

LA SIMULACION

EDUARDO NIÑO TEJEDA
Universidad Católica de Valparaíso

I. Reflexión Preliminar

El Derecho, substancialmente, es voluntad.

Voluntad del que manda o concede; voluntad de los que convienen. Los actos de aquél constituyen el derecho general; los de éstos, el derecho particular.

En el ámbito de este último suele ocurrir el fenómeno de la divergencia entre la voluntad interior o real y la voluntad exteriorizada o aparente.

A veces esta distorsión es deliberada y se habla entonces de simulación.

El trato que se dé a esta última dependerá de la solución que tenga la cuestión previa sobre cual voluntad debe prevalecer: la subjetiva o interna o la objetiva o externa.

Los artículos 1.069 inc. 2º y 1.560 de nuestro Código Civil fundamentan una decisión favorable a la voluntad interior.

"Para conocer la voluntad del testador", dice el primer precepto, "se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras", dice el segundo.

El artículo 1.483 inc. 1º establece también la primacía de la voluntad interna o subjetiva:

"La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racio-

nal de cumplirla es el que han *entendido* las partes".

Una calidad que debe tener la voluntad subjetiva para prevalecer con el amparo del derecho, aunque generalmente no se la proclame como tal, es su certidumbre.

Así se desprende del artículo 1.057: "El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, *si no hubiere duda* acerca de la persona".

Este mismo principio consagra el artículo 676 a propósito del error sobre la persona a quien se hace la entrega en la tradición: "Si se yerra en el nombre sólo, es válida la tradición". El nombre es lo literal, la voluntad declarada; la identidad del adquirente, la voluntad real, verdadera.

Completan la lista de los preceptos legales aplicables a la materia en estudio, los artículos 1.654 y 1.707 del Código Civil y 466 y 471 N° 2 del Código Penal.

El primero admite probar que la entrega, destrucción o cancelación del título de la obligación no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de extinguir la deuda.

El segundo, priva de efectos contra terceros a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública.

El Código Penal, por último, en los dos artículos citados, sanciona el ocultamiento deliberado de la verdadera voluntad cuando se hace "en perjuicio de otro, o en perjuicio de los acreedores".

La normativa reseñada nos permite adelantar el siguiente principio básico:

El Derecho Privado protege y ampara el predominio de la voluntad real efectiva de las partes o autores de un acto jurídico, siempre que ella pueda establecerse con certeza por el que alega la discordancia, y con tal que no perjudique a terceros.

En Derecho Público rige el principio contrario, como permiten afirmarlo los artículos 7º de la Constitución Política y 19 del Código Civil. Según el primero, "los órganos del Estado actúan válidamente, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley"; su autoridad o derechos son los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Estas leyes, o lo que es lo mismo, el mandato o la concesión que contienen, deben interpretarse literalmente porque el artículo 19 del Código prohíbe desatender este tenor -voluntad declarada del legislador- a pretexto de consultar su intención o espíritu- voluntad real o interior.

II. Breve Introducción Histórica¹

El antiguo Derecho Romano era formalista; la forma, el ritual obligaban por sí solos: *Stipulatio*, *Mancipatio*, *In Jure Cessio*.

El primer texto que menciona expresamente la simulación parece ser el de C. Aquilio, citado por Cicerón.

En la jurisprudencia republicana se confunden simulación y dolo, considerándose aquélla como elemento esencial del *dolus malus*.

Como concierto deliberado, la simulación comienza a tratarse en la *Lex Julia de maritandis ordinibus* estudiándose el *negotium simulatum* en los contratos en fraude a la legislación augustea.

En el *período clásico*: (pretoriano) cobra esplendor la simulación: *imaginaria venditio*: la venta desnuda e imaginaria se tiene por no hecha y por esto no se entiende enajenada la cosa (Paulus); de los contratos imaginarios, aunque sea de compra, no resulta obligación, porque se finge un contrato que no hubo (Modestino); también se dirá que es nula la venta contraída por causa de donación (Ulpianus); acuerdos entre un esclavo y un tercero que lo compraba con dinero del esclavo y lo liberaba.

En esta época la invalidez del negocio simulado no se debía a la discordancia entre voluntad y declaración sino a la ausencia de precio, de renta, o de otro elemento esencial del contrato simulado.

Se sigue el principio que la verdad debe prevalecer sobre la ficción, sea que el acto falso esté escrito o no; pues los actos simulados no pueden cambiar la sustancia de la verdad ni perjudicarla.

En este período se busca la verdadera naturaleza de la obligación, no dejando subsistir más que el acto efectivamente querido por las partes y anulando el falso.

En el Derecho histórico español, el primer texto que regula específicamente la simulación se encuentra en Las Partidas, aunque de un modo aislado e incompleto, contemplando bajo la denominación de engaño un caso típico de simulación relativa: un préstamo usurario disfrazado bajo la forma de un contrato diferente como es la compra-venta.

En las Leyes de Estilo -212- "Del que da todos sus bienes a su hijo clérigo", se entiende que lo hace maliciosamente para burlar impuestos, por lo que se ordena su nulidad.

La obra clásica en esta materia es la de Francisco Ferrara, modelo profusamente seguido por cuantos han escrito sobre este tema.

¹ En este párrafo sintetizo datos contenidos en la obra de MARIA CARCABA FERNANDEZ, *La Simulación en los Negocios Jurídicos*.

En 1899, este autor disertó en la Universidad de Messina sobre su tesis de doctorado "La Simulación de los Negocios Jurídicos", obra que se publicó el año siguiente.

III. *Concepto*

Para Francisco Ferrara, "negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece".

La simulación para este autor es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.²

Según Ferrara, en la simulación absoluta existe un solo negocio: el simulado, si bien en el proceso simulatorio distingue dos declaraciones de voluntad: la externa y la interna.

Planiol y Ripert dicen que "existe simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*convention*) aparente, cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato contemporáneo del primero y destinado a ser mantenido en secreto".

Consideran estos autores, conforme a la doctrina francesa, que existen dos convenciones y dos declaraciones de voluntad.

Existe simulación, dice Betti, "cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas... dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica. Fin divergente que puede ser también de autonomía privada caracterizando un tipo de negocio diferente al simulado, o bien, puede ser de naturaleza contraria, extraño al cometido de la autonomía privada".

Esta concepción hace hincapié en la existencia de una divergencia intencional, pero no entre voluntad y declaración, ni tampoco entre dos declaraciones, sino entre el intento práctico perseguido por las partes y la causa típica del negocio. Faltaría la recta determinación causal en la simulación relativa y no existiría en la simulación absoluta.

² *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, págs. 43 y 56.

Victorio Pescio³ destaca la "insinceridad como base de la simulación: "se elabora una apariencia de acto jurídico, o bajo el disfraz de un acto se oculta otro que corresponde a la verdadera intención de las partes".

"La simulación, dice este autor, aunque pareciera una paradoja aseverarlo, es propiamente un acto jurídico; hay acuerdo de voluntades para crear un acto ficticio, aparente, insincero, que no encubre ninguna realidad o que oculta una realidad distinta a la que se ha manifestado; no existen en rigor dos actos jurídicos distintos: uno aparente y otro oculto o secreto".

En cambio, Ramón Meza⁴ hace la necesaria distinción entre simulación relativa y simulación absoluta, afirmando que en la primera "hay dos negocios: uno aparente y otro real, de manera que el primero oculta al segundo". En la simulación absoluta, agrega, "se aplican las normas que gobiernan la gestación de los contratos...; el acto aparentemente creado no corresponde al propósito de crear, extinguir o modificar una relación jurídica. Como dice Ferrara, si hay consentimiento para la ficción, falta el consentimiento para la obligación y, por tanto, para que se genere la relación jurídica".

"La simulación, dice Luis Claro Solar⁵, puede existir en el acto mismo que se trata de disfrazar, o puede hacerse en un acto aparente que es modificado por otro acto separado, destinado a permanecer secreto, una contraescritura (resguardo) o contra carta, *contre lettre*" (Art. 1.707).

"La simulación supone la resistencia a ejecutar o a reconocer, a lo menos en parte, la convención ostensible".

Para concluir esta reseña conceptual 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.

³ *Manual de Derecho Civil*, T. II. Edit. Jurídica, Stgo. 1978, p. 258.

⁴ *La Simulación en los Negocios Jurídicos*. Estudios en Memoria de V. PESCIO. EDEVAL 1976, pg. 289 y sgtes.

⁵ Explic. de D. Civil Ch. y Comp. (Imprenta Nascimento, Stgo. 1936), t.XI p. 122.

IV. Elementos o requisitos

Para Ferrara, los requisitos del negocio simulado son:

- 1º Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
- 2º Concertada de acuerdo entre las partes;
- 3º Para engañar a terceras personas⁶

Según María Carcaba Fernández, generalmente se admite en forma unánime la necesidad de dos elementos considerados esenciales dentro del fenómeno simulatorio (aunque haya discrepancia en cuanto a su configuración y naturaleza): a) el acuerdo entre quien emite la declaración y quien la recibe de que la misma no será eficaz para producir efectos vinculatorios; y b) la finalidad de engaño, haciendo creer a los terceros en la realidad de un contrato que no existe.

"Un considerable sector doctrinal estima que en la simulación existe otro elemento característico: la divergencia consciente entre la declaración y la voluntad interna de las partes..."⁷

La doctrina y la jurisprudencia chilenas, seguidoras más bien de los postulados de Ferrara, no cuestionan la necesidad de este elemento.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte de Apelaciones de Talca han fallado que los requisitos de la simulación son los siguientes:

- a) Disconformidad entre la voluntad interna y su declaración;
- b) Disconformidad deliberada y consciente;
- c) Concierto entre partes; y
- d) Intención de engañar a terceros".⁸

Idéntico planteamiento formulan al respecto Raúl Diez Duarte⁹ y Avelino León Hurtado¹⁰, este último refundiendo como un solo requisito "la disconformidad producida deliberadamente entre la voluntad interna y la declarada".

⁶ Obra citada, p. 44.

⁷ Ob. Cit. p. 26.

⁸ RDJT 2ª p. Sec. 2ª p. 68 y 2ª p. Secc. 2ª p. 68.

⁹ *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*. Edit. Fallos del Mes, Stgo. 1982, p. 60.

¹⁰ *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Edit. Jurídica, Stgo. 1979, p. 132.

La disconformidad o divergencia entre la voluntad interna y la externa es rechazada por los seguidores de la doctrina declaracionista, para quienes sólo existe válidamente la declaración y puesto que ésta basta por sí sola para producir efectos jurídicos, es inútil e improcedente buscar una voluntad interna distinta y menos aún, discrepante.

El concierto entre partes consiste en el acuerdo o convenio entre quien emite la declaración y el que la recibe, en el sentido que tal declaración de voluntad no será eficaz para producir efectos vinculatorios entre ellos.¹¹

El ánimo de engañar puede ser inocuo y no necesariamente perjudicial. El perjuicio es una circunstancia relevante en cuanto a la validez de la simulación, pero no todo acto engañoso es perjudicial.

V. El Acuerdo Simulatorio

Lo que constituye esencialmente la simulación es el acuerdo simulatorio, esto es, el concierto para fraguar un acto jurídico bilateral o unilateral recepticio, que no envuelve realidad alguna o que envuelve una realidad distinta relativamente a su forma, a su contenido o a la identidad de sus autores o partes.

La simulación en sí misma es siempre un acto bilateral porque el acuerdo simulatorio que constituye su substancia requiere como necesidad lógica la participación de dos personas:

En un acto unilateral *recepticio* es perfectamente concebible un acuerdo entre el autor de este acto y la persona a quien se dirige y debe recibir esa única manifestación de voluntad, para que todo sea una ficción. De este modo puede ser simulado un desahucio, una protesta, una oferta, una revocación, etc.

Las partes de este acuerdo hacen dos declaraciones de voluntad: una aparente o ficticia que constituye el acto simulado, y otra real y secreta que representa lo verdadero y genuinamente convenido entre aquéllas: voluntad de no celebrar acto jurídico alguno, o de celebrarlo con otras personas, o en una forma, naturaleza o contenido que se consignan en el acto secreto.

La verdadera y real intención se oculta y mantiene reservada entre las partes; la falsa se manifiesta y su conocimiento es accesible a todos.

Sobre la naturaleza de este pacto o acuerdo simulatorio existen dos tendencias: una que lo considera parte integrante del acto o negocio

¹¹ CARCABA, *Obra Cit.* p. 26.

simulado; si éste no envuelve ninguna voluntad real y vinculatoria, sólo sería una apariencia o ficción de acto jurídico, siendo realmente un simple hecho material; si el acto o negocio es relativamente simulado, el pacto o acuerdo simulatorio sería, a mi juicio, una modalidad de aquél, según la cual su eficacia se determina, por el pacto secreto.

La otra opinión considera que el acto simulado y el pacto o acuerdo simulatorio son dos negocios distintos, autónomos e independientes, aunque relacionados por un nexo teleológico que los une para dar lugar a la simulación. Para esta concepción el acuerdo simulatorio es un negocio bilateral -un acto jurídico, como dice Pescio- con causa típica, "que puede asumir dos aspectos: o de razón destructiva o de razón modificativa de la causa (material) del negocio puesto en existencia (negocio simulado)"¹².

Los autores franceses que apoyan esta concepción, agregan que este pacto secreto, como verdadero negocio jurídico, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos, excluidas sólo las formalidades.

Yo pienso que la simulación constituye un solo hecho o acto en que ambas partes emiten cada una dos consentimientos inconciliables, uno ostensible pero ficticio y el otro verdadero aunque oculto.

En esta dualidad de consentimientos se diferencia la simulación de los contratos o convenciones regulares.

El acuerdo simulatorio decide expresamente el predominio entre las partes del consentimiento oculto sobre el ostensible, evitando así que la incompatibilidad entre éstos los destruya recíprocamente. Hay, por lo tanto predominio y no integración entre uno y otro consentimiento. En lugar de predominio, algunos autores piensan que ambas declaraciones de voluntad (los dos consentimientos), la del acuerdo simulatorio y la del acto simulado, tienden a una misma finalidad (nexo teleológico), la cual hace que una y otra coexistan y se combinen dando lugar a la simulación¹³.

El acuerdo simulatorio puede ser coetáneo con el acto simulado o anterior a él, pero no puede celebrarse con posterioridad, pues entonces el acto manifiesto habría nacido regularmente, en forma pura y simple. El acuerdo posterior no podría conferirle retroactivamente la calidad de simulado, puesto que estaría modificando el acto ostensible, en el

¹² María CARCABA, pág. 28.

¹³ PUGLIATTI, DISTASO, CARCABA: citados por ésta: Ob. p. 30.

supuesto de una simulación relativa, o resciliándolo, en el supuesto de una simulación absoluta.

La modificación y la resciliación de un acto pretérito, son actos jurídicos sinceros y regulares y no constituyen acuerdos simulatorios. Esta decisión determina la unidad de la simulación y enajena todo grado de adhesión a la concepción dualista y autónoma que los autores franceses tienen de la simulación.

Para María Carcaba, "considerar el acuerdo simulatorio como un negocio autónomo, nos conduciría a configurarle como una forma de contrato preliminar"¹⁴.

VI. Clases de simulación

Según el móvil que persiga, la simulación puede ser lícita si se hace con ánimo de engañar pero sin intención de inferir perjuicio o daño a otra persona; e ilícita si se lleva a cabo con el fin de perjudicar a alguien o de burlar una contravención a las buenas costumbres o al orden público.

Del tenor literal de nuestro artículo 1.707, se desprende que para el legislador chileno la simulación no es ilícita, pues tiene plena validez entre las partes. Si no la tiene respecto de terceros, ello se debe a que todo acuerdo de voluntad es, en principio, de efectos relativos, pudiendo hacerse valer frente a extraños únicamente en cuanto a su existencia como hecho o acontecimiento ocurrido en el orden temporal. Esta circunstancia -acreditada su autenticidad- sólo puede darse en relación a terceros en el acto ostensible, aparente, susceptible de ser conocido por todos. Por esto las contraescrituras privadas "no producirán efectos respecto de terceros" y por esto también "la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros" sino desde que adquiere certeza *erga omnes* (1.703).

La simulación lícita es un medio o forma válida de manifestar voluntad en alguno de los sentidos específicos que aquélla puede asumir: forjar enteramente un acto imaginario, falso; declarar cuál es la voluntad real y verdadera de las partes, o cuáles son los contratantes no interpuestos, o por último crear un acto secreto que eclipse o altere el contenido del ostensible.

El Código Civil admite estas conductas no sólo en el citado artículo 1.707, sino también en el precepto del artículo 1545 en cuanto permite invalidar un contrato legalmente celebrado por "mutuo consentimiento", sin distinguir entre disenso público o secreto.

¹⁴ Pág. 30. Ob. Cit.

Por otra parte, ninguna declaración de voluntad -y el acuerdo simulatorio lo es- puede tener una causa (ocasional) prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (1.467), de modo que tampoco puede verificarse en perjuicio de un tercero.

Según su contenido, la simulación puede ser absoluta si las partes acuerdan celebrar, sólo una apariencia de acto que en realidad no quieren y que, en consecuencia, no tendrá existencia jurídica entre ellas; o relativa, si deciden celebrar un acto o negocio cuya apariencia sólo es falsa en cuanto a su naturaleza (se disfraza de oneroso un contrato gratuito, por ejemplo), a sus términos o contenido (si se alteran su objeto, precio, fecha, modalidades o pactos accesorios), o a las personas que intervienen (los verdaderos autores o interesados son otros quienes actúan por interposición de personas).

VII. *Naturaleza jurídica de la Simulación*

Sobre este aspecto, algunos autores, como Sánchez Román y Valverde, consideran la simulación como vicio de la voluntad, junto al error, a la fuerza, al dolo, la ignorancia, el miedo.

En nuestro derecho, esta teoría es inadmisibles toda vez que el legislador señala taxativamente los vicios del consentimiento. Según el artículo 1.453 del Código Civil estos vicios no son más que el error, la fuerza y el dolo, excluyéndose cualquier otro, incluso el temor reverencial.

Otros la consideran como una anomalía o vicio de la causa, en cuanto su inexistencia o falsedad, según se trate de simulación absoluta o relativa, se ocultarían conscientemente.

Tampoco podría acogerse esta segunda teoría en el derecho chileno. Siendo la causa -art. 1.467- el motivo que induce al acto o contrato y no siendo necesario expresarla, no parece atinado relacionar la naturaleza de la simulación con la causa. En la simulación absoluta no hay acto o contrato real y verdadero, de modo que tampoco hay obligaciones que recíprocamente sirvan de causa, ni parece lógico indagar el motivo que induce a un acto que no tiene existencia jurídica.

En la simulación relativa, las obligaciones recíprocas causales del acto aparente son también ostensibles como éste y una causa ficticia no puede constituir la naturaleza de la simulación.

En la simulación por interposición de personas, por lo demás, el problema de la causa no se presenta: todo es verdadero, menos la identidad de las personas que ejecutan o celebran el acto o contrato inobjetable en lo demás.

Distinto es el problema relativo a la causa del acuerdo simulatorio para los efectos de resolver sobre la validez de la simulación, como se verá más adelante. Pero aún, en este terreno, no se trataría de la causa final que acabamos de considerar sino de la causa ocasional.

En mi opinión, como ya lo he anunciado, cabe una tercera idea relativa a la naturaleza de la simulación, que no la considera ni como anomalía de la voluntad ni como anomalía de la causa que, al fin y al cabo se identifican en una sola teoría, puesto que la causa es motivo, intención y por lo tanto, voluntad.

Yo pienso que la simulación es una modalidad de los actos jurídicos, junto al plazo, a la condición, al modo, a la solidaridad, ninguna de las cuales pertenece esencial ni naturalmente al acto, sino que se le agrega por medio de cláusulas especiales, por manifestaciones de voluntad expresas y particulares.

El número de las modalidades no es *clausus* como el de los vicios de la voluntad: las partes pueden crearlas tanto cuan fecunda sea su imaginación (artículo 1.444).

No es por consiguiente un acto separado y autónomo, sino que forma parte del acto simulado u ostensible, sea para negarle secretamente todo valor, sea para darle, del mismo modo, un valor diferente al expresado o una vinculación distinta.

VIII. Actos Jurídicos No Susceptibles de Simulación

El acuerdo con fines de engaño que constituye esencialmente la simulación no tiene cabida en ciertos actos que presentan caracteres inconciliables con el fenómeno simulatorio.

1. En primer lugar, se excluyen de su aplicación los actos unilaterales en que habiendo una sola persona es lógicamente imposible el acuerdo.

A menos, eso sí, que se trate de un acto unilateral *recepticio* que, emanando originalmente de una persona, va dirigido a otra que debe, por lo menos, recibir y conocer esa declaración de voluntad única: remisión o condonación, renuncia abdicativa, pagaré, cheque, desahucio, revocación, oferta o propuesta.

En éstos, puede concebirse una confabulación entre el autor del acto unilateral *recepticio* y su destinatario, en el sentido que el acto perfeccionable por la aceptación, se considere entre ambos, como meramente ficticio.

2. Se excluyen también los actos de familia porque en éstos no está comprometido únicamente un interés particular, sino el de la sociedad que los regula mediante normas de orden público no susceptibles de enmendarse por voluntad de las partes. No siendo interpretativos ni supletorios, las partes no pueden derogar ni introducir modificaciones en estos preceptos. Por lo mismo, los actos de familia no admiten modalidades, entre ellas, la simulación.

El matrimonio, el pacto de separación de bienes, la adopción, por ejemplo, no son susceptibles de simulación; el estado civil que crean produce efectos *erga omnes* y los terceros no han sido parte en la colusión.

Pescio excluye los actos de familia de la simulación y, citando a Planiol y Ripert, concluye que "el *animus simulandi* es inoperante tratándose de los contratos de familia."

Ferrara también rechaza la simulación en los actos de familia, pero limita su renuencia a los actos unilaterales, con lo cual no crea una categoría aparte de exclusión.

3. Una tercera categoría de actos, en que no procede la simulación, la constituyen los actos administrativos, que son manifestaciones de la voluntad unilateral de la Administración, que produce efectos jurídicos.

La razón es obvia: el acuerdo simulatorio constituye una colusión tolerable sólo en las relaciones entre particulares y no entre las de éstos con las autoridades o con los funcionarios públicos. En los actos de estos últimos la única voluntad válida y eficaz es la manifestada, sin que sea lícito buscar una voluntad interior distinta.

4. Un cuarto grupo de negocios jurídicos no susceptibles de simulación está formado por los actos en que la ley exige medidas de publicidad, como las convenciones que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio (art. 1.722), o el pacto de separación total de bienes (art. 1.723).

Sometidos legalmente a la publicidad de la subinscripción en el Registro Civil, estos pactos no nacen sin este trámite y además, por expreso mandato del legislador no podrán ser en perjuicio de terceros que no son parte en la colusión.

5. En quinto lugar, cabe señalar que, evidentemente, también rechazan toda posibilidad de acuerdo simulatorio los actos en que la ley implícitamente prohíbe la simulación, tales como la disposición testamentaria a favor de un incapaz, que no tiene valor "aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona" (966); la promesa

hecha al causante de hacer pasar sus bienes o parte de ellos "bajo cualquier forma", a una persona incapaz (972) inc. 1º, caso en que el legislador hace al prometiente indigno de suceder; la confesión testamentaria de una deuda, de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, la que se tiene por legado gratuito (1.133); la intención expresada por el vendedor de donar el exceso, en el caso de lesión enorme, cláusula que se tendrá por no escrita (1.892); la estipulación de intereses bajo la apariencia de cualquier otro título, en las operaciones de crédito en dinero (Ley 18.010 art. 2º); las formas que encubran una enajenación prohibida en los loteos sin urbanización (D.F.L. 458/75 art. 136); las donaciones y anticipos a cuenta de herencia disfrazados o encubiertos para burlar el impuesto de herencia (Ley 16.271 art. 63), etc.

6. Además de los señalados, Ferrara excluye los actos de potestad o de soberanía del Estado y los actos en que interviene una autoridad pública, siempre que lo haga en función integradora o constitutiva.

Sobre los actos de soberanía, no cabe decir nada más, aparte de lo expresado respecto de los actos administrativos. El prevalecimiento de la voluntad interior es una excepción admitida por el legislador en derecho privado. En derecho público no hay otra voluntad válida y eficaz que la manifestada; ésta es la regla general: el derecho regula la vida exterior, los fenómenos del mundo real.

Si la función de la autoridad interviniente es constitutiva, como la creación de una persona jurídica, Ferrara rechaza la simulación. Pero esto es adecuado, según nuestra legislación, cuando la personalidad jurídica se concede por decreto del Presidente de la República y no, cuando se obtiene *ipso jure* por el mero depósito del acta constitutiva con sus estatutos, en un registro público (Sindicatos, L. 19.069 art. 11; asociaciones gremiales, D.L. 2.757 art. 4º). En estos casos, el acto registral, obra exclusiva de los particulares, puede ser simulado.

Si dicha función es integradora, como en la enajenación de inmuebles de incapaces (C. Civ. arts. 255 y 393), en la partición de herencias y de bienes raíces de los pupilos (1.322), en la adopción (L. 7.613 art. 4 y L. 18.703 arts. 9 y 32), o en el matrimonio (L.M.C. art. 17 inc. 2º), por ejemplo, el acuerdo simulatorio es imposible ya que habiendo pluralidad de partes, para producirse requiere unanimidad de voluntades.

En cambio, cuando la función es certificadora y se limita a dar fe del acto, las partes, sin la complicidad del funcionario, pueden coludirse para la ficción y el engaño.

7. En cuanto a los actos abstractos, es necesario traer a colación una noción, al menos somera de ellos, según nuestro Código Civil, para examinar si cabe en ellos la simulación.

El artículo 1.467 dice que no puede haber obligación (acto o contrato) sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla.

Acto abstracto es, por consiguiente, no aquél que carece de causa, pues esto contravendría dicho precepto, sino el que en su contenido no expresa su causa. Esta no puede faltar pero se expresa en otro acto separado y autónomo, pero conexo.

El acto abstracto tiene validez y eficacia, produce sus efectos jurídicos sin consideración a su causa constituida por y en un acto separado.

El deudor debe cumplir la obligación y no puede excepcionarse alegando la falta de causa contra el acto abstracto.

El requisito de la causa podrá hacerlo valer en un procedimiento diverso de aquél en que se demanda el cumplimiento del acto abstracto y sin paralizar el curso de éste.

Este juicio separado será, generalmente, de pago de lo no debido que procede cuando el pago no tiene por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural (art. 2.297).

Es más fácil encontrar ejemplos de actos abstractos unilaterales que de actos abstractos bilaterales. Pagaré, cheque, confesión de deuda; actos abstractos bilaterales son, verbigracia, la letra de cambio, la novación.

En los primeros, la simulación se excluye no por ser abstractos, sino por ser unilaterales, y con esto basta.

En los segundos, la letra de cambio, derogadas las normas sobre provisión de fondos, constituye un acto abstracto bilateral y no obstante es perfectamente lógico admitir una colusión entre librador, aceptante y beneficiario, con mayor facilidad si sólo hay dos partes, cuando librador y beneficiario son una misma persona.

En la novación subjetiva por cambio de deudor o de acreedor, tampoco se divisa inconveniente para que estas personas se confabulen para fingir el acto.

Ferrara en cambio excluye los actos abstractos porque en su concepción de éstos, la causa sería innecesaria y como, según parece, vincula la simulación con la causa falsa o con la falta de causa, el fenómeno simulatorio no tendría cabida donde la noción de causa es ajena.

IX. Efectos de la simulación

1. Entre partes:

El espíritu general de nuestra legislación en materia de voluntad es el predominio de la voluntad interior, real y sincera, sobre la voluntad exterior, aparente y ficticia.

Contribuyen a configurar este espíritu varios preceptos del Código Civil, entre ellos: el artículo 1.069 inc. 2º según el cual, "para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido"; el artículo 1.560: "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"; el artículo 1.483 inc. 1º: "la condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes"; el artículo 1.713 que en su inciso segundo permite al confesante revocar su confesión "si probare que ha sido el resultado de un error de hecho"; y el artículo 1.454 inc. 2º: "el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

De estos preceptos resulta que entre las partes prevalece siempre la voluntad interna, real y sincera, siempre que la otra tenga conocimiento de ella, o que el interesado pruebe que la voluntad manifestada se ha debido a un error de hecho.

En concordancia o consagración de este planteamiento, el artículo 1.700 establece que el instrumento público, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, no hace plena fe sino contra los declarantes; y el artículo 1.707 permite, con eficacia entre partes, alterar por contraescrituras públicas o privadas lo pactado en escritura pública.

En consecuencia, entre las partes que fraguaron la simulación prevalece siempre la voluntad real y secreta sobre la voluntad ficticia y ostensible. Cualquiera de ellas puede hacer imperar esa voluntad interior prevaleciente, sea para privar de todo efecto al acto ostensible, sea para hacer valer los efectos que corresponden al acto oculto o disimulado, según la clase de simulación de que se trate.

En la simulación absoluta, en realidad, las partes no se vinculan jurídicamente ni alteran en lo más mínimo la composición de sus patrimonios. No hay verdadero crédito ni verdadera deuda que anotar en el haber o el debe respectivo.

En la simulación relativa, las partes se vinculan jurídicamente; no en los términos del acto ostensible, sino en los contenidos en el acto oculto. Aquí hay alteración real del patrimonio y verdadera voluntad para modificar un derecho aparente.

El acto disimulado es plenamente eficaz y produce todos sus efectos jurídicos propios, a condición que reúna los requisitos legales de existencia y validez.

El acto ostensible, en cambio, si bien no es eficaz entre las partes, mientras no sea desenmascarado o despojado de su apariencia, es un acto jurídico (en la simulación relativa únicamente) sujeto a la modalidad de ser eclipsado en cualquier momento en que una de las partes invoque el acto disimulado.

Lo mismo podría repetirse si la simulación es absoluta, con la sola observación que en este caso no hay acto jurídico alguno: ni aparente, porque éste no contiene ninguna manifestación de voluntad vinculante o intersubjetiva; ni secreto, porque el acuerdo de reducirlo al estado de una mera ficción, tampoco constituye acto jurídico, ya que si bien hay voluntad, ésta no tiene por objeto producir un efecto jurídico.

2. Respecto de Terceros:

Los terceros no pueden ser afectados por los acuerdos secretos que hayan celebrado las partes.

El mundo del derecho es el de los fenómenos externos, el de la conducta social que las personas pueden percibir por sus sentidos.

Lo que no ha sido exteriorizado: intención, sentimiento, idea, no existe para los terceros.

Los pactos ocultos o reservados que no han salido a la luz, que no han tenido siquiera un mínimo de publicidad, son inoponibles para los terceros porque no han tenido la posibilidad de imponerse, ni aún del hecho de haberse celebrado.

En cuanto los terceros tengan interés, pueden invocar y hacer valer, solamente el acto ostensible, aparente, ficticio, simulado.

Es difícil concebir prácticamente un caso en que el acto simulado, fraguado para engañar a terceros, pueda procurar a éstos algún provecho o interés.

Más frecuente será que a los extraños convenga hacer abortar el acto secreto para hacerlo prevalecer en resguardo de sus derechos amagados por la confabulación. El interés estará entonces en destruir el acto ostensible perjudicial y no en hacerlo valer.

Esto, en principio, es perfectamente posible en nuestro derecho: el artículo 1.707 del Código Civil prescribe que las contraescrituras "no producirán efecto CONTRA terceros". A *contrario sensu* pueden producir efectos a favor de ellos, de modo que si éstos logran obtener estos documentos en que consta el pacto secreto que los favorece, pueden invocarlos en resguardo de sus derechos.

Una cosa es clara: si los terceros invocan el acto ostensible, las partes que lo fraguaron no pueden oponerle su ineficacia, ya se trate de simulación absoluta o de simulación relativa. Los actos ocultos de las partes no pueden prevalecer contra terceros: es la conclusión perentoria que conlleva el artículo 1.707.

Los terceros tienen derecho a invocar el acto ostensible que es el único que existe en el mundo del derecho; las partes coludidas no pueden oponerles la simulación, pues quien ejecuta un acto jurídico, aunque sea aparente e insincero en su fuero interno, crea una realidad *erga omnes* y responde ante quienquiera que resulte afectado o favorecido por esa manifestación de voluntad. Expresada la opción de reconocer el acto aparente por el tercero. Las partes ya no pueden revocarlo ni impugnarlo por vicios subjetivos.

Pero los terceros tienen además la opción de hacer valer el acto oculto, precisamente para destruir el acto ostensible que les sea perjudicial.

La ley prohíbe la simulación que perjudica a otro. El otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio de otro, es un acto antijurídico y está sancionado en el artículo 471 Nº 2 del Código Penal. También es antijurídico faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales, cometida en instrumento público, o en instrumento privado "con perjuicio de tercero". Los artículos 193 Nº 4 y 197 del Código Penal sancionan esta conducta.

El artículo 1.617 del Código Civil reprueba la falta de exposición circunstanciada y verídica del estado de los negocios del deudor, o "el valimiento de cualquier otro medio fraudulento para *perjudicar a sus acreedores*".

El artículo 1.723 por su parte expresa que "el pacto de separación de bienes *no perjudicará*, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros..."

Este espíritu general de nuestra legislación sobre esta materia puede enunciarse en la fórmula: "La simulación, en principio, no es reprochable si a nadie perjudica".

X. La acción de simulación

En el orden temporal regido por el Derecho, sólo existe el acto ostensible que debe tenerse como válido por las partes y por existente, *erga omnes*, como acontecimiento fáctico perceptible por los sentidos.

Pero si no envuelve ninguna realidad jurídica verdadera, en caso de simulación absoluta; o sólo contiene una verdad a medias, porque la real naturaleza jurídica del acto querido por las partes está oculta bajo la careta o disfraz de un acto nominado o innominado distinto, existe la contingencia que quien se sienta afectado por la apariencia, inste para que esa careta sea removida o para que la ficción termine.

Puesto que las acciones nacen de los derechos reales o personales, si se quiere hablar de acción de simulación habría que concluir que ella nace del derecho universal e inalienable a la verdad.

Se trata de la verdad consensual, consagrada por el espíritu general de nuestra legislación en cuanto hace prevalecer la voluntad verdadera sobre la ficticia. El derecho a la verdad es, en esta concepción, un auténtico derecho positivo y no un mero precepto ideal o moral.

Esta verdad puede ser la nada jurídica o una realidad jurídica distinta, según haya sido la verdadera y sincera voluntad de las partes.

La acción de simulación se concede o reconoce a toda persona que tenga interés, para que se declare que el acto aparente ha sido totalmente forjado, y que no envuelve realidad jurídica alguna, o que está disfrazado, y debe, por lo tanto, prevalecer su verdadera naturaleza jurídica.

Sus requisitos son tener interés en ello, pues aquí también se aplica el principio que sin interés no hay acción, y probar el perjuicio y el fraude.

Pueden, pues, intentarla las partes, sus herederos o cesionarios, los acreedores y todo quien tenga un derecho subordinado a la intención verdadera de las partes.

¿Puede alegarse por quien ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba?

Entre partes, no me cabe duda, porque el artículo 1.707 implícitamente les concede el derecho a prescindir de la ficción y a hacer prevalecer la voluntad real y sincera. Las contraescrituras hechas por las partes para alterar lo pactado, incluso en escritura pública, producen efectos contra ellas, en todo caso, pues la ley no distingue. Por lo demás, pensar de un modo diferente equivaldría a dejar sin aplicación este precepto.

Lo que afirmo vale tanto para la simulación absoluta como para la relativa.

Respecto de terceros, rige el principio *nemo auditur*, contenido en la inoponibilidad que contempla el artículo 1.707: las contraescrituras no

producen efectos contra ellos, luego las partes no pueden invocar la simulación, esto es, su voluntad interior y reservada, contra terceros. Poco importa que estos estén de buena o de mala fe; la ley no distingue ni les exige nada bajo este respecto.

El Tribunal Supremo español ha fallado:

"El fundamento de dicha acción estriba en el interés legítimo de remover la apariencia de contrato y sus dañosas consecuencias; por todo lo cual, tal acción de simulación lo mismo puede ser utilizada por uno de los autores de ella (de la simulación) contra el otro, que por los terceros contra aquéllos, pues unos y otros son titulares de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o dificultada por el negocio aparente, y pueden resultar dañados por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, cuyo daño determina la necesidad de invocar la tutela jurídica" (sentencia de 31.05.63).

Puede hablarse de acción de simulación, porque es el derecho a la verdad deducido en juicio y nace de este derecho; o desde otra concepción de la acción, porque es un derecho independiente a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia de contenido determinado favorable para el titular, o simplemente una resolución justa.

Pero no es una acción autónoma, que pueda mediante su ejercicio, lograr el reconocimiento o la protección de un interés efectivo y directo.

La mera declaración de simulación, el solo establecimiento de la verdad, no procura al legitimado activo un beneficio o ventaja inmediata, práctica y concreta. Que el acto sea declarado absoluta o relativamente simulado no procura por sí solo ninguna ventaja; no pone término ni supera los perjuicios derivados de la ficción; tampoco ampara por sí solo los intereses del titular: la acción de simulación no constituye una sanción para los actos jurídicos anómalos.

Para que estos particulares se produzcan se requiere que también se deduzca una acción destinada a destruir el acto insincero: de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de inexistencia.

La simulación, en estas circunstancias, constituye más bien un presupuesto fáctico de dichas acciones antes que una acción independiente.

Si, por ejemplo, Ticio y Cayo se coluden para aparentar una compraventa con el fin de sustraer un bien del embargo judicial, esta simulación absoluta resulta ser el presupuesto de hecho de la acción de nulidad absoluta, o de inexistencia¹⁵ por falta de voluntad o por falta de causa. Sólo la sentencia que declare estas sanciones sirve para restituir el bien al

¹⁵ A propósito de inexistencia, véase mi monografía sobre la Causa.

patrimonio del falso vendedor y tradente. La sola declaración de simulación no basta para este intento.

Lo mismo habría que decir en el supuesto de disfrazarse de contrato oneroso una donación: la nulidad de ésta por falta de insinuación y la del contrato oneroso por falta de causa, permiten amparar los derechos del titular.

Con esto queda claro que la simulación es presupuesto de la nulidad y de la inexistencia, pero de ningún modo causal de una u otra acción.

Puede ocurrir que algunos terceros tengan interés en hacer valer el acto ostensible, para lo cual deducirían la acción de cumplimiento de contrato. Pero también puede haber otros, en el mismo caso, a quienes interese atacar el acto aparente deduciendo la acción de simulación.

Se trataría, en consecuencia, de terceros independientes, pues las acciones son distintas entre sí. Cada uno de los actores podría obrar separadamente en el juicio, como lo permite el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora si una cualquiera de estas acciones (cumplimiento o simulación) corresponde a varias personas determinadas y una o más de éstas no han ocurrido a entablarla, habrá que distinguir dos situaciones:

a) Si el actor pidió y obtuvo que su demanda se pusiera en conocimiento de dichas personas, el resultado del proceso no las afectará sino en el caso de haberse adherido a la demanda, o de no haber dicho nada, en el término de emplazamiento.

b) Si la demanda no se puso en conocimiento de dichas personas, ni la acción de cumplimiento ni la de simulación, en los respectivos casos, empecerán a estos terceros, porque las sentencias judiciales sólo producen efectos respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren y obligan por consiguiente únicamente a quienes fueron parte en dichas causas. Se da aplicación, en este sentido, no sólo al artículo 3º inc. 2º del Código Civil, sino también, analógicamente, al artículo 1.690 que ratifica los efectos relativos de la sentencia que declara la nulidad.

La acción de cumplimiento del acto ostensible y la acción de simulación de este mismo acto son, como se dijo, distintas entre sí y no pueden dar lugar a conflictos entre terceros, puesto que cada uno de éstos puede deducir separadamente la acción que viere convenirle. Los resultados de los respectivos juicios no afectarán a los que no fueron parte en ellos.

La acción de cumplimiento se fundamenta en el artículo 1.707 del Código Civil: el acto secreto no produce efectos CONTRA terceros. La acción de simulación también se fundamenta en este mismo precepto, a *contrario sensu*: no produce efectos contra, pero sí, a favor de terceros, quienes si logran probar su existencia pueden hacerlo valer.

No hay por qué preocuparse de encontrar alguna fórmula de solución a un conflicto de intereses que no puede presentarse por aplicación de los preceptos ya señalados (art. 20 del C.P.C., 3º y 1.690 del C. Civil). Cada cual es libre de objetar o invocar el acto secreto, separada e independientemente. No es necesario recurrir a la buena fe ni a la posesión para establecer preferencias.

Una cosa es cierta, al margen de este supuesto, por principio, debe prevalecer el acto conforme a la verdad, que contiene la real y sincera voluntad de sus autores, porque esta es la situación normal y ordinaria en el mundo del Derecho; la simulación es excepcional: quien alegue algo contra dicha situación debe probarlo.

XI. *La acción pauliana*

1. La acción de simulación, dije, nace del derecho personal al imperio de la verdad y no del derecho de garantía general de los acreedores; de éste nacen la acción pauliana y la acción oblicua. Esto marca una primera diferencia entre aquélla y estas últimas.

2. Hay, sin embargo, ciertas semejanzas entre la acción de simulación y la acción pauliana o revocatoria: ambas consideran un elemento común: el fraude.

En el fraude pauliano se trata de reintegrar al patrimonio del deudor bienes que han salido fraudulentamente de dicho patrimonio. En el fraude simulatorio se pretende declarar que esos bienes sólo aparentemente han salido del patrimonio del deudor, pero que en verdad siempre han permanecido en él y pueden ser embargados por los acreedores.

3. Los acreedores pueden deducir la acción pauliana sólo por créditos adquiridos antes del acto fraudulento, pues únicamente en esta situación dicho acto perjudica su garantía general.

La acción de simulación corresponde a todo acreedor, sea por créditos anteriores o posteriores al acto simulado, pues la garantía general recae no sólo sobre los bienes que el deudor tenía al contraer la obligación, sino incluso los futuros; unos y otros, probada y declarada la simulación, nunca han salido de su patrimonio.

4. La acción pauliana tiene como presupuesto la insolvencia del deudor, ocasionada o agravada por el acto fraudulento.

En la simulación no se requiere la insolvencia del deudor, porque se da incluso sin que exista concurso de acreedores y se trata, por lo demás, sólo de fijar la consistencia exacta y verdadera de la garantía general.

5. Para deducir la acción pauliana se requiere el perjuicio de los acreedores y la mala fe del otorgante (deudor) y del adquirente (tercero) si se trata de contratos onerosos, o sólo la del deudor si se trata de actos gratuitos.

En cambio, en la acción de simulación el perjuicio de los acreedores no es esencial, ya que puede deducirse incluso por una persona a quien aproveche el acto oculto; tampoco tiene como requisito la mala fe, ni del deudor ni del tercero.

6. El Código Civil concede la acción pauliana solamente a los acreedores; en cambio, la de simulación puede deducirla todo el que tenga interés en ello, incluso las partes que concurren al acuerdo simulatorio.

7. La acción pauliana tiene por objeto la "rescisión" (arts. 2.468) de los actos atacados por ella. La acción de simulación no tiene este efecto sancionatorio del acto anómalo; para esto debe complementarse con la acción de nulidad o con la de inexistencia.

Claro Solar dice al respecto¹⁶: "Con la acción pauliana se pretende hacer abortar los efectos de una enajenación real y efectiva, en tanto que la acción contra el simulador tiene por objetivo probar que los bienes no han sido (verdaderamente) enajenados y que nunca han salido del patrimonio del deudor".

8. El fraude pauliano procede incluso en los actos unilaterales, procedencia que tratándose del fraude simulatorio se restringe a los actos unilaterales *receptivos*, pues, por lo general, se aplica a los actos bilaterales.

9. La acción pauliana prescribe en un año contado desde la fecha del acto o contrato. La acción simulatoria, según algunos, no prescribe; pero otros piensan que prescribe en cinco años conforme al tiempo general del artículo 2.515 del Código Civil. Yo creo que se extingue por la prescripción extintiva de las acciones de nulidad o inexistencia, de las cuales es un presupuesto fáctico.

¹⁶ Tomo 11 N° 1.161 p. 649.

XII. Prueba de la simulación

1. Las partes pueden probar el acuerdo simulatorio por *contraescrituras* públicas o privadas que hacen fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (art. 1.706).

Estas contraescrituras no producen efecto *contra* terceros, en ningún caso si son privadas, y sólo cuando se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero, si son públicas (art. 1.707). A *contrario sensu*, sí producen efecto contra las partes, lo cual concuerda con la regla general del artículo 1.706.

La veracidad del contenido de un instrumento público o privado se presume contra los declarantes, según los artículos 1.700 y demás ya citados. Pero las partes pueden desvirtuarla probando que lo declarado en él fue falso.

Esta prueba puede hacerse por contraescrituras públicas o privadas, sin ninguna duda, atendido el valor que las disposiciones citadas les confieren para este intento.

2. La procedencia de la prueba confesional y de testigos para desvirtuar esta presunción de veracidad, es cuestionable.

El rechazo de la confesión es inmediato tratándose de actos en que la ley exige instrumento público como solemnidad (1.701).

En ellas, la única forma de manifestar la voluntad es el instrumento público; toda otra forma está absoluta e indiscutiblemente excluida.

Si la ley no exige esta solemnidad, valdrá la confesión para alterar el contenido del acto y desvirtuar la veracidad de las declaraciones.

La testimonial merece igual rechazo, atendido que el artículo 1.709 en su inciso 2º no admite la prueba de testigos "en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma" (2 UTM).

La excusa de haber sido imposible obtener una prueba escrita, admitida por el artículo 1.711 inc. 2º para excepcionar la aplicación del precepto precitado, sólo puede valer para los terceros: si las partes pudieron otorgar una escritura, también pudieron otorgar una contraescritura.

Esta inadmisibilidad de la testimonial no opera en los actos mercantiles, pues el artículo 129 del Código de Comercio admite la prueba de

testigos aun cuando altere o adicione el contenido de escrituras públicas, atendidas las circunstancias.

3. Los terceros tampoco pueden recurrir a estos medios probatorios (testigos y confesión) para acreditar el acuerdo simulatorio. En cuanto a las contraescrituras pueden recurrir a ellas si logran establecerlas, ya que el Código les niega valor *contra* los terceros, pero no a favor de éstos.

4. Los artículos 308 y 1.876 del Código Civil, dentro del contexto que se está analizando, merecen una reflexión especial.

¿Constituyen una excepción a lo afirmado? ¿Y en qué medida?

El primero de estos preceptos, refiriéndose a las partidas del Registro Civil, dice: "Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes".

"Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

Resalta en primer lugar el diferente trato que da el legislador a esta clase especial de instrumento público, en cuanto a la *veracidad* de las declaraciones contenidas en ella: las partidas no la garantizan y por lo tanto pueden impugnarse por cualquiera persona que tenga interés en ello, y acreditarse la falsedad por cualquier medio probatorio.

La regla general es otra: los instrumentos públicos no hacen plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, sino contra los declarantes. La diferencia está en que éstos no pueden probar la falsedad de lo aseverado testimonialmente, sino por medio de contraescrituras.

El segundo precepto, artículo 1.876 del Código Civil, dice: "La resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino en conformidad a los artículos 1.490 y 1.491"

"Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba *habrá acción contra terceros poseedores*".

Esta última frase revela claramente la intención del legislador en el sentido de exigir que se pruebe la nulidad o falsedad de la escritura, con el único objeto de hacer admisible la acción reivindicatoria "contra terceros poseedores".

Las partes pueden pretender que se declare la insinceridad de la aserción de haberse pagado el precio, mediante la acción de simulación,

pudiendo servirse no sólo de la prueba de contraescrituras, sino también, de la confesión; el recibo o cancelación del precio no está sometido a la solemnidad del instrumento público, con lo cual los demás medios probatorios no están excluidos.

XIII. *Corolario*

En síntesis, la simulación constituye una modalidad de los actos jurídicos que, conforme al espíritu general de nuestra legislación se perfilaría con los siguientes enunciados:

- 1º La simulación, en principio, no está prohibida;
- 2º Sólo produce efecto entre las partes;
- 3º Procede en los actos bilaterales y por excepción, en los unilaterales *recepticios*;
- 4º Está prohibida cuando se colude en perjuicio de terceros; y cuando tiene por objeto burlar una disposición de orden público;
- 5º La acción de simulación es sustancialmente un presupuesto de la acción de nulidad o de inexistencia, pero ella misma no conduce a la ineficacia del acto.