perjudicado.

Como se ha abordado la decisión de aceptar o negar la excepción del principio y posterior sentencia sobre el fondo de la causa deberán motivarse correctamente para que no existan vicios en el proceso, de esta manera es importante exponer de manera rigurosa la motivación

de la decisión bajo los parámetros establecidos en la ley y en la jurisprudencia. Al respecto Espinosa (2010) expone:

> La motivación, adicionalmente, no es un simple expediente explicativo. fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Mientras que para fundamentar es necesario justificar los motivos que conducen a un razonamiento, mediante el examen de los presupuestos fácticos y normativos; para explicar se requiere solo de una simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción, esto es, señalar el *iter lógico* que le ha permitido al juez o tribunal llegar a la decisión, sin mayores connotaciones intelectivas. (p.57)

Tomando esto en cuenta, se muestra la clara realidad aplicable a estos casos, puesto a que no bastará con una simple explicación sobre la aceptación o negativa de la excepción, esta deberá ser justificada para que se deje claro en el expediente y en la resolución de la causa el porqué se decidió proceder de esta manera. Dejando clara la vulneración de derechos que se habrían configurado al actuar de manera distinta y concatenando el contenido de esta resolución con la decisión final que como se expuso en la sección anterior puede implicar la nulidad del negocio jurídico o una indemnización a favor del afectado. Siguiendo esta línea De Asís (2007) separa el razonamiento para la motivación en dos vertientes "Suele ser común distinguir dos grandes tipos de razonamiento judicial: el fáctico, referido a los hechos, y el normativo, referido a su calificación jurídica" (p.74).

Esto quiere decir que para que tenga un sentido lógico los hechos deberán ser suficientes para la excepción del principio, pues, la norma dice que no se deberá escuchar a una parte simuladora que ha actuado con torpeza cuando se vaya a declarar sobre esta, sin embargo, si los hechos constituyen justificación suficiente, respecto al daño generado al tercero, la buena fe y la ponderación de los daños posibles a otros terceros a raíz de esta decisión. Con el correcto balance entre los hechos y el derecho se puede tomar una decisión adecuada que garantice la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Con esto acuerda Espinosa (2010) que dice "(…)

nuestra Constitución de la república, las leyes secundarias, la doctrina y la jurisprudencia han insistido en la unidad de las decisiones jurisdiccionales, y la necesaria coherencia lógica entre las premisas y las conclusiones finales y necesarias del fallo (…)" (p.62).

De esta manera queda en evidencia que toda decisión judicial debería seguir un orden lógico entre los hechos y el derecho que produzca una resolución clara, expresa, lógica, completa y legítima que le permita al afectado entender no solo la decisión, sino, también el razonamiento que estuvo detrás de dicha decisión.

Conclusiones y recomendaciones.

3.1. Conclusión

En conclusión, el principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* ha sido diseñado para mantener la seguridad jurídica de las personas y que no se pueda alegar la torpeza o falta de debida diligencia previo a la celebración de negocios jurídicos.

Por otro lado, la simulación es una práctica contraria al Derecho, que puede terminar en el perjuicio de terceros que no se presupuestó al momento de la suscripción del negocio jurídico simulado.

La buena fe, debe prevalecer cuando se piensa dar vida a un negocio jurídico y se debe tomar en cuenta a la hora de querer reponer y reparar el daño causado a un tercero-

Las excepciones no deben concederse de manera injustificada, se debe tener un fundamento para aplicar la excepción, no hacerlo vulnera la seguridad jurídica y puede generar más perjuicios que beneficios para los terceros.

El rol de los jueces es imprescindible para poder determinar cuando cabe y cuando no la excepción, y necesariamente debe resolverse previo a la práctica de la prueba, respecto a su presentación y su admisibilidad como prueba nueva cabe una nueva investigación con un enfoque más procesal que teórica.

3.2. Recomendaciones:

Siempre que se pretenda solicitar la excepción del principio *Nemo Auditur Allegans Turpidem* se debe tener una justificación preparada y bien fundamentada donde se deje claro tanto el perjuicio causado como la buena fe con la que comparece la parte simuladora.

El juez o jueza al decidir sobre la excepción del principio debería guiarse bajo los mismos parámetros bajo los cuales toma una decisión al dictar sentencia y tomar en cuenta los hechos fácticos y la realidad jurídica ante la que se encuentra para proteger los derechos de todos los involucrados.

No siempre la mejor forma de resolver sobre estos casos será la nulidad del negocio jurídico simulado por los posibles efectos que esto pueda generar con otros terceros, por ello, es importante tener claro que lo que se busca es tener una compensación al tercero afectado que comparece lo cual también se puede lograr mediante una indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil [Ley 2005-010]. (15 de mayo de 2005). R.O. S. 46 24 de junio de 2005.

Borrero, J. (2003). *El dolo como vicio de la voluntad en el Derecho Civil Español y en Derecho Canónico.* (Trabajo de Grado). Universidad de Sevilla: Sevilla, España.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [Resolución No. 16-2012] 22 de marzo de 2012.

De Asís, R. (2007). *El razonamiento judicial.* Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

Diaz, J. (2021). Aplicación del principio general "Nemo auditur propiam turpitudinem allegans - nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza" en los contratos estatales de asociación público: apuntes críticos con ocasión de la sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019. Universidad de los Andes.

Espinosa, C. (2010). *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito, Ecuador: TCE.

Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. [135-2009 ER 636-2009] 8 de diciembre de 2009.

García B. y Rascado J. (2013). La excepción en el Derecho. FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 16(1), 83-109. DOI: https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n1.42549.

Larousse Editorial (2016). Torpe. En Diccionario Editorial Larousse. Recuperado de https://www.diccionarios.com/diccionario/espanol/torpe.

Machado, L, Medina, R, Vivanco, G, Goyas, L, Betancourt, E. (2017). *Revistas Espacios.* 39 (9) 14. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.revistaespacios.com/a18v39n09/a18v39n09p14.pdf.

Morales, M. (2013). *El error como vicio del consentimiento en los contratos swap*. (Trabajo de Grado. Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona, España. Recuperado de https://ddd.uab.cat/record/114262.

Niño. E. (1991) La Simulación. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 14. Recuperado de http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/245.

Ospina G., Ospina E. (2016). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico.* Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Osterling F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. Derecho PUCP, (26), 93-102. DOI: https://doi.org/10.18800/derechopucp.196801.009.

Ovalle G. (2020). Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en derecho español *Revista Derecho Público Iberoamericano,* 17(1) (p. 219-250) Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8039504.

Real Academia de la Lengua (s.f.). Dolo malo. En *Diccionario Jurídico Panhispánico*. Recuperado de https://dpej.rae.es/lema/dolo-malo#:~:text=Pen.,el%20%C2%ABdolo%20subjetivamente%20malo%C2%BB.

Rebollo, M. (2002). La regla nemo auditur en la jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista general de derecho administrativo,* 263, 186-221. DOI: https://doi.org/10.24965/da.v0i263-264.5582.

Schopf A. (2022). La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato. Revista de derecho (Valdivia), 35(1), 59-78. DOI: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100059.

Velásquez C. (1988). La simulación en los negocios civiles y mercantiles. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (82). Recuperado de https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4779.