

Simulación y Contraescrituras en la Justificación de Inversiones.-

Todos los años, contribuyentes de todas las clases y características reciben del Servicio de Impuestos Internos la notificación con la observación "G-47" en la que se les solicita justifiquen el origen (y disponibilidad) de los fondos con que hicieron las inversiones detectadas por el ente fiscalizador. Comienzan entonces las explicaciones, unas verdaderas, otras falsas. No es raro encontrar una compraventa de un bien raíz en que se declara haberse pagado el precio -a fuerza de repetir una frase de frecuente uso- "al contado, en dinero efectivo, en este acto", sin haber reparado el inocente contribuyente en que tal vez ninguna de las tres cosas fue real. O una sociedad que se constituye con un alto capital igualmente pagado por los socios "al contado...", sin que dicha cláusula haya tenido otra motivación que "impresionar" a los Bancos o bien poner como pagado lo que se pretendía pagar en un corto plazo.

Las explicaciones sin embargo son mal acogidas, porque aunque a veces pueden parecer sinceras, son las mismas a las que recurren quienes *verdaderamente* hicieron la inversión o desembolso, con fondos que no tributaron, o -lo que no deja de ser frecuente- con fondos "blancos" pero resultando difícil "reconstruir" documentalmente la génesis y evolución de ellos. Tratando de hacer justicia, los Tribunales han dado soluciones más guiadas por las circunstancias que por una correcta aplicación de preceptos legales y criterios jurídicos. Es decir, han adaptado estos últimos a las primeras. Si a ello se suman ciertos equívocos en criterios oficiales del S.I.I., el tema adquiere características caóticas. A continuación desarrollaré algunas reflexiones críticas que me han sugerido documentos oficiales de S.I.I. y cierta jurisprudencia administrativa y judicial en la materia.-

1.-Impugnación o invocación de lo declarado en instrumento público.-

a). Su impugnación...

El instrumento público -entre las partes y respecto de terceros (y el S.I.I. lo es)- hace plena prueba de su autenticidad, es decir, por sí sólo autoriza para dar por acreditado *el hecho de haberse realmente otorgado por las personas y de la manera que se expresa en el instrumento* (artículo 17 Código Civil). Esto incluye el hecho mismo de haberse otorgado, la fecha de su otorgamiento, el hecho de haberse formulado las declaraciones que en él se consignan e incluso la veracidad de ciertas declaraciones del funcionario autorizante.

El instrumento público hace plena prueba de la fecha en que se otorgó, porque es parte de su autenticidad, sellada con la fuerza de fé pública que da la presencia del funcionario autorizante. Pero no hace plena prueba de la veracidad de ninguna de las declaraciones de las partes, ni siquiera de aquella en que se declara que en la misma fecha u oportunidad se haya pagado un precio¹; si bien esta última declaración -como todas las declaraciones dispositivas- se presumirá verdadera mientras no se pruebe lo contrario. Ello no en razón de tratarse de un instrumento público sino simplemente por aplicación de las reglas generales sobre la carga de la prueba². Así, si se intenta probar que verdaderamente se pagó en otra fecha distinta -anterior o posterior- y no el mismo día de la escritura -como se expresara en ella- no se está tratando de desvirtuar el valor probatorio de la escritura (como lo sostiene la Circular 68-97 de Servicio de Impuestos Internos³) -lo que exigiría otro medio de plena prueba- sino simplemente intentando probar un hecho, con el objeto de desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración. Y para ello no rige ninguna limitación en cuanto a los medios de prueba a utilizar, puesto que no se trata de probar un acto disimulado -como se ha pretendido- sino que simplemente se trata de probar hechos; y los hechos no están afectos a la limitación que para la prueba

¹ La distinción entre “fecha del instrumento” y “fecha en que se hizo el pago declarado en el instrumento” es básica: lo primero es parte de la autenticidad de la escritura. Lo segundo una declaración dispositiva que se presume verdadera pero no queda cubierta por el valor de plena prueba. Se echa de menos esta distinción, por ejemplo, en la Circular 68-97 del S.I.I., Cap. II, N° 2, Los Instrumentos Públicos.

² Cfr. C. Suprema, 20.03.57, en RDJ T. 54, Sección 1ª, p. 19.

³ Boletín Oficial, N° 528, noviembre de 1997, p. 38

testimonial contemplan los artículos 1708 y siguientes del Código Civil.

Por otra parte, el hecho base de la presunción que contempla el temido artículo 70 de la ley de la renta es la existencia de "gastos, desembolsos o inversiones". Si el contribuyente no prueba el origen de los fondos con que los ha hecho, se presumirá que corresponden a utilidades afectas al impuesto correspondiente. La base de la presunción es un *hecho-gasto, desembolso, inversión*- no una *declaración*, por seria y verdadera que esta parezca.

Lo que sucede es que, como en derecho se presume lo normal y lo normal es la veracidad y seriedad de las declaraciones, si en una escritura pública se expresa haberse hecho un gasto, desembolso o inversión, se presume que efectivamente ese gasto, desembolso o inversión tuvo lugar.

Pero esa presunción de veracidad admite prueba en contrario. No hay que olvidar que el sistema probatorio sustantivo en el derecho chileno gira alrededor del principio de la autonomía de la voluntad y por ende de hacer prevalecer la voluntad real por sobre la declarada (artículo 1560 del Código Civil).

Podrá entonces probarse -por cualquier medio de prueba- que la declaración de hacerse en el acto o de haberse hecho con anterioridad un pago, no se condice con la realidad. Se probará que el precio se pagó antes, o se pagó después; que se pagó en cuotas y no al contado, o con letras y no en efectivo; o que simplemente no se ha pagado nada y de forma alguna. En estos casos no se está contradiciendo el mérito probatorio del instrumento público sino que destruyendo una presunción de veracidad mediante la prueba de hechos incompatibles con el presumido. Hace décadas un autor advertía contra el peligro de creer que en tal caso se trata de "rendir pruebas que contradicen el mérito del instrumento público que contiene las declaraciones"⁴ Ejemplos de ese errado enfoque lo encontramos en algunos fallos nacionales⁵. Sin embargo, debe tenerse presente que dado que se trata de probar hechos, cabe incluso la prueba de presunciones. Probar que se pagó en una fecha

⁴ "Santa Cruz, Victor, "El instrumento público", en R de D y J, T. 39, 1a parte, p.58.

⁵ R de D y J, T 33, 2a parte, Sección 1a, p. 237.

diferente a la señalada o que no se pagó en circunstancias que se dice haberse pagado, equivale a reconocer una simulación. Y nuestros tribunales han sostenido, aplicando los criterios expuestos, que "cuando se establece la existencia de la simulación de un contrato de venta por medio de prueba de presunciones, no se infringe el artículo 1700 del Código Civil, porque no se niega el mérito probatorio de la escritura de venta sino que se acredita la existencia de un acto secreto que se contradice al acto público de la venta"⁶.

La Circular 68-97 del S.I.I. expresa⁷ que "por testigos no se podrá probar en contra de lo declarado en instrumento público que dé cuenta de la entrega o promesa de una cosa porque lo prohíbe el artículo 1709 del Código Civil en su inciso 2º...". Por nuestra parte, pensamos que no se puede dar una regla tan absoluta. En efecto, si el acto verdaderamente existió pero el precio que se dice haberse pagado en verdad no se pagó (simulación relativa), la no escrituración del acto oculto no necesariamente impedirá usar la prueba testimonial.

En efecto, desde el punto de vista del tercero, es obvia su imposibilidad de haber accedido a una prueba escrita del acto oculto. Pero aún puede suceder que dicha imposibilidad haya afectado a una de las partes, inclusive ser una imposibilidad posterior a la simulación. Es el caso del que acepta vender simuladamente y el comprador simulado le asegura que "más tarde" le hará llegar la contraescritura debidamente firmada. Esta nunca llega. Demanda de simulación y el demandado lo desafía a exhibir alguna prueba escrita de lo que afirma. El actor no la tiene. ¿Deberá admitirse la prueba testimonial? Se ha sostenido que no sería legítimo probar testimonialmente en la medida en que le afectara la limitación a la prueba testimonial derivada de la no escrituración del acto oculto, que sería real.

"Lo sorprendente es que magistrados y tratadistas acepten este sofisma sin comprender que el contratante engañado no intenta probar la simulación del acto sino el dolo del otro contratante que lo indujo a la

⁶ R de D y J, T. 22, 2a p. Sección 1a., p. 272.

⁷ Boletín Oficial, N° 528, noviembre de 1997, p. 38

simulación; pide, por tanto, la rescisión de esta apariencia de contrato que pesa sobre él como una amenaza...". "...Análoga solución debe adoptarse cuando el consentimiento de uno de los simulantes haya sido arrancado con violencia"⁸. Nuestra jurisprudencia en una ocasión estableció que el hecho del fraude y la falta de consentimiento son meros hechos que pueden ser probados por testigos sin que pueda pretenderse afectar la limitación a la prueba testimonial en consideración al acto ficticio y su cuantía⁹.

El asunto es más complejo aún, sin embargo. Pues la ya aludida Circular 68-97¹⁰, plantea que si bien el contribuyente podría acreditar la falsedad de haberse pagado el precio en la fecha señalada, no podría en cambio desvirtuar el hecho de haberse querido realmente celebrar una compraventa, es decir, obligarse el vendedor a dar la cosa vendida y el comprador a pagar su precio. Esto sería -sostiene el S.I.I.- pretender "alegar la simulación absoluta o relativa de un acto o contrato contenido en un instrumento público suscrito por él, toda vez que en dicho evento estaría invocando una falta de consentimiento en el acto aparente y su nulidad, lo que le está vedado por el artículo 1683 del Código Civil, ya que celebró el acto sabiendo el vicio que lo invalidaba". Estas afirmaciones me parecen erradas.

Supongamos que para eludir a los acreedores se celebró una compraventa y en ella se estableció que el precio se pagaba en el acto. Hay una presunción de veracidad de ese hecho. El que allí aparecía como comprador y que más tarde es fiscalizado por el S.I.I., podrá probar que no fue veraz la declaración y que ninguna suma de dinero ha pagado. Eso en rigor no es alegar simulación sino probar la falsedad de una declaración. Es decir, probar que **el hecho** base de la presunción en que se funda la actuación del ente fiscalizador -el gasto, inversión o desembolso- no existió.

Supongamos que el contribuyente va más allá y argumenta que nunca existió realmente acuerdo de vender y comprar; por ende de transferir la cosa y de

⁸ Ferrara, Francesco, "La simulación de los negocios jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Medris, 1953, p. 379.

⁹ R D y J T. 22, 2a parte, sección 1a p. 452.

¹⁰ Boletín Oficial, ob cit, p. 38

pagar su precio. ¿Significa eso que está demandando la nulidad? No necesariamente. Supongamos un vendedor simulado que desea volver a ver inscrita la propiedad a su nombre. Alega entonces la simulación y en tal caso sí tendrá que demandar la nulidad de la compraventa aparente por falta de consentimiento, a objeto de volver las cosas al estado anterior. Pero si ningún precio se pagó, ninguna propiedad se entregó, ninguna inscripción a nombre del "comprador" se practicó. Si no hay nada que restituirse, ¿por qué alegar nulidad? Si el aparente comprador sólo desea un reconocimiento -una resolución declarativa o de mera certeza- en orden a que no hubo acuerdo, como fundamento del hecho primordial: que no hubo "gasto, desembolso o inversión"; le bastará con alegar la simulación y probarla. No se divisa ninguna razón por la cual quedara impedido el Tribunal Tributario o la Corte de Apelaciones declarar la simulación ni tampoco razón alguna para sostener que ella implicaría una declaración de nulidad.

Y aún en el supuesto que se entienda que el contribuyente estaría alegando la nulidad del acto simulado, la inhabilidad de alegarla establecida en el artículo 1683 no le es aplicable. En efecto, aplicarle esa inhabilidad implicaría estar dando al afectado con el impedimento el carácter de parte del acto o contrato, lo que significaría que se estaría prejuzgando en orden a haber consentido cuando precisamente lo que reclama es que se declare que no hubo consentimiento¹¹... El impedimento de alegar la nulidad absoluta establecido en el artículo 1683 del Código Civil es inaplicable a la nulidad absoluta por falta de consentimiento, pues dicho precepto lo supone¹².

b) ...Y su invocación.-

Dejemos sentado, pues, que dado que las declaraciones contenidas en instrumento público se presumen verdaderas, las partes o los terceros deben probar lo contrario. Con el mismo criterio, si para justificar el origen de los fondos con que se hizo un gasto,

¹¹ Paillás, Enrique, "La simulación. Doctrina y Jurisprudencia.", Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 19.

¹² Santa Cruz, ob cit, . 51. Cfr. Revista, T. 52 2ª p., Sección 2ª, p. 60.

desembolso o inversión, se invoca una escritura pública en la que el contribuyente fiscalizado aparece recibiendo un dinero -por compraventa, mandato, mutuo, pago,... - el Servicio de Impuestos Internos no podrá exigir mayores antecedentes alegando que no se ha convencido de la veracidad de lo declarado. Y no podrá hacerlo porque lo declarado se presume verdadero¹³.

Sí podrá rechazar el instrumento y no considerar acreditado el origen de los fondos si **prueba** que no es fidedigno o que lo aseverado en él no responde a la realidad. Es cierto que el artículo 21 inciso 2° del Código Tributario no ha exigido al Servicio *probar* que un instrumento no es fidedigno. Dice: "...a menos que esas declaraciones, documentos, libros o antecedentes **no sean** fidedignos". Pero es obvio que conforme a las reglas generales del *onus probandi* el Servicio **deberá probar** que el medio invocado no es fidedigno, pues se presume que todo instrumento público es fidedigno mientras no se pruebe lo contrario y porque además no se divisa manera de probar lo fidedigno de un documento. Así lo ha reconocido la Dirección del Servicio de Impuestos Internos¹⁴.

Desde otro punto de vista, se ha sostenido que al Servicio le serían inoponibles los instrumentos otorgados entre las partes puesto que implicaría atribuir efecto probatorio de un acto entre partes a un tercero y que por ende la veracidad de la declaración contenida en un instrumento público debería ser acreditada al Servicio mediante pruebas adicionales. Tal argumentación -usada en alguna oportunidad por el Consejo de Defensa del Estado en recurso de casación¹⁵-, en nuestro modesto criterio debe ser desestimada.

En efecto, tal argumentación supone una extrapolación de las reglas relativas al efecto relativo de los contratos -artículo 1545 del Código Civil- a una materia totalmente diferente cual es la del *onus*

¹³ "...acreditada indubitablemente por el instrumento la existencia de las declaraciones, la sinceridad o verdad de éstas se presume y tocará al tercero que las objete probar su falsedad o simulación. La sinceridad o verdad de las declaraciones no la derivamos del artículo 1700, ni de la fe del instrumento, de que trata ese precepto, sino de las reglas del *onus probandi*, del principio según el cual lo normal se presume y lo anormal debe probarse" (Santa Cruz, ob cit, p. 24).

¹⁴ Suplemento de 1969, 6 (12) 213, del Servicio de Impuestos Internos, citado en Manual de Consultas Tributarias, N° 246, junio 1998, p. 95.

¹⁵ Manual de Consultas Tributarias, ob cit, p. 150.

probandi y la presunción de veracidad que, en última instancia, se fundamenta en el principio de la buena fe. Hace ya años, nuestra Corte Suprema sostenía: "Ha de evitarse confundir el efecto probatorio del instrumento público con los efectos obligatorios del acto jurídico de que da cuenta dicho documento. Conforme al artículo 1700 del Código Civil, lo expresado en un instrumento público no obliga a terceros; pero de esa disposición no puede inferirse la negación de la presunción de veracidad de las declaraciones de las partes. Oponerse a aceptar tal presunción conduce a no poder probar nunca el contenido de los instrumentos públicos frente a terceros, pues no se vislumbra cómo podría acreditarse objetivamente la veracidad de una declaración. En cambio, fácil es impugnar la veracidad presunta demostrando que ésta se contradice con otros elementos objetivos"¹⁶. El mismo fallo agregaba: "de ser valedera la tesis del recurrente, en orden a que las declaraciones contenidas en una escritura pública deberían ser además acreditadas por otros medios de prueba idóneos, no se vería ninguna utilidad en la existencia y uso de este tipo de instrumentos respecto de terceros".

2.-¿Puede una de las partes impugnar frente a terceros la veracidad de la declaración contenida en la escritura de compraventa en orden a haberse pagado el precio? (Alcance del artículo 1876 inciso 2º del Código Civil).-

La ya citada Circular del S.I.I. dice en una de sus partes: "El que un medio de prueba haga plena fe, implica que por sí sólo basta para establecer la existencia del hecho, pero no impide que se contradiga y pruebe lo contrario por otros medios". Hasta ahí estamos de acuerdo. Pero agrega: "Cuando la ley ha buscado producir este último efecto, ha sido expresa, como en el caso del inciso segundo del artículo 1876 del Código Civil, en virtud del cual, si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el

¹⁶ Cit en Repertorio de Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo VI, p 347. El texto completo se encuentra en Fallos del Mes, N° 162, Sent. 3ª, p. 69 y en Revista, T. 69, Sección 1ª, p. 59. Ver en el mismo sentido C de Santiago, 20.05.94, en Revista, T. 91, Sección 2ª. p. 50..

precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la de nulidad o falsificación de la escritura"¹⁷. Del texto citado se desprende que en opinión oficial del S.I.I., en una escritura pública de compraventa en la que se declara haberse pagado el precio "al contado, en dinero efectivo y en este acto", como suele expresarse, no habría manera de probar ante el organismo fiscalizador que en esa fecha no se hizo una inversión por dicho monto. Y digo que no habría manera pues sería necesario que se declarara la nulidad o falsificación de la escritura, lo que sólo puede hacerse judicialmente.

Este criterio ha sido aplicado. Una decisión de la Dirección Regional de Punta Arenas, señalaba en un considerando:"7°. Que, de acuerdo a las normas transcritas, aplicables en la especie, conforme a lo previsto en el artículo 2° del Código Tributario, como regla general, si bien se puede probar contra las declaraciones que se hagan en un instrumento público con otros medios probatorios, referente al precio pagado, la única prueba admitida por la ley para desvirtuar lo pactado en una escritura pública, es la declaración de falsedad o nulidad de ella, declaración que debe emanar de la justicia ordinaria"¹⁸. Incluso recientemente la Corte Suprema ha dado este equivocado alcance a la norma legal¹⁹.

Este criterio merece a nuestro juicio una seria revisión. Desde luego, advirtamos como cuestión previa, que el artículo 1876 inc.2° del Código Civil en ningún caso impide probar -por cualquier medio, se trata de probar hechos; no contradecir declaraciones (que estarían sujetas a la limitación de la prueba testimonial si no hubieran constado por escrito), que el precio se pagó en una oportunidad diferente a aquella en que se dijo haberse pagado o que no se pagó de otra forma y no en dinero como se expresó. Lo contrario de *haberse pagado el precio* es *no haberse pagado el precio*.. En ningún caso lo contrario es

¹⁷ Boletín, ob cit, p. 37

¹⁸ Resolución 6423 de 21.12.88, cit. en Manual del Contribuyente, ob cit., p. 125. El mismo criterio aplica la Dirección Regional Iquique en fallo confirmado por la Corte de Arica, de 26.1.95, (Boletín Oficial del S.I.I., septiembre de 1995). Ver Manual el Contribuyente, ob cit, p. 139.

¹⁹ Sentencia de fecha 12.12.88, casación rol 10243. Cit. en Manual, ob cit, p. 135.

haberse pagado en otra oportunidad o de otra forma . Eso es distinto; no lo contrario²⁰.

Pero vamos más lejos aún. Sostenemos enfáticamente que aunque en una escritura pública de compraventa se haya expresado haberse pagado el precio, es posible y necesario admitir que cualquiera -un tercero o una parte- pueda probar la no veracidad de esa declaración -tanto frente a la otra parte como frente a terceros- sin que para ello sea necesario acreditar -judicialmente- la falsificación o nulidad de la escritura. Sólo será necesario esto último si el no pago de precio se invoca como antecedente para reivindicar el vendedor en perjuicio de derechos de terceros.

En efecto, el artículo 1876 inciso 2º debe leerse entero. Dice que 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**. ¿Qué significa esta última frase que destaco intencionalmente y que suelen omitir quienes sostienen el criterio que estoy impugnando? ¿A qué acción se refiere? Desde luego, no puede pretenderse que el artículo 1876 innovó respecto del valor probatorio de los instrumentos públicos. Si así hubiera sido, la regla se habría debido ubicar a continuación del artículo 1700. El artículo 1876 sólo se refiere a la reivindicación (contra terceros) derivada de la resolución de una compraventa por no pago del precio. Se refiere a la procedencia de la acción reivindicatoria contra terceros; es decir, a una materia totalmente ajena a la controversia entre el S.I.I. y el contribuyente fiscalizado por justificación de inversiones.

En efecto, el Código Civil se refiere en los artículos 1873 a 1876 a los efectos del no pago del precio en una compraventa: a la alternativa de demandar el cobro del precio o la resolución (artículo 1873), al efecto de la cláusula de no transferirse el dominio sino en

²⁰ “Si en la escritura de compraventa se establece que el vendedor recibió el precio, nada obsta para que se acredite por testigos que parte de ese precio se pagó con un vale firmado por el comprador. Esta prueba no destruye o modifica la declaración consignada en escritura pública de venta respecto al hecho de haberse dado el vendedor por recibido del precio de la cosa vendida, sino que establece la forma en que se acordó efectuar su pago, y de la cual no se dejó constancia en dicha escritura” (Gaceta, 1900, T. I, N° 1441, p. 1411).

virtud del pago el precio (artículo 1874), y a los efectos de la resolución por no pago del precio, ya entre las partes (artículo 1875) ya respecto de terceros (artículo 1876). Detengámonos en este último artículo. La resolución de un contrato provocada, entre otros motivos, por un incumplimiento de las obligaciones contraídas, no empecerá a los terceros - no originará acción reivindicatoria contra ellos- sino en la medida en que éstos hayan adquirido sus derechos de mala fe, esto es, conociendo la existencia de una posible resolución, de una condición resolutoria pendiente.

Si se trata de un inmueble, esa mala fe está dada por la constancia de la condición en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública (artículo 1491). Es lo que dice el artículo 1876 inciso 1°. Y como corolario, entonces, el inciso 2° agrega que si en la escritura se expresó haberse pagado el precio, la condición resolutoria consistente en el no pago del precio no existe para el tercero, es una condición *fallida*; y no constando para el tercero esa condición resolutoria pendiente (o más bien constando lo contrario, es decir, que el precio se pagó, lo que implica tener como fallida la condición), el tercero debe ser considerado de buena fe y por ende no hay acción reivindicatoria en su contra. Eso es todo. ¿Qué tiene que ver en esto el Servicio de Impuestos Internos?

El precepto en análisis se refiere a terceros que adquieren derechos sobre un bien en la certeza que no los perderán producto de una reivindicación derivada de una resolución por no pago de precio, precisamente porque *consta* en el título respectivo estar ya pagado y se atienen a esa declaración. Es el caso del Banco que recibe el inmueble en garantía hipotecaria porque en la escritura de compraventa aparece pagado el precio (o renunciada la acción resolutoria por su no pago, lo que le es equivalente). ¿Qué tiene que ver en esto el Servicio de Impuestos Internos? Nuevamente aquí hay una extrapolación grave de nociones y conceptos.

La interpretación que venimos dando no es antojadiza. El artículo 50 del Proyecto de 1842 y el artículo 373 del Proyecto de 1847 contemplaban esta polémica norma

en términos más claros aún: "La resolución por no haberse pagado el precio da derecho al vendedor contra terceros poseedores, si la venta es de bienes raíces o de muebles preciosos; salvo que en la escritura de venta se exprese haberse pagado el precio de presente, en cuyo caso, si no se hubiere realmente pagado, no habrá acción contra terceros poseedores". Es decir, aunque se exprese haberse pagado el precio, puede probarse lo contrario, para todos los efectos legales, salvo para accionar reivindicatoriamente contra terceros. Más tarde se agregó: salvo falsificación o nulidad **de la escritura**. Y es lógico: si la escritura es falsificada, no puede atribuírsele eficacia alguna: *fraus omnia corrumpit*.. Si es nula, fuera de carecer de eficacia, el tercero ha quedado protegido porque pudo constatar, al estudiar los títulos, el vicio de nulidad.

La jurisprudencia más reciente, aunque contrariando importantes opiniones como las de Alessandri²¹, nos da la razón²². Un fallo fundamental en este sentido ha dicho que en virtud de la declaración de haberse pagado el precio, "los terceros adquirentes quedan a salvo de toda acción real en el caso de que se trata; pero esto no significa que las partes contratantes no puedan, entre ellas, probar su falta de veracidad, como podría suceder en el supuesto de celebrarse un contrato simulado o de no ser efectivo el pago"²³.

3.-Contraescrituras y resciliación.-

Puede suceder que quienes han simulado una compraventa inexistente (simulación absoluta) o simulado una determinada declaración en una compraventa real -por ejemplo, haberse pagado el precio- (simulación relativa) se resguarden frente a la eventualidad de que el coautor en el fraude lo desconozca. Para lograr ese resguardo se utilizan las contradecларaciones. La contradecларación es una prueba preconstituida de un hecho. Se llama contraescritura si se recoge en una escritura. En tal caso, en principio podríamos

²¹ "De la compraventa y la promesa de compraventa", Santiago, 1918, Tomo II, p. 881.

²² C Suprema, 04.05.55 Revista, T. 52, Sección 4ª, p. 52; C de Santiago, 11,09.58, Revista, T. 58, Sección 2ª, p. 21; C. Suprema, 01.12.77, en Revista, T. 74, Sección 1ª, p. 166

²³ Cit. en Repertorio, ob cit, T. VII, p. 381

aplicar, para el caso que llegara a faltar la prueba escrita de la contradecларación, la limitación en el uso de la prueba testimonial. Pero, como se ha dicho, puede suceder también que la contradecларación no sea la expresión de un acto sino que obre solamente como un medio de prueba preconstituido de un hecho. Por ejemplo, si la contradecларación decía que el precio no estaba pagado realmente, y se pierde el documento, se podrá probar por testigos el no pago del precio, que no es un acto sino un hecho negativo. Si la contradecларación señalaba que los comparecientes nunca tuvieron ánimo de comprar/vender sino que fue simplemente una simulación, la pérdida de ella tampoco impedirá probar el fraude.

Una contraescritura, en sentido estricto, es un acto jurídico oculto modificadorio (simulación relativa) o aclaratorio de otro acto igualmente verdadero pero diferente. La contraescritura puede otorgarse simultáneamente o con posterioridad a la escritura. Y el acto oculto sólo producirá efecto respecto de terceros en la medida en que al relacionarse jurídicamente el tercero con alguna de las partes se hubiera tomado razón del contenido de la contraescritura al margen de la escritura modificada (artículo 1707).

Desde la perspectiva *negocial*, lo anterior no es aplicable a la relación entre el S.I.I. -en cuanto ente fiscalizador del origen y disponibilidad de los fondos-, y una de las partes de un contrato. El S.I.I. no es tercero que pretende derechos emanados del acto ostensible que puedan ser amenazados por el acto oculto. Si el S.I.I. se interesa en la escritura pública de compraventa, no es en razón del contrato en sí -del cual ninguna relación emana para el Servicio- sino en razón del desembolso, gasto o inversión que en ella se reconoce -con presunción de veracidad-; hecho a partir del cual la ley presume la existencia de una renta. La Circular tantas veces citada dice en tal sentido²⁴: "Procede asimismo descartar que el Servicio en cuanto tercero se vea afectado por la regulación que el artículo 1707 del Código Civil contempla para las contraescrituras privadas y públicas, pues los terceros a que se refiere este precepto, son todos

²⁴ Boletín Oficial, N° 528, noviembre de 1997, p. 38

aquellos que no habiendo figurado en la contraescritura y habiendo ignorado su existencia, tienen interés en invocar las disposiciones del acto ostensible, para salvaguardar los derechos que derivan de las partes contratantes; hipótesis en la cual no se encuentra propiamente el Servicio".

Sin embargo, desde una perspectiva *probatoria* una contraescritura puede tener una eficacia contra el Servicio. Pues una contraescritura en principio es una declaración extrajudicial sobre hechos propios. Pero si se ha dado por escritura pública y anotado al margen de la escritura pública aclarada, pasa a reemplazarla en lo pertinente. Supongamos una escritura pública de compraventa en que se expresa haberse pagado el precio, aclarada con otra contraescritura en la que se expresa lo contrario. Si el contenido de la segunda fue anotado al margen de la primera, deberá presumirse veraz -incluso respecto al Servicio de Impuestos Internos- lo señalado en la contraescritura. ¿Se está vulnerando el artículo 1707 del Código Civil? En absoluto, pues lo que protege esta norma son los derechos adquiridos por terceros en virtud del acto ostensible y que no pueden verse afectados por una contraescritura cuyo contenido no estaba anotado al margen de la escritura en el momento en que el tercero adquirió el derecho. En ese campo ninguna prueba por las partes podría afectar los derechos del tercero, pues significaría aceptar la vulneración de los derechos adquiridos en virtud de una colusión.

Como lo reconoce el propio S.I.I. en la Circular ya citada, no puede analizarse el problema como un Servicio de Impuestos Internos que adquiere derechos en virtud de una escritura y que las partes después pretender afectar mediante una contraescritura. No puede dársele al artículo 1707 dicho alcance en las relaciones entre el ente fiscalizador y el contribuyente. La figura entre el Servicio y el contribuyente es de otra naturaleza: una escritura que contenía una declaración que importaba una presunción de veracidad de haber existido una inversión y una contraescritura que contiene una declaración que importa presunción de veracidad de que no la hubo.

Ahora bien, determinar en cada caso si la verdad fue que el precio no se pagó aunque por diversas razones ello se mantuvo como oculto; o si la verdad fue que el precio se pagó pero después se "inventó" que no se había pagado, es una cuestión de hecho que deberá ser materia de prueba²⁵. No hay que olvidar que **la presunción de renta del artículo 70 de la ley de la renta se basa en hechos reales y efectivos: gasto, desembolso o inversión**; de los cuales la declaración de "haberse pagado el precio" es sólo una *presunción de veracidad*. Por ende, tanto lo que diga la escritura como lo que diga la contraescritura puede ser impugnado, en cuanto a su veracidad, sea por el Servicio de Impuestos Internos, sea por el contribuyente. Y si al hacerlo queda totalmente acreditado que no hubo el gasto, desembolso o inversión que se pretendía, no puede obrar la presunción del artículo 70 de la ley de la renta. Y no obsta a lo anterior el principio de la relatividad de los contratos, toda vez que no se está afectando derechos adquiridos de terceros mediante un acto entre partes, sino solamente probando la no efectividad del supuesto hecho en que se pretende basar la presunción invocada por el tercero.

Situación totalmente diferente es la de una escritura de resciliación propiamente tal. En la resciliación se *deja sin efecto* de mutuo acuerdo un contrato previamente celebrado, sin pretender desconocer la veracidad de lo afirmado en el contrato resciliado. Y es obvio que esa resciliación sólo se traducirá en volver al estado anterior y en que por ende el vendedor deberá devolver el precio al comprador. Pero ese retorno al estado anterior no altera en nada la presunción del artículo 70 de la ley de la renta, pues dicha presunción se basa en hechos y los hechos, por definición, no pueden verse alterados por los efectos retroactivos que establezcan la ley o las partes.

José Miguel Lecaros Sánchez

²⁵ Así lo sostiene la Corte Suprema en fallo de casación del Fisco rechazado (En Manual, ob cit, p. 150).