

Notas sobre la simulación.

Carlos Peña González.

La simulación¹.

La simulación, como se sabe, constituye una discordancia **deliberada y bilateral** entre la *voluntad manifestada* y la *efectivamente sentida*, en términos tales que la primera - esto es, la que se manifiesta haciéndose pública- simplemente encubre la verdadera voluntad negocial -siendo esta última la que se mantiene oculta y sólo al alcance de los que participan del acto simulado. Se verifica, pues, una simulación cuando al menos dos sujetos de derecho se **conciertan** para hacer saber a terceros una voluntad distinta de aquella que efectivamente los vincula. Pedro se concierta con Juan para aparentar, frente a terceros la celebración de un acto -digamos una compraventa- cuando, en verdad, no pretenden celebrar ningún negocio. El objetivo de Pedro es, solamente, desmedrar el derecho de prenda general de los acreedores disminuyendo sus bienes. Pedro y Juan, mediando concierto, *han manifestado frente a terceros una voluntad distinta a la que efectivamente poseen. Dijeron, publicamente, que transferían un bien de Pedro a Juan; pero dejaron constancia en un acuerdo simulatorio, que su verdadera intención es que el bien permanezca en poder de Juan a título de precario. Para los terceros -digamos, los acreedores de Pedro- hubo un perjuicio: el derecho de prenda general (artículo 2465) se*

¹ En general, puede consultarse, Fueyo, F. *La Simulación de los Negocios Jurídicos (o la falta de sinceridad contractual)*, en: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago: Jurídica, 1990.

ha visto desmedrado. Los terceros, en ese caso, tendrán interés en probar que hubo simulación.

Donde hay simulación, en consecuencia, existe una declaración de voluntad que disimula la que efectivamente poseen los sujetos de derecho.

La diferencia que media entre la voluntad que consta de la declaración y aquella que efectivamente posee un poder vinculante entre las partes, puede consistir: a. en la identidad de los sujetos de derecho que aparecen vinculados (simulación por interpósita persona: Pedro actúa ocultando un mandato de Diego); b. en la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra (Pedro y Juan dicen celebrar compraventa y en verdad, mediante un instrumento privado, acuerdan celebrar un arrendamiento); c. en el contenido prescriptivo del contrato (las partes declaran que el precio ha sido íntegramente pagado, cuando en verdad se pagará en cuotas o disminuyen el precio real); d. En la voluntad de celebrar algún negocio: mientras el acto público aparenta una voluntad negocial, el acto oculto deja constancia que, en rigor, tal voluntad no existe.

Los tres primeros casos equivalen a la simulación relativa; el último a la simulación absoluta. En los tres primeros *hay una voluntad negocial encubierta; en el último no hay ninguna voluntad negocial genuina.*

Con todo, y sin perjuicio de lo que se dirá luego, el elemento constitutivo de la simulación es el concierto entre las partes que aparecen vinculadas por el acto que hacen público. Eso es, de otra parte, y como se comprende fácilmente, lo que permite diferenciar técnicamente a la simulación de la mera reserva mental: la primera, al ser unilateral, no supone concierto y es, por lo mismo, irrelevante, la segunda al ser bilateral exige el concierto. En la simulación, en efecto, **las partes acuerdan -en mérito a propósitos lícitos o ilícitos- ser insinceras** al tiempo de declarar su voluntad negocial.

En los precedentes conceptos -que se recuerdan aquí con fines argumentativos- conviene la totalidad de la doctrina. Raúl Diez Duarte, en **La simulación de contrato ante el Código Civil Chileno**, la define como una "disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración, convenida entre las partes, con el fin de engañar a terceros", agregando, luego, la exigencia del "concierto entre partes"². Luis Claro Solar insiste en el mismo aspecto al tratar de las contraescrituras en sus **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado**³. Don Enrique Paillás, en su trabajo **La Simulación, Doctrina y Jurisprudencia**, alude también al concierto en cuanto exige simultaneidad ideológica - sobre la que luego volveré- entre la escritura y la contraescritura⁴. Francesco Messineo, en su obra **Doctrina General del Contrato**, es explícito en torno al punto: "...debe ante todo dejarse sentado que la simulación del contrato no puede realizarse sin la previa disposición de un medio técnico -que preexiste o coexiste con el contrato simulado-: el llamado acuerdo simulatorio. A falta de éste tendríamos, no simulación del contrato, **sino dos declaraciones de voluntad**, cada una acompañada por una reserva mental, con la consecuencia (...) de que **ambas** declaraciones valdrían únicamente por lo que expresan, ya que la ley para nada toma en cuenta la reserva mental sino es cognoscible por la otra parte; y, aunque fuera cognoscible, la reserva mental no produciría el mismo efecto que es propio de la simulación, porque podría dar vida -con efecto sólo entre las partes, al contrato simulado, pero no también al contrato disimulado o a la interposición ficticia de persona. En estos casos, en el contrato con doble reserva mental, faltaría la simulación en alguna de sus

² *Santiago: Ediciones Fallos del Mes, 1982, p. 60.*

³ *Santiago: Nascimento, 1939, Tomo XII, Número 2027.*

⁴ *Santiago: Jurídica, 1984, N.º 1.*

configuraciones características"⁵. La doctrina francesa está también de acuerdo en el punto y baste citar aquí los comentarios de Rogron al Código Civil Francés y, en particular, al artículo 1321⁶; los de Marcadé⁷; y en los textos más actuales de Weill y Terré⁸ y de Jacques Flour y Jean Luc Aubert⁹. Similar concepto ha establecido, por modo unánime, la jurisprudencia nacional¹⁰.

Así, pues, debe tenerse como una conclusión firmemente asentada, la de que la simulación exige para configurarse un acuerdo simulatorio, esto es, un concierto entre las partes que figuran en el acuerdo público y en el oculto, las que usualmente son las mismas. Este elemento de concierto o de bilateralidad en el engaño -fraudulento o no- es lo que distingue a la simulación de un conjunto de otros fenómenos en los que también se verifican discordancias entre la voluntad que se hace pública y la efectivamente sentida. Como lo muestra Cariota Ferrara¹¹, en el error, la fuerza y el dolo -esto es, en lo que nuestro artículo 1451 denomina vicios del consentimiento- se verifica, al igual que en la simulación, una discordancia entre la verdadera voluntad negocial y la que se manifiesta o

⁵ *Doctrina General del Contrato, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, Tomo II, N.º, página 7.*

⁶ *Code Civil Expliqué par sus motifs, par des exemples et par la jurisprudence, Paris: Plon, 1877, Tomo I, página 1480.*

⁷ *Explication Théorique et Pratique du Code Civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, Paris: Delamotte fils, 1889, Tomo 5, página 40.*

⁸ *Les obligations, Paris: Dalloz, 1986, página 577.*

⁹ *Les Obligations, Sources: L'acte juridique, Paris: Colin, p. 314 y siguientes.*

¹⁰ Así, vgr., RDJ, T22, Sec 1, página 272; RDJ, T 46, Sec 1, página 737; RDJ, T 55, Sec 1, página 188; RDJ, T 33, Sec 2, página 17; RDJ, T 43, Sec 1, página 337.

¹¹ *El Negocio Jurídico, Madrid: Aguilar, 1956, p. 348.*

se hace pública, sólo que en el primero (en el error) esa discordancia es espontánea y unilateral y en los dos últimos (en la fuerza y el dolo) esa discordancia siendo unilateral es inducida; en la simulación, en tanto, existe discordancia **deliberada y bilateralmente concertada: los sujetos de derecho que participan de ella se concertan para, con fines de engaño, manifestar ante los terceros una voluntad diversa a aquella que entienden los obliga.**

Lo anterior -la existencia del acuerdo simulatorio unánimemente exigido, como se acaba de ver- explica que, en rigor, **en la simulación existe nada más una sola voluntad y no dos como aparentemente ocurre.** Desde el punto de vista de las apariencias, en efecto, en la simulación relativa (que es la que en el asunto que estamos ahora considerando, interesa) comparecen dos actos que trasuntan voluntades diversas, a saber, el acto ostensible o público y el acto oculto; sin embargo, se trata de una sola voluntad insincera puesto que entre un acto y otro, como observa Paillás¹², existe simultaneidad intelectual. Esta unidad ideológica que caracteriza a la simulación -en la que, como se ha visto, suele haber aparentemente dos actos cuando, en rigor, hay nada más uno insincero- es lo que explica que la doctrina civil suele presentar temáticamente a la simulación como un modo insincero, y en principio lícito¹³, de manifestar la voluntad. "La simulación -expresa don Raúl Díez- no es la resultante de la manifestación de dos voluntariedades antagónicas. La simulación es una manera de manifestar consentimiento. No hay -concluye- dos actos jurídicos reales, coetáneos y contradictorios; hay solamente un acto jurídico simulado"¹⁴. Weill y Terré, a su turno, insisten en la contemporaneidad intelectual de las dos

¹² *Ob. cit., p. 10.*

¹³ *Paillás, Ob. cit., p.13.*

¹⁴ *Ob. cit., página 66.*

declaraciones, puesto que -expresan- "la simulación **debe ser distinguida del acto posterior que revoca o modifica un acto anterior realmente convenido.**"¹⁵

No siempre, pues, que hay dos actos de que dan cuenta dos instrumentos diversos, y que se refieren a la misma materia, estamos en presencia de la simulación: puede tratarse, todavía, de un negocio que, simplemente, modifica o revoca al precedente. Examinar qué reglas son aplicables en uno y otro caso exige, sin embargo, revisar el estatuto aplicable a los negocios simulados en Chile.

La contraescritura y el tratamiento de la simulación en el Código Civil Chileno.

Como es sabido, el Código Civil Chileno, al igual que sus fuentes habituales, no contempló un estatuto que, al modo del Código Civil Italiano de 1942, se refiriese por modo explícito y sistemático a la simulación. Referencias aisladas y algo oblicuas, con todo, es posible hallar en el conjunto de las disposiciones del Código Civil. Así el artículo 966 alude a la posibilidad de disfrazar una declaración de voluntad y los artículos 1314 y 2144 aluden a lo que se conoce en la doctrina como simulación por interpósita persona. Sin embargo, hay un artículo que implícitamente, y siguiendo la sistemática del Código Francés (aunque sea otro el modelo invocado en esta parte por Bello), se refiere a la simulación. Se trata, como es sabido, del artículo 1707 del Código Civil el que, desde el punto de vista sistemático, se corresponde con el artículo 1321 del Código Civil Francés.

Desde el punto de vista de su mera ubicación en el conjunto de los preceptos del Código Civil, el artículo 1707 es un precepto relativo a la prueba de las obligaciones y, en particular, a la fuerza de convicción de la prueba instrumental. Ese precepto, en efecto, y a primera vista, pareciera regular el valor probatorio de un instrumento privado cuyo contenido prescriptivo resulta inconciliable con el de un instrumento público. La situación

¹⁵ *Ob. cit.*, página 578.

en apariencia regulada por ese precepto es, pues, la de la fuerza de convicción que cabe atribuir a un instrumento privado enfrente de uno público, cuando entre uno y otro media oposición en punto a aquello de que dan cuenta. De ser así -esto es, si, en efecto, es esa la interpretación que cabe hacer del precepto- toda vez que existan instrumentos contradictorios en punto a a aquello que en ellos consta, el conflicto sería un conflicto de fuerza de convicción que debería ser resuelto con arreglo a lo previsto en el precitado artículo 1707.

No es esa, sin embargo, la interpretación correcta. En verdad, el artículo 1707 más que ser propiamente un precepto de carácter probatorio y referido a la fuerza de convicción de que están dotados los instrumentos, es una regla referida a la simulación y que se refiere, por tanto, a la fuerza obligatoria que cabe atribuir a los actos que constan de los instrumentos, más que al valor probatorio de estos últimos. Para aplicar el precepto, pues, no basta que existan dos actos o instrumentos con contenido prescriptivo inconciliable y provistos del mismo ámbito de aplicación; cosa distinta, para recurrir al artículo 1707 y hacer aplicación de la regla que en ese precepto consta se requiere que **se haya alegado y se encuentre acreditada la simulación**. Dicho en otros términos: la contraescritura de que trata el artículo 1707, no es cualesquier instrumento que altera lo pactado en otro (esto, según se ha venido diciendo, puede equivaler a lo que el Código, a propósito del mandato, por ejemplo, llama revocación), sino un instrumento que configura lo que denantes conceptualizábamos como simulación. **No cualesquier instrumento que altere otro es, pues, una contraescritura que autoriza la invocación de la regla del artículo 1707: sólo es contraescritura aquel instrumento que da cuenta de un acto disimulado.**

Probar esto, con todo, exige dar cuenta morosa de algunos antecedentes doctrinarios e históricos referidos al concepto de contraescritura.

Marcadé, en su obra *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, expresa a propósito del artículo 1321 del Código Civil Francés (correspondiente al artículo 1707 que vengo comentando)¹⁶: "Entendemos en general por contraescritura todo acto que viene a modificar otro. Es en este sentido amplio que la palabra (contraescritura) se encuentra empleada por los artículos 1396 y 1397 (a propósito de las capitulaciones matrimoniales). Sin embargo, aquí la palabra contraescritura está utilizada en un sentido más restringido y significa un acto destinado a mantenerse secreto y que modifica las disposiciones de un acto ostensible; de tal suerte que las partes se encuentran en dos posiciones: la una verdadera, pero que no será conocida más que por ellas; la otra falsa y aparente, pero que los terceros creen verdadera". Rogron, a su turno¹⁷, explica el concepto de contraescritura empleado por el artículo 1321 que se ha venido citando, en los siguientes términos: "...son actos destinados ordinariamente a mantenerse secretos y que anulan o modifican un acto ostensible. Por una contraescritura -ejemplifica el comentarista del código napoleónico- dos partes declaran que una compraventa habida entre ellos no es real". Como se ve, existen, pues, dos conceptos de contraescritura. Como, según vimos, señala Marcadé, uno amplio y otro restringido: uno, que alude a todo instrumento que contradice otro, modificándolo; un segundo concepto más restringido que señala que sólo es contraescritura aquel instrumento en que consta la simulación y que supone, por tanto, otro instrumento, el ostensible, que es insincero, siendo en este caso, a diferencia del anterior, la contraescritura meramente declarativa y no modificativa de la voluntad contenida en la escritura. En el Código Civil

¹⁶ *El artículo 1321 expresa: "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont point d'effet contre les tiers". Cfr. Marcadé, Explication theorique et pratique du Code Civil, Ob. cit., Tomo V ,p.39.*

¹⁷ *Cfr. Code Civil, ob. cit., página 1479.*

Francés, agrega Marcadé, esos dos conceptos poseen utilización: el concepto amplio es usado a propósito de las capitulaciones matrimoniales en los artículos 1396 y 1397; otro, el restringido, en el artículo 1321 que venimos comentando.

Si lo anterior ocurre en el Código Civil Francés ¿qué acaece en el Código Civil Chileno?. ¿Qué entiende el Código Civil Chileno por contraescritura y, en particular, qué entiende el artículo 1707 por contraescritura?. **La respuesta a esas preguntas es, como se comprende, extremadamente relevante: si el artículo 1707 utiliza un concepto amplio de contraescritura, entonces bastaría que hubiera un instrumento que contradice a otro para que, entonces, el juzgador aplicara el precepto del artículo 1707; si, en cambio, el artículo 1707 utiliza un concepto restringido de contraescritura, al modo en que, como lo acabamos de ver lo hace el Código Civil Francés en el artículo 1321, entonces el juzgador para aplicar el artículo 1707 debe dar por acreditada previamente la simulación, esta debe haber sido alegada por las partes y probada por aquella que pretende la insinceridad.**

El asunto fue discutido en la doctrina nacional y , en esta parte, como suele ocurrir, se entrelazaron las voces de Arturo Alessandri y Luis Claro Solar, aunque, como se verá, es en este caso el último el que lleva esta vez la razón.

Alessandri Rodríguez aborda el punto algo oblicuamente en su obra relativa a la Compraventa y la Promesa de Venta¹⁸ al considerar el alcance que cabe atribuir al artículo 1491 en relación al artículo 1876. Si bien Alessandri no se refiere por modo explícito al punto, del contexto se sigue que su opinión favorece una concepción amplia de

¹⁸ *De la compraventa y de la promesa de venta, Santiago: Imprenta Litografía Barcelona, 1918, Tomo II, páginas 858 y 859.*

contraescritura. Su opinión -seguida por Baltra Cortés en su memoria de prueba¹⁹- se contiene en el siguiente párrafo que estimo útil transcribir: "Según el artículo 1707 del Código Civil, las escrituras públicas que modifiquen o alteren lo pactado en otra escritura de esa especie no producirán efecto contra terceros, sino cuando el contenido de dichas contraescrituras esté anotado al márgen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran por aquellas i al márgen de la copia en cuya virtud ha obrado el tercero. Una vez efectuada esa anotación, la nueva escritura pasa a formar parte de la anterior; queda incorporada a ella. Por lo tanto, en el caso actual formaría parte del título por el cual el comprador adquirió el dominio, desde que llenada esa exigencia la hace surtir efectos contra terceros. La condición constaría del título respectivo i éste estaría otorgado por escritura pública. se llenaría así la exigencia del artículo 1491 i habría acción contra terceros, ya que no es menester que el título en que conste la condición esté inscrito, bastando que se otorgue por escritura pública. Aquí es donde aparece más de manifiesto el error en que incurrió el artículo 1491 del Código Civil al hacer alternativas ámbas exigencias, porque puede suceder que los terceros no vean la escritura matriz sino solamente que la inscripción en la cual no consta la condición. Pero para que la nueva escritura surta efectos respecto de terceros es menester, como lo dice el artículo 1707, que de ella se tome nota también en la copia en virtud de la cual obra el tercero; de modo que si en ella no aparece indicada la contraescritura, ésta no le afecta en nada".

La opinión de Alessandri, como se ve, está supuesta en esa obra y no es explícita. No posee el alcance que erradamente le han atribuído algunos autores y en particular Diez Duarte²⁰.

¹⁹ *Ensayo de una Teoría de los Actos Inoponibles, Santiago: 1935, N.º 09.*

²⁰ *En ob. cit., p.85. Como es obvio, la referencia hecha por*

Luis Claro Solar, en su monumental *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*²¹, expresa una opinión distinta, puesto que, a su juicio (y acertadamente como se comprobará luego) el concepto de contraescritura del artículo 1707 es el restringido. En efecto, en su opinión, "no toda escritura privada o pública que se refiera a una escritura anterior, o que trate sobre la misma materia que ha sido objeto de una convención entre las mismas partes, debe ser considerada necesariamente como una contraescritura. Para ser tal es necesario que concurren dos condiciones: 1. que la nueva escritura tenga por objeto manifestar la simulación total o parcial de un acto o convención ostensible; y 2 que no exprese una nueva convención. Es necesario, en primer lugar, continúa Claro Solar, que tenga por objeto establecer la simulación del acto o contrato a que hace referencia. Las partes principian por redactar un escrito destinado a ser mostrado al público y que les da una falsa situación que oculta sus verdaderas intenciones; y para constatar esta falta de sinceridad, para proporcionarse una prueba de la realidad de las cosas, otorgan de una manera lo más a menudo clandestina un segundo acto o convención que se llama contraescritura precisamente porque es contraria a la escritura anterior ostensible. (...) En segundo lugar, lo que caracteriza la contraescritura es que no expresa una convención nueva. Debe formar un sólo todo con el acto aparente y simulado cuya falsedad establece, restableciendo su verdadero carácter y sus verdaderas cláusulas. No habría, por lo mismo, concluye Claro Solar, contraescritura en un acto adicional en que las partes cambiaran o modificaran un acto sincero y verdadero que hubieran celebrado antes; sería en tal caso una nueva convención que sucedería a la primera; habría, en realidad, dos operaciones perfectamente distintas. Pedro ha vendido a Juan, por ejemplo, una pareja de caballos de

Diez es errónea y no se ajusta al texto de Alessandri.

²¹ *Ob. cit.*, Tomo XII, página 687, N°2024.

tiro; y resultando los caballos poco diestros, convienen por un segundo instrumento en reducir el precio a la mitad. **No habría aquí contraescritura sino la escritura de un convenio diverso**". En el mismo sentido que don Luis Claro Solar, se pronuncian don Raúl Diez Duarte²², don Enrique Paillás²³ y don Victor Santa Cruz²⁴.

Ahora bien. ¿Cuál de aquellas dos opiniones es la correcta?. En mi opinión , militan mejores razones en favor de la segunda opinión y, por lo mismo, ha de entenderse que la palabra contraescritura se encuentra empleada por el artículo 1707 para aludir al específico fenómeno de la simulación, motivo por el cual para aplicar la regla en él contenida, debe haberse ejercitado en el procedimiento de que se trata la acción de simulación²⁵ y probado el concierto para la insinceridad. En cualquier otro caso, debe entenderse que una de las escrituras es modificativa de la otra, debiendo primar la que corresponda en conformidad a las reglas de resolución de antinomias que el ordenamiento y los principios generales del derecho prevén.

Hay varias razones para optar técnicamente por la opinión que se acaba de individualizar. Las más relevantes son las que siguen.

²² *La simulación de contrato en el Código Civil Chileno, ob. cit., p.79, N°4.*

²³ *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia, ob. cit., p.40, N°25.*

²⁴ *El instrumento público, en: RDJ, Tomo XXXIX, primera parte, N°4, página 55.*

²⁵ *De hecho, y como se verá luego, el DL 964 contemplaba explícitamente la posibilidad de hacer valer en el procedimiento sumario la acción de simulación, lo que prueba que cuando alguien quiere valerse del concepto de contraescritura debe hacer valer esa pretensión mediante aquella acción de certeza. Cfr. Piedrabuena Richard, G., Legislación y Jurisprudencia sobre Arrendamientos urbanos, Santiago: Salesiana, 1976, p.132.*

En primer lugar -cabe señalar- el Código Civil, a diferencia de su modelo habitual el Francés, **utilizó la palabra contraescritura nada más que en el artículo 1707**²⁶, pudiendo hacerlo, además, al igual como lo hizo el Código Napoleónico en los artículos 1396 y 1397, en el artículo 1723 (que pervive con modificaciones en el texto del actual artículo 1722 y que se corresponde con los del Código Francés recién citados)²⁷. El primitivo artículo 1723, en efecto, se refería a las escrituras "que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales" , las que, como es sabido, en el primitivo texto del Código se otorgaban antes del matrimonio y por escritura pública, de donde se sigue que en el caso del artículo 1723 se trata de escrituras que alteren o adicionen otras escrituras. Se trata, pues, de contraescrituras en su sentido lato. ¿Porqué Bello, empero, no las llamó contraescrituras, reservando esta última palabra para el caso previsto en el artículo 1707?. Una respuesta plausible es que lo hizo porque distinguió las dos hipótesis que nosotros hemos venido distinguiendo, y que distinguen Marcadé y Rogron (a quien Bello, como es sabido, consultó), a saber, el caso en que la escritura es modificativa de otra (contraescritura en un sentido lato no regida por el artículo 1707, sino por los principios generales que reglan las antinomias) y el caso, distinto, en que la escritura es declarativa con respecto a otra (contraescritura constitutiva de simulación regida por el artículo 1707). Para evitar ambigüedades Bello habría, justamente, reservado la palabra contraescritura nada más para el caso de la simulación prevista en el artículo 1707.

²⁶ Cfr. Fueyo Laneri, F., *Repertorio del Código Civil Chileno*, Santiago: Ediar Cono Sur, 1986, tomo I, letra c..

²⁷ Para el texto primitivo del Código Civil, Cfr. Elizalde, Miguel, *Concordancias de los artículos del Código Civil Chileno entre sí y con los artículos del Código Civil Francés*, Santiago: 1871, página 403.

La precedente hipótesis se ve corroborada, en segundo lugar, por la historia fidedigna del precepto. Según nota puesta por Andrés Bello al artículo 1882j del Proyecto Inédito²⁸ -y que es el correspondiente al actual artículo 1707 del Código Civil- la fuente del artículo 1707 y , en consecuencia, del concepto de contraescritura que en él se emplea, es el artículo 1214 del Proyecto de Código Civil Español de D. Florencio García Goyena²⁹. El codificador europeo explicaba así el precepto del artículo 1214: " Los contrayentes pueden revocar o modificar sus obligaciones; **pero las contraescrituras, y sobre todo cuando se hacen al tiempo mismo de haberse contraído las obligaciones, encierran la intención culpable de engañar a terceros por un acto aparentemente serio.** Esto no basta para prohibir en general y sin distinción las contraescrituras: las partes deben ser libres en revocar o modificar sus obligaciones como lo son en formarlas. Pero se conserva el derecho natural de los contrayentes y el de los terceros declarando que las contraescrituras sólo producen efecto entre las partes, no contra los terceros. Nuestro artículo no expresa como el Francés que producen efecto entre las partes; pero su espíritu es el mismo, por el solo hecho de no negarles efecto sino contra terceros. Lleva también nuestro artículo conocidas ventajas en expresión y claridad a los extranjeros, distinguiendo entre documentos privados y contraescrituras públicas, negando absolutamente a los primeros todo efecto contra terceros, y concediéndolo a las segundas con tales precauciones, que hacen imposible la superchería en perjuicio de tercero: éste no puede saber nada de los

²⁸ *Bello, Andrés, Obras Completas, Santiago: Nascimento, 1932, Tomo V.*

²⁹ *Sobre la relación entre Bello y García Goyena y la influencia de éste en aquel puede consultarse Bravo Lira, B.*

documentos privados, y no puede ignorar de las coantraescrituras públicas según las precauciones del artículo³⁰.

No cabe dudas, pues, a la luz de lo transcrito y que debe ser invocado como elemento de interpretación de la ley previsto en el inciso segundo del artículo 19- que es el sentido restringido y no amplio el que cabe dar a la palabra contraescritura empleada por el artículo 1707.

En tercer lugar, ha de decirse, es esta la única interpretación coherente con el sentido que cabe atribuir al artículo 1707 y al artículo 1700 del Código Civil. Como ha observado Víctor Santa Cruz³¹, ambos artículos más que poseer un contenido vinculado al derecho probatorio y más que aludir a la fuerza de convicción de los instrumentos privados o públicos a que hacen mención, se refieren a los negocios que aquellos instrumentos contienen y a la fuerza obligacional de que están provistos. Así, por ejemplo, el artículo 1700 cuando expresa que el instrumento público no hace "plena fe sino contra los declarantes", no puede estarse refiriendo al valor probatorio del instrumento sino a la fuerza obligatoria del negocio que en el dicho instrumento consta. Cualquier otra interpretación importaría que las partes no podrían probar la simulación cuando el acto simulado consta de escritura pública. En efecto, el artículo 1700 parece decir que el instrumento público hace plena fe en cuanto "a la verdad de las declaraciones " en contra de los declarantes. Si eso fuera así las partes no podrían probar la simulación cuando el acto ostensible se encuentra en escritura pública. De ser eso correcto, como lo han mostrado Santa Cruz y Pescio³², las

³⁰ *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español, Madrid, 1852, Tomo III, p. 221.*

³¹ *El instrumento público, ob. cit., N°4, ver, también, N°96.*

³² *Manual de Derecho Civil, Tomo II, Teoría General del Acto Jurídico y Teoría General de la Prueba, Santiago: Jurídica,*

partes no podrían pretender que el negocio que consta de instrumento público es simulado puesto que ello importaría negar la verdad de sus propias declaraciones. Ahora bien. Es obvio, sin embargo, que las partes pueden alegar la simulación -esto es, la insinceridad- de sus propias declaraciones y aún cuando ellas consten en escritura pública, lo que prueba que el artículo 1700 en vez de referirse a la fuerza probatoria del documento público, alude a la fuerza obligatoria del negocio que en ese instrumento se contiene. Parejamente, el artículo 1707 no es de aplicación general -esto es, no se aplica a todos los casos en que comparecen dos instrumentos, uno de los cuales altera o modifica lo previsto en otro- sino que de aplicación restringida: nada más cabe invocarlo enfrente de aquellos casos en que se acredite la simulación.

En cuarto lugar, es esta la tesis acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha sostenido que **resulta esencial para que haya contraescritura que el instrumento en cuestión tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial del acto anterior.** En fallo de casación en el fondo de 27 de diciembre de 1945³³, la Corte Suprema ha distinguido con toda claridad entre una contraescritura propiamente tal (a la que cabe aplicar el precepto del artículo 1707) y aquella que no es propiamente contraescritura sino, nada más, un instrumento que altera, modifica o extingue otro anterior. En el caso en exámen se pretendió hacer aplicación de las exigencias del artículo 1707 a un instrumento en que constaba la renuncia, esto es, la extinción, de un mandato. Se pretendió, así, interpretar el concepto de contraescritura en un sentido amplio, extendiéndolo a un instrumento que hallándose opuesto a otro no importaba, sin embargo, simulación. En otros términos: el juez de fondo hizo aplicación del artículo 1707 con prescindencia del hecho

1978, p. 273.

³³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIII, Segunda Parte, Sección Primera, páginas 338 y siguientes.*

que la simulación no estuviere acreditada. Refiriéndose al punto, el considerando número 15 del fallo de Casación expresa: "Que el artículo 1707 del Código Civil establece que no producirán efecto contra terceros las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura; y evidentemente, la escritura de renuncia de un mandato no puede ser considerada como una contraescritura que, para surtir efectos, debe ser anotada al margen de la escritura matriz **ya que es condición esencial para que un escrito constituya una contraescritura, la de que tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial de un acto anterior**, lo que no acontece en el caso de dicha renuncia; y siendo así, es incuestionable que la sentencia recurrida transgredió el precepto en estudio, al manifestar en su fundamento 4º, que la renuncia del mandato no fué anotada oportunamente al margen de la escritura matriz, contrariándose así lo dispuesto en el artículo 1707 del Código Civil".

Las razones precedentes -que no hacen más que recoger conclusiones que, como se vió, se encuentran asentadas en la doctrina y la jurisprudencia- permiten afirmar que el artículo 1707 del Código Civil al emplear el concepto de contraescritura, lo hace en aquel sentido que Marcadé, en la obra más arriba citada, denomina restringido, esto es, para aludir nada más a aquellos instrumentos en los que consta una voluntad negocial efectivamente sentida por los sujetos de derecho y que se mantiene oculta tras un acto ostensible que hace las veces, frente a los terceros, de un mero disfraz. En cambio, el artículo 1707 **no se aplica** a aquellos instrumentos que simplemente modifican o extinguen, de una manera expresa o tácita, el contenido prescriptivo que consta de otro instrumento. En este último caso -que constituye, como se verá luego, la regla general que ha de aplicarse, a menos que se haga constar la insinceridad- se verifica, como se comprende y se insistirá luego, no una simulación sino una mera antinomia, esto es, una simple

contradicción entre normas que poseen el mismo ámbito de aplicación, similar, como se sugirió más arriba, a aquella que resulta trazada entre dos testamentos o entre un mandato y otro hallándose referidos ambos al mismo negocio.

En otros términos -y esta es la conclusión a que conducen los antecedentes técnicos e históricos de que se ha dado cuenta- para aplicar el artículo 1707 enfrente de dos instrumentos que contienen voluntades negociales opuestas, se requiere acreditar la simulación, esto es, se requiere acreditar que la declaración contenida en uno de los instrumentos es insincera y se requiere acreditar, además, que entre ambos actos -el oculto y el ostensible- existe, como según vimos lo destaca la doctrina, simultaneidad ideológica precedida de concierto.

La otra solución -a saber, estimar que el artículo 1707 se aplica sin más, es decir con prescindencia de que el instrumento de que se trate sea o no simulatorio- importaría transgredir relevantes principios del derecho probatorio. En efecto, la regla básica que subyace al título XXI del libro IV del Código Civil Chileno -la misma, por lo demás, que subyace al capítulo VI del título III, del libro III del Código Civil Francés, al título II, libro VI del Código Civil Italiano, al título I, capítulo V, del libro IV del Código Civil Español- es que el onus probandi recae sobre aquel sujeto de derecho que esgrime una aserción contraria a aquel estado de cosas que, desde el punto de vista del ordenamiento, ha de tenerse como normal. Ahora bien. Es manifiesto que quien sostiene que una declaración de voluntad es insincera, formula una aserción contraria a aquello que, prima facie, debe tenerse por existente a la luz del ordenamiento. Para este último, la sinceridad de las declaraciones de voluntad, no hay duda, es la regla general. Insinuar lo contrario importaría poner en cuestión la totalidad de los títulos de crédito: el acreedor debería probar siempre la

sinceridad de los negocios que exhibe. La transgresión del artículo 1698 sería obvia y manifiesta.

Así, pues, los antecedentes permiten afirmar que toda vez que entre dos sujetos de derecho medien dos instrumentos que dan cuenta, prima facie, de dos voluntades negociales, se hace necesario distinguir dos hipótesis posibles que podrían allí verificarse. De un lado, la del artículo 1707 que supone simulación; de otro lado, la de inconsistencia de normas, que supone la existencia de dos declaraciones de voluntad claramente diferenciadas y sinceras que se encuentran, no obstante, en oposición. De estas dos, como se acaba de decir, es la última la regla general, de suerte que si la simulación no se acredita, el artículo 1707 no puede ser invocado. La aplicación del artículo 1707, al importar un reconocimiento de simulación -según ya se demostró- no puede ser llevada a cabo motu proprio por el juzgador con prescindencia de las pretensiones de las partes. Declarar la simulación sin que ella esté comprendida en las pretensiones hechas valer ante el tribunal, importaría un vicio de ultrapetita, puesto que donde se declara la simulación se dice que hubo una declaración insincera que, por insincera, es ineficaz. Declarar la simulación no es equivalente a interpretar el negocio o decidir cuál negocio es aplicable: importa declarar la simultaneidad ideológica entre dos actos que se presentan como diversos, facilitada por el concierto y supone, además, que una declaración de voluntad no es tal declaración de voluntad.

Los efectos de la simulación.

Establecido que el artículo 1707 del Código Civil Chileno se refiere a la simulación, cabe, ahora, preguntarse qué efectos ella produce.

Desde luego, cabe descartar la invalidez del acto. La insinceridad en la declaración de voluntad no constituye, según es bien sabido, una causal de nulidad del negocio. Hay

razones jurídicamente legítimas que pueden llevar a una persona a ocultar algún negocio. La protección de la privacidad, sin que medie daño a terceros, puede llevar a una persona a declarar una voluntad distinta a la efectivamente sentida. La validez de la declaración insincera de voluntad, sin embargo, sólo alcanza a la hipótesis de simulación relativa: allí hay una voluntad oculta (la de celebrar arrendamiento bajo el disfraz de una compraventa). Distinta es la situación de la simulación absoluta: allí no hay ninguna voluntad, los sujetos, en verdad, no quieren celebrar acto alguno (declaran celebrar compraventa y, en verdad, su voluntad no es la de celebrar negocio alguno). En este último caso -ha dicho la jurisprudencia- no hay voluntad y el negocio puede ser dejado sin efecto mediante la acción de nulidad absoluta o la inexistencia.

Así, entonces, la simulación relativa no es nula: es válida. ¿Qué acto, sin embargo, de los dos que han celebrado las partes, ha de poseer validez, es decir, obligatoriedad?. La respuesta a esa pregunta exige distinguir los efectos que se van a producir entre las partes que celebraron el negocio simulado y los terceros relacionados con ellas (terceros relativos, es decir, sujetos que sin haber comparecido a la celebración del negocio simulado han establecido, sin embargo, relaciones jurídicas con algunos de los que se concertaron para simular, vgr., el acreedor de Pedro en el ejemplo que hemos venido considerando). Si Pedro y Juan simulan una compraventa para disminuir el derecho de prenda general del primero, Diego, acreedor de Pedro, será tercero a estos efectos.

Entre las partes debe primar la voluntad oculta, a la luz de lo previsto en el artículo 1560. Una vez conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Pedro y Juan que dijeron celebrar compraventa; pero, en verdad, habían convenido arrendamiento, se rigen por esta última declaración. A ellos los

vincula su voluntad real, la voluntad disimulada, no el acto ostensible. Así se sigue, además, a contrario sensu de lo previsto en el artículo 1707.

Distinta es la situación de los terceros de buena fe, es decir, de los terceros que no conocían el acuerdo simulatorio. A ellos no puede imponérseles un acto oculto que no tuvieron jamás en vistas; en principio ellos se rigen por el acto público, *a menos que de esto se siga perjuicio*. Es lo que establece el artículo 1707 del Código Civil: Las contraescrituras privadas hechas para alterar lo pactado en una escritura pública (el acuerdo simulatorio, en otras palabras) no producirán efectos *contra* terceros. Es obvio que pueden producir efectos a favor de terceros.

Dos problemas plantea esa regla: en primer lugar, quien juzga el perjuicio; en segundo lugar, que ocurre cuando hay varios terceros y a uno de ellos le conviene hacer valer el acto público y a otro el acto oculto. Desde luego, el perjuicio lo juzga el titular, es decir, el propio tercero. El segundo problema supone ponderar un conflicto entre la verdad, por una parte, y la voluntad manifestada, por otra parte. La protección de la confianza y del tráfico exige, en este caso, valorar más la declaración que se manifiesta; aunque no sea verdadera.

Problemas:

- 1. Luego de leer estas notas intente establecer, con claridad, qué importancia reviste para los acreedores la acción de simulación.**
- 2. Intente, ahora, relacionar el tema del negocio simulado con los títulos posesorios. Un contrato simulado ¿puede constituir un justo título para poseer? ¿Le parece a usted que sería posible sostener que un contrato simulado es un título injusto a la luz del artículo 704?.**

3. El artículo 2468, consagra la acción pauliana. Se trata de una acción de inoponibilidad. Mediante ella los acreedores pueden hacer inoponibles los actos celebrados por su deudor que perjudiquen su derecho de prenda general³⁴. Si el acto celebrado por el deudor es gratuito (vgr. Pedro realiza una donación) entonces basta probar el perjuicio al acreedor y el conocimiento que el deudor tenía del mal estado de sus negocios (fraude pauliano). Si el acto es oneroso (Pedro vendió) entonces se requiere el perjuicio del acreedor y probar que el tercero con quien contrató Pedro conocía el mal estado de sus negocios (fraude pauliano). Cuando se ejerce la acción paulina no se persigue anular el acto, sino, nada más, hacerlo inoponible hasta el monto del perjuicio del acreedor³⁵. ¿Podría usted relacionar la acción pauliana con la acción de simulación?. ¿En qué casos usted recurriría a una y en qué casos a la otra?.

³⁴ Hay casos, sin embargo, en que los actos celebrados por el deudor pueden ser inoponibles de pleno derecho a los acreedores, es decir, sin que sea necesario ejercer la acción pauliana. Así ocurre -respecto de ciertos actos- cuando el deudor ha sido declarado en quiebra. Véanse, en especial, los artículos 74 a 79 de la ley de quiebras. Declarado en quiebra el deudor, pierde la administración de sus bienes la que, entonces, pasa al síndico (se trata del desasimiento a que alude el artículo 64); los actos gratuitos celebrados desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta la declaración de quiebra (artículo 74) son inoponibles de pleno derecho a los acreedores; los demás actos o contratos se rigen por el artículo 2468 del Código Civil, aunque se presume que el deudor conocía el mal estado de sus negocios desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos. (artículo 75).

³⁵ Desde luego, el título del acreedor debe ser anterior al acto que se pretende inoponible. El acreedor no puede ejercer la acción paulina respecto de actos anteriores a su propio crédito.