

# Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley

---

Rómulo Morales Hervias

## INTRODUCCIÓN

Al dictar el curso mal denominado “Acto Jurídico” nació la inquietud por escribir acerca de este tema, fruto de cuyo interés es el presente artículo. En efecto, cuando describo a mis alumnos las causales de nulidad del Código Civil no encuentro una razón lógica para determinar la nulidad del contrato simulado. Ello me motivó a reflexionar y llegar a la conclusión de que la regulación jurídica de la simulación es deficiente en el Código Civil peruano (en adelante CC).

¿Es lógicamente coherente hablar de nulidad del contrato simulado? La pregunta puede resultar atrevida para un operador jurídico acostumbrado a interpretar literalmente las normas. No hay que olvidar que la interpretación debe hacerse respetando las reglas de la lógica jurídica. No debe satisfacernos una simple respuesta legalista de la norma.

En 1988, Lizardo Taboada<sup>1</sup> señaló textualmente que:

... en el supuesto de la simulación absoluta como en el de la relativa el negocio jurídico simulado es siempre nulo, por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que

---

1 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Causales de nulidad del acto jurídico”. *Themis* 11. Segunda época. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988, p. 11. Esta conclusión la confirma en los años sucesivos (1995 y 2002): “Acto jurídico: Propuestas de enmienda”, en VARIOS AUTORES. *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I. Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de septiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: W. G. Editor, 1995, p. 290. La propuesta de reforma legislativa era la siguiente: “El acto jurídico es nulo ‘cuando sea simulado’”. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2002, p. 340.

en la simulación relativa el negocio disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes. Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5 del artículo 219, sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto como ya lo hemos expresado el acto jurídico simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa. El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

El profesor Taboada establece que en el “caso del negocio jurídico nulo estamos en presencia de un negocio que no se ha llegado a formar válidamente por carecer de algún elemento, presupuesto o requisito, o por tener un contenido ilícito que atenta contra los fundamentos del sistema jurídico, es decir, el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas”.<sup>2</sup>

Hay falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos: a) cuando el sujeto emite privado de discernimiento por una causa pasajera; b) cuando se emite con propósito no vinculante; c) cuando se emite bajo violencia física sobre el sujeto, y d) cuando el sujeto es absolutamente incapaz.<sup>3</sup>

El negocio jurídico simulado es nulo tanto en simulación relativa como simulación absoluta.<sup>4</sup> También es nulo por ilicitud de la causa,<sup>5</sup> cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable,<sup>6</sup> cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad<sup>7</sup> y cuando la ley lo declare nulo.<sup>8</sup> La nulidad virtual o tácita del negocio jurídico se producirá “cuando atente contra el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas, si otra sanción no se deduce de la ley”.<sup>9</sup>

Una pregunta viene a mi mente: ¿cuál es la razón lógica de la nulidad de la simulación? Si seguimos el marco teórico descrito debemos

2 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Op. cit., p. 317.

3 *Ibidem*, pp. 433 y 445.

4 *Ibidem*, pp. 340-341 y 446-447.

5 *Ibidem*, p. 447.

6 *Ibidem*, pp. 333 y 435.

7 *Ibidem*, p. 341.

8 *Ibidem*, pp. 341-342.

9 *Ibidem*, pp. 342 y 448.

entender que la simulación constituye una anomalía respecto de la manifestación de voluntad en sí misma. Otra consecuencia de esta pregunta es determinar la vinculación entre el contrato simulado y el contrato en fraude a la ley. En las próximas líneas demostraremos que el contrato simulado no es nulo por la naturaleza misma de la simulación; y que existe una vinculación entre el contrato en fraude a la ley con una modalidad de la simulación.

### NULIDAD E INEFICACIA DEL CONTRATO SIMULADO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL

Antes de analizar la codificación civil del contrato simulado debemos diferenciar con claridad el contrato nulo del contrato ineficaz. Al respecto, Sacco opina lo siguiente:

Cuando el contrato es nulo, subsistirá una divergencia entre el estado de hecho sometido al juez y el esquema de la hipótesis de hecho [*fattispecie*] que es configurado por el legislador (falta la forma, el contenido es ilícito, etc.). En el caso opuesto, el contrato está dotado de todos los requisitos de ley, pero le falta los de eficacia porque tiene defecto en una circunstancia diversa de los constitutivos del negocio, externa respecto a ellos, que está subordinada a la producción de los efectos jurídicos.<sup>10</sup>

En lo que se refiere a la distinción entre nulidad y eficacia pensada, Di Majo señala que:

... en términos más realísticos, significa que el *concreto* contrato puede prever, para su eficacia, elementos ulteriores respecto a aquellos establecidos en el esquema legal. Ahora el problema es confrontar entre el esquema legal y el contrato (visto en) concreto. Si es verdad que los otros 'elementos' también pueden estar referidos a previsiones normativas (pensemos en los contratos de la Administración Pública), además de aquél acordado (como en la *condicio facti*), también hay que reconocer que tales previsiones se colocan en un diverso nivel respecto a aquellas referidas a la validez del contrato. Ellas están sobre el "cerco externo" de él.<sup>11</sup>

10 SACCO, Rodolfo. "Il contratto", en SACCO, Rodolfo (dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.<sup>a</sup> edición, tomo II. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2004, p. 505. La traducción de las citas en italiano es del autor de este texto.

11 DI MAJO, Adolfo. "La nullità en i suoi confini", en DI MAJO, Adolfo; FERRI, Giovanni Battista y Massimo FRANZONI (curatori). *Il contratto in generale. Trattato di diritto privato*. Vol. XIII, tomo VII. Turín: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 58.

Por otro lado, según Cariota, en el lenguaje jurídico simular “significa fingir una realidad; disimular significa lo contrario; en uno y en el otro concepto está inmanente la idea de un consciente obrar encubriendo u ocultando”.<sup>12</sup>

El Código Civil francés de 1804 reguló algunas hipótesis de simulación. El artículo 911<sup>13</sup> establece el efecto jurídico de la nulidad a toda transferencia simulada hecha en provecho de algún incapaz, bajo la forma de un contrato oneroso o hecha bajo el nombre de personas interpuestas. También los artículos 1099<sup>14</sup> y 1100<sup>15</sup> declaran nulas las donaciones simuladas. El artículo 1321<sup>16</sup> regula la inoponibilidad del contrato simulado. La nulidad es el efecto jurídico para algunos supuestos de simulación.

El Código Civil alemán de 1900 regula, en el parágrafo §117, la simulación: “Si una declaración de voluntad que debe dirigirse a otro, se hace de acuerdo con éste sólo en apariencia, es nula. Si por medio de un negocio simulado es disimulado otro negocio jurídico, se aplican las disposiciones existentes para el negocio disimulado”.<sup>17</sup>

La doctrina alemana, representada por los autores Larenz y Flume, expresa que hay simulación:

---

12 CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Nápoles: A. Morano Editore, 1948, p. 530.

13 Artículo 911.- Será nula toda disposición en beneficio de una persona incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de personas interpuestas.

Tendrán la consideración de personas interpuestas, el padre y la madre, los hijos y descendientes y el cónyuge de la persona incapaz.

14 Artículo 1099.- Los cónyuges no podrán darse indirectamente más de lo que les está permitido por las disposiciones anteriormente referidas.

Será nula toda donación disimulada o realizada a personas interpuestas.

15 Artículo 1100.- Se presumirán como hechas a personas interpuestas, las donaciones de uno de los cónyuges a los hijos o a uno de los hijos de su consorte habidos de otro matrimonio, y aquellas hechas por el donante a los parientes de quienes el otro cónyuge sea presunto heredero en el momento de la donación, aunque este último no hubiera sobrevivido a su pariente donatario.

16 Artículo 1321 (modificado por el artículo 1 de la Ley 2000-230 del 13 de marzo del 2000).- Los pactos secretos sólo podrán tener efecto entre las partes contratantes; no tendrán efecto contra terceros.

17 El Código Civil de Portugal de 1966 fue influenciado directamente por el código alemán, pero tiene una regulación mucho más amplia:

“Artigo 240 (Simulação)

1. *Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.*

2. *O negócio simulado é nulo.*

Cuando el declarante y el destinatario de la declaración han acordado que no será válido lo declarado, esto es, cuando las partes, 'de común acuerdo, producen solamente la apariencia externa de la conclusión de un negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio'.<sup>18</sup>

Asimismo, que "El negocio simulado presupone el acuerdo de la otra parte acerca de la naturaleza simulada. Un contrato sólo es imaginable como negocio simulado cuando ambas declaraciones se hacen fingidamente de mutuo acuerdo".<sup>19</sup>

---

*Artigo 241 (Simulação relativa)*

1. *Quando sob o negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado.*
2. *Se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver sido observada a forma exigida por lei.*

*Artigo 242 (Legitimidade para arguir a simulação)*

1. *Sem prejuízo do disposto no artigo 286º, a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta.*
2. *A nulidade pode também ser invocada pelos herdeiros legítimos que pretendam agir em vida do autor da sucessão contra os negócios por ele simuladamente feitos com o intuito de os prejudicar.*

*Artigo 243 (Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé)*

1. *A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé.*
2. *A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.*
3. *Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar".*

*También el Código Civil de Brasil de 2003 sanciona con nulidad al negocio simulado:*

*"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

*§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

*§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado".*

18 LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, de la tercera edición original alemana de 1975. Madrid: Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 500.

19 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. 4.ª edición no modificada. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 483.

El código alemán, según Flume, sanciona con la nulidad al negocio jurídico simulado: “El negocio simulado no es válido porque es simulado”.<sup>20</sup> Por su parte, Larenz opina que:

La nulidad del negocio simulado corresponde al principio –expuesto en relación con la interpretación del negocio jurídico– según el cual una declaración concebida con *igual* significado por las partes de común acuerdo es válida con el significado atribuido por las partes, no obstante el significado que en otro caso se hubiere de entender. En el negocio simulado el significado atribuido de común acuerdo es que *no* debe tener lugar un efecto jurídico correspondiente a la declaración.<sup>21</sup>

Para Larenz, el efecto jurídico de nulidad puede ser pedido por los terceros perjudicados:

La nulidad del negocio simulado puede hacerse valer por cualquier tercero. Por tanto, si un deudor, a fin de sustraer bienes patrimoniales a la acción de sus acreedores, simula una enajenación de aquéllos a un tercero, el acreedor puede aún dirigir la ejecución a esos bienes en tanto que logre probar el carácter de simulación de la enajenación.<sup>22</sup>

El Código Civil italiano de 1942 reguló la simulación<sup>23</sup> autónomamente a las reglas de la nulidad, otorgando la posibilidad de que los terceros pidan la inoponibilidad del contrato simulado. El contrato si-

---

20 *Ibidem*, p. 484.

21 LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 500.

22 *Ibidem*, p. 503.

23 Artículo 1414. Efectos de la simulación entre las partes.- El contrato simulado no produce efectos entre las partes.

Si las partes han querido celebrar un contrato diverso del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma de este último.

Las disposiciones precedentes se aplicarán también a los actos unilaterales dirigidos a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

Artículo 1415. Efectos de la simulación respecto a terceros.- La simulación no puede oponerse, ni por las partes contratantes, ni por sus causahabientes ni por los acreedores del enajenante simulado, a los terceros que de buena fe hubieren adquirido derechos del titular aparente, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes, cuando ella perjudica sus derechos.

mulado no produce efectos entre las partes que lo han celebrado y por ello no es nulo. El código italiano no hizo otra cosa que recoger la doctrina romanista sobre la ineficacia de los negocios jurídicos imaginarios.<sup>24</sup>

Al comentar el código italiano, Ricciuto afirma que:

... no habla de nulidad respecto al contrato simulado y sobre todo hace una distinción respecto a las dos acciones, aquella de nulidad y aquella de simulación, regulándolas en modo bastante diverso. Se podría más propiamente hablar de ineficacia del contrato simulado y no de nulidad.<sup>25</sup>

En el paso del Digesto se puede verificar esta solución: “D. 44.7.54 *Modestino. Reglas, libro V.* – Los contratos imaginarios, aún en las compras, no alcanzan vínculo de derecho, cuando se simula la realidad de un hecho, no mediando verdad”. Por eso, el proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 consideró que el contrato simulado es ineficaz entre las partes<sup>26</sup> y podía ser invocado a su favor.<sup>27</sup>

---

Artículo 1416. Relaciones con los acreedores.- La simulación no puede ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe hubiere realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado.

Los acreedores del enajenante simulado pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos, y en caso de conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, son preferidos a éstos, si su crédito es anterior al acto simulado.

Artículo 1417. Prueba de la simulación.- La prueba por testigos de la simulación será admisible sin limitaciones si la demanda fuese propuesta por acreedores o por terceros, siempre que esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, y también cuando hubiere sido interpuesta por las partes.

24 TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè Editore, 1990, p. 230: “En los negocios imaginarios se tiene, al menos en los orígenes, una hipótesis de hecho en que la forma usada por las partes es realizada para un determinado propósito negocial, mientras las partes mismas perseguían otro diverso”.

25 RICCIUTO, Vincenzo. “La simulazione”, en RESCIGNO, Pietro (dir.) y GABRIELLI, Enrico (a cura di). *Trattato dei contratti*. Tomo II. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1999, p. 1421.

26 Artículo 49, primer párrafo.- En el caso de simulación el contrato aparente no produce efectos entre las partes.

27 Artículo 49, tercer párrafo.- Los acreedores de los contratantes y los terceros de buena fe pueden invocar a su favor el contrato aparente; ellos también pueden probar la simulación hecha si lo dañan.

La nulidad o la ineficacia del contrato simulado son soluciones incompatibles. Es decir, o se regula la nulidad o se norma la ineficacia del contrato simulado. Es ilógico regularlas al mismo tiempo y no cabe regularlas juntas en un Código Civil.

Sin embargo, los códigos civiles de México (para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República de México en Materia Federal) de 1928 y de Bolivia de 1976 incurren en la grave equivocación de confundir ambas soluciones.

El código mexicano establece que la “simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare” (artículo 2182). El código boliviano indica que: “I. En la simulación absoluta el contrato simulado no produce ningún efecto entre las partes. II. En la relativa, el verdadero contrato, oculto bajo otro aparente, es eficaz entre los contratantes si reúne los requisitos de sustancia y forma, no infringe la ley ni intenta perjudicar a terceros” (artículo 543).

No obstante que el contrato simulado no produce efectos jurídicos entre las partes, el código mexicano afirma que pueden “pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando esta se cometió en transgresión de la ley en perjuicio de la Hacienda Pública (artículo 2183)”, y el código boliviano asevera que los “terceros perjudicados con la simulación pueden demandar la nulidad o hacerla valer frente a las partes” (artículo 544, numeral II).

Quienes siguen los modelos de los códigos civiles francés y alemán pueden sustentar con razón que un contrato simulado es nulo. Por el contrario, para quienes siguen la posición romanista e italiana la sanción debe ser la ineficacia.

## ¿EL CONTRATO SIMULADO ES INVÁLIDO?

El contrato simulado puede ser declarado nulo para aquellas doctrinas que establecen las causales de ausencia de declaración de voluntad, de incompatibilidad de declaraciones y de ausencia de causa.

Quienes consideran que la simulación es “una divergencia querida y de propósito realizada entre la voluntad y manifestación da lugar a una conocida falta de voluntad del contenido del negocio”,<sup>28</sup> sostienen

---

28 CARIOTA FERRARA, Luigi. Op. cit., p. 531.



que el negocio “es nulo faltando la voluntad y siendo la declaración existente solamente por la apariencia convenida con la contraparte o con el destinatario”.<sup>29</sup>

Es claro que quienes sostienen la nulidad del contrato simulado, como lo regulan los códigos francés y alemán, parten de que la simulación es un supuesto de discrepancia consciente entre lo declarado y lo querido:

De acuerdo a la mayoría de los autores existen dos tipos de discrepancia entre ambas voluntades: La realizada o querida conscientemente por el Declarante, llamada por ello mismo Divergencia Consciente, y la realizada involuntariamente, llamada también Divergencia Inconsciente. En el primer caso, el sector mayoritario de la Doctrina reconoce y plantea tres supuestos de Divergencia consciente: el de la Simulación, el de la Reserva Mental y el de la Declaración Hecha en Broma.<sup>30</sup>

Opinión que el mismo autor confirma posteriormente:

Así pues, nadie ha podido afirmar que la teoría de la declaración sirva para la solución de todos estos casos, ya que se estaría privando de sanción a la declaración hecha en broma, a la simulación y al error obstativo, figuras que serían intrascendentes jurídicamente según la óptica del declaracionismo. Del mismo modo, si se aplicara la teoría de la voluntad el error obstativo sería siempre causal de nulidad y no de anulabilidad, no cabría la protección al tercero en materia de simulación, y lo que es más grave: la reserva mental sería siempre causal de nulidad.<sup>31</sup>

Esta posición justifica sustentar que el contrato simulado es nulo. Un sector de la jurisprudencia judicial peruana acogió esta teoría:

Que, siendo ello así a sabiendas que se le había instaurado un proceso penal el demandado Gregorio Goycochea Mendoza, simuló el anticipo de legítima de fecha 19 de agosto de 1993, según obra a fo-

---

29 *Ibidem*, p. 539.

30 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “¿Ha optado el Código Civil peruano por el voluntarismo en materia contractual?” *Themis* 17. Segunda época. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990, p. 81.

31 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Voluntarismo y declaracionismo dentro del Código Civil”. *Cuadernos de Derecho*. Año 3, núm. 4. Lima: Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1994, p. 49.

jas 1 y siguientes, con el ánimo de burlar la decisión final recaída en dicho proceso; máxime si de autos se advierte de fojas 344, obra la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de setiembre de 1996, que resolvió condenar a 12 años de pena privativa de su libertad al citado demandado, por la comisión de delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de inversión, venta, pignoración, transferencia de y posesión de ganancias o bienes provenientes del narcotráfico y beneficios obtenidos de aquella actividad ilícita; que siendo ello así *dicho acto jurídico adolece de simulación absoluta, puesto que no existe manifestación de voluntad real de efectuarlo*. (Resolución del 10 de julio de 1999, emitida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente 2573-97) (las cursivas son nuestras).

Que, en autos, los demandados no han acreditado que se haya producido la simulación absoluta alegada, debido a que no se ha probado que no haya existido realmente voluntad de celebrar el acto jurídico. (Resolución del 8 de diciembre de 1999, emitida por la Sala de Procesos de Conocimiento y Abreviado de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente 1075-99).

Por ello, los procesos en los que se invoca la simulación absoluta son de carácter personal, porque hay que definir la voluntad de las partes; y no real, porque no se trata de verificar los requisitos de una compraventa o determinar un derecho de propiedad. (Casación 3713-2001-San Martín).

Por otro lado, hay incompatibilidad de declaraciones, porque la simulación es un contraste entre una declaración externa, que las partes quieren para que sea operativa frente a los terceros, y una declaración interna, que las partes quieren para que sea operativa entre ellas: “Pero, para la relevancia de la simulación, es decir para la nulidad del negocio simulado también solamente entre las partes, la ley quiere del mismo modo que la simulación sea siempre convenida, es decir, siempre es necesario el llamado acuerdo simulatorio”.<sup>32</sup>

Esta posición de incompatibilidad en realidad no puede llegar a inferir que el contrato simulado es nulo si no ineficaz, como señala Ferri:

La voluntad negativa o impeditiva es, de todos modos, una voluntad, y no una ausencia de voluntad. Ahora bien, en la simulación, y, en particular, en la simulación absoluta, tenemos, junto a la declaración querida, en cuanto tal, una voluntad negativa o impeditiva. Ello de-

32 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9.<sup>a</sup> edición. Nápoles: Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 151.

muestra que el contrato simulado es ineficaz (entre las partes) no porque falte la voluntad interna o psicológica de los contratantes, sino porque está presente, y es simultánea, como fuerza que impide una voluntad negativa, la cual encuentra su manifestación en el acuerdo o en el pacto de simular. No es una simple voluntad interna, sino una manifestación de voluntad. El acuerdo simulatorio, que es considerado, precisamente, un elemento esencial de la simulación, no es otra cosa que un contrato, es decir, una unión, ya no de voluntades internas, sino de declaraciones. Por consiguiente, en la simulación tenemos una combinación, una vinculación de dos contratos distintos que deben ser simultáneos; en caso contrario, uno tendría naturaleza de contrato que disuelve el otro ya concluido, y elimina sus efectos. El acuerdo simulatorio, impeditivo de los efectos, debe ser contextual y simultáneo al contrato simulado. Los efectos (entre las partes) están ausentes, no por carecer de sostén en una correspondiente voluntad interna, sino porque se ha declarado, aunque de manera oculta, la voluntad de que tales efectos no se realicen. No hay ausencia de voluntad, sino presencia de una voluntad contraria, y no simplemente interna, sino declarada. No se debe confundir el carácter oculto del acuerdo simulatorio con la voluntad real o interna de los contratantes. Un acuerdo, incluso cuando queda oculto, postula siempre una declaración o declaraciones.<sup>33</sup>

Queda claro que la existencia de una manifestación de voluntad incompatible con la manifestación de voluntad simulada prueba que en realidad hay un contrato válido pero ineficaz.

Por otro lado, el contrato simulado es nulo por ausencia de causa para otro sector de la doctrina. Al respecto, Betti es de la opinión de que:

En la simulación absoluta, por el contrario, falta en las partes no sólo la recta determinación causal sino también cualquier propósito e interés de autonomía privada, y el acto no es estimado como seriamente vinculante en un sentido distinto de que se hace patente, ya

---

33 FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto. Corso di Diritto Civile*. 2.<sup>a</sup> edición. Bologna: Incola Zanichelli, 1982, pp. 47-48. [En español: *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Presentación, notas y edición de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley, 2004, pp. 14-15]. En la misma línea: TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Quindicesima edizione, Dott. Milán: A. Giuffré Editore, 2003, p. 165: "La declaración negocial es *simulada* cuando el declarante y el destinatario de ella están de acuerdo en no querer los efectos. Ella constituye una mera ficción, destinada a engañar a los terceros. Detrás de esta declaración aparente hay *contra-declaración* oculta, que expresa la voluntad efectiva de las partes".

que la voluntad se dirige solamente a hacer surgir la precaria apariencia de un reglamento de intereses nuevo respecto a aquél preexistente.<sup>34</sup>

Y para Trabucchi, el “propósito concordantemente perseguido en oposición a la estructura negocial puesta aparentemente en existencia determina una esencial *nulidad del acto*”.<sup>35</sup> Estas posiciones doctrinarias han sido objetadas por razones lógicas:

Y de hecho, el negocio simulado no se puede considerar absolutamente nulo –como debería serlo para la teoría contraria– porque con arreglo al artículo 1415 del Código Civil, “la simulación no puede ser opuesta (...) a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de simulación.”<sup>36</sup>

El contrato simulado puede ser lícito o ilícito. Como bien dice Santoro-Passarelli, el negocio simulado es “un negocio ficticio, que todo interesado puede hacer creer como tal, y con la misma acción impugnativa, la acción de simulación, sea lícito o ilícito el propósito perseguido con la simulación”.<sup>37</sup>

Por eso no entendemos cuando, por un lado, se propone establecer como efecto jurídico la nulidad de los contratos simulados y por otro lado se diga que pueden haber simulaciones lícitas.<sup>38</sup> Las simulaciones son ilícitas porque las finalidades concretas<sup>39</sup> son ilícitas. Las simulacio-

34 BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 402.

35 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Quarantesima prima edizione. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padua: CEDAM, 2004, p. 112.

36 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2.<sup>a</sup> edición. Nápoles: Casa Editoriale Eugenio Jovene, 1969, p. 202. [En español: *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley, 2004, p. 258].

37 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Op. cit., p. 154.

38 Artículo 329 del proyecto argentino de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.- Simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita o que perjudica a un tercero, provoca la invalidez del acto jurídico ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz con tal de que no sea ilícito ni perjudique a un tercero.

39 Sobre el concepto de finalidad concreta, véase: MORALES HERVIAS, Rómulo. “La causa del contrato en la dogmática jurídica”, en ESCOBAR ROZAS, Freddy; LEÓN, Leysser L.; MORALES HERVIAS, Rómulo y Eric PALACIOS MARTÍNEZ (ed.). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, pp. 439-459.

nes lícitas no son nulas. “Si el contrato *disimulado* es en *si* ilícito es nulo”.<sup>40</sup> La regulación de la “simulación ilícita” es una redundancia de la causal de ilicitud de la finalidad concreta.

Pensamos que cabe la posibilidad de que exista un contrato simulado ilícito cuando la finalidad concreta es ilícita,<sup>41</sup> pero no todo contrato simulado contiene una finalidad concreta ilícita. Aquí concordamos con quienes sostienen que generalmente los contratos simulados son ineficaces.

En opinión de Mirabelli,

[El] ... negocio simulado no puede ser considerado sin más ni más nulo, ya que puede producir efectos también a cargo de las partes, en los casos en que la simulación no es oponible a los terceros; la nulidad va entendida, por eso, en sentido del todo particular, como irrelevancia de una hipótesis de hecho [*fattispecie*] aparente en relación de algunos sujetos conectada a la ineficacia de la misma hipótesis de hecho [*fattispecie*] en relación de otros.<sup>42</sup>

La irrelevancia de la hipótesis de hecho (*fattispecie*) concuerda con aquella que considera el contrato simulado como “jurídicamente inexistente (*tamquam non esset*)”.<sup>43</sup>

En palabras del autor italiano Massimo Bianca,

[La] ... simulación es el fenómeno de la apariencia contractual creada intencionalmente. Se tiene simulación, precisamente, cuando las partes estipulan un contrato con el acuerdo que ello no corresponda a la realidad de su relación. La simulación se distingue en absoluta y relativa. En la simulación absoluta las partes fingen estipular un contrato mientras en realidad no acuerdan constituir alguna relación

40 ZATTI, Paolo. “Le situazioni giuridiche”, en *Linguaggio e regole del diritto privato. Nuovo manuale per i corsi universitari*. 4.<sup>a</sup> edición. Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003, p. 322.

41 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Contratos simulados y contratos en fraude a la ley. A propósito de la teoría de la causa del contrato*, en *Doxa: Tendencias modernas del derecho*. Trujillo: Normas Legales, 2004, pp. 149-150.

42 MIRABELLI, Giuseppe. “Delle obbligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469)”. *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, tomo II (título II). 3.<sup>a</sup> edición. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1980, pp. 461-462.

43 CARRESI, Franco. “Il contratto”, en CICU, A. y F. MESSINEO (dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. XXI, tomo I. Milán: Giuffrè Editore, 1987, p. 394. Otro sector doctrinario asimila la inexistencia a la nulidad: SACCO, Rodolfo. Op. cit., pp. 647 y 667.

contractual; en la simulación relativa las partes hacen aparecer un contrato que es diverso de aquél celebrado (1414 CC.). La simulación relativa puede realizarse sobre el contenido del contrato o también sobre los sujetos (interposición ficticia). Elementos caracterizadores de la simulación son la apariencia contractual y el acuerdo simulatorio, es decir, el acuerdo sobre el significado en todo o en parte aparente del contrato.<sup>44</sup>

El efecto jurídico es la ineficacia y no la nulidad, porque –continúa Bianca– la “falta de ineficacia depende sobre todo de la voluntad de las partes: en efecto, son las partes quienes establecen que el contrato no debe tener efectos o debe tener efectos diversos de aquellos aparentes”. En los contratos simulados las “partes crean una apariencia comercial no correspondiente al real con el propósito de eludir derechos o expectativas de terceros. El propósito fraudulento no es aún elemento necesario de la simulación”, termina diciendo Bianca.

Entonces, hay simulación cuando existe un acuerdo de las partes sobre la apariencia intencional que no corresponde en todo o en parte a su real relación y la consecuencia jurídica es la ineficacia del contrato por acuerdo de las partes de quererse vincular jurídicamente. El propósito fraudulento puede formar parte de la simulación pero no es suficiente para que se configure la simulación.

Como señala Bianca:

El dato necesario y suficiente que identifica la simulación es sobre todo la apariencia intencional de un negocio que por acuerdo de las partes no corresponde en todo o en parte a su real relación. La simulación integra por tanto una hipótesis de ineficacia del contrato por voluntad de las partes.<sup>45</sup>

Por eso, es más apropiado hablar de ineficacia, porque la falta de eficacia depende sobre todo de las finalidades concretas de las partes, pues son las partes, en efecto, las que establecen que el contrato no debe tener efectos, o debe tener efectos diversos de aquellos aparentes. Se explica, por tanto, cómo el contrato simulado puede eventualmente adquirir eficacia si las finalidades concretas son lícitas.

---

44 BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Il contratto*. Vol. III. Milán: Giuffrè Editore, 1998, pp. 656-657.

45 *Ibidem*, p. 659.

En efecto, el contrato simulado no está viciado de nulidad, por cuanto en la realidad, en opinión de Gazzoni:

... no se está en presencia de un vicio de un elemento esencial del negocio, sea porque un mismo negocio no puede ser nulo entre las partes y eficaz para los terceros que no sufran un perjuicio. Además, la legitimación de obrar en simulación es relativa y ya no absoluta, como en el caso de la acción de nulidad. Además, la mutación simulatoria no puede ser opuesta por las partes en juicio así como el juez no puede estimar de oficio la relativa excepción.<sup>46</sup>

El contrato simulado debe catalogarse como “eficaz o ineficaz para ‘producir efectos jurídicos’”,<sup>47</sup> porque el contrato como norma jurídica privada regula hechos y efectos.

En principio, el contrato simulado no tiene ningún defecto en su estructura pero no vincula a las partes. La tutela jurídica sustancial que tendrán las partes y los terceros será el derecho potestativo de pedir la declaración judicial de simulación de la ineficacia total o parcial del contrato simulado.

El CC peruano ha previsto, en el artículo 193<sup>48</sup> y en el numeral 5 del artículo 219<sup>49</sup> el derecho potestativo de pedir la nulidad de un contrato simulado. En realidad, los contratos simulados son nulos cuando el “fin” es ilícito según el numeral 4 del artículo 219<sup>50</sup> o por cualquier causal de nulidad que afecte su estructura, siguiendo el marco teórico propuesto por Taboada.

El anteproyecto de enmiendas del 2005 al CC de 1984<sup>51</sup> propone modificar el numeral 5 del artículo 219 de la siguiente manera: “El acto jurídico es nulo: Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa”.

En realidad, no todo contrato es nulo por el hecho de ser simulado. Puede ser nulo por “fin” ilícito o por otra causal de nulidad prevista en

46 GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 13.

47 GENTILI, Aurelio. “Simulazione”, en BESSONE, Mario (dir.). *Il contratto in generale. Trattato di diritto privato*. Vol. V, tomo V. Turín: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 607.

48 Artículo 193.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.

49 Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...) 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

50 Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...) 4. Cuando su fin sea ilícito.

51 Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984 [en línea]. <<http://www.minjus.gob.pe/>>.

el Código Civil. En ese sentido, el contrato simulado es ineficaz conforme lo dispuesto en el artículo 194.<sup>52</sup> En la exposición de motivos de 1984 se puede evidenciar que el legislador pensó en la regulación de la simulación ilícita y no en la simulación en general.<sup>53</sup> Esto permite deducir que el legislador peruano tuvo en mente que podían existir simulaciones lícitas y, por lo tanto, la simulación por ella misma no podía ser considerada nula.

La jurisprudencia judicial peruana sigue la tendencia de vincular el contrato simulado con la ilicitud del “fin”:

Que, por la simulación absoluta, se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo, requiere por tanto la concurrencia de tres presupuestos: a) La disconformidad entre la voluntad real y la manifestación, b) Concierto entre las partes para producir el acto simulado, y c) *El propósito de engaño*; que, en el caso de autos el contrato fue celebrado con el objeto de simular una transferencia de acciones, con la finalidad de aparentar un patrimonio menor al real y ganar seguridad frente a posibles actos criminales, en contra de don Héctor Delgado Parker y su cónyuge, acto simulado que reúne las características de simulación absoluta, esto es, que se aparentó el traslado patrimonial, cuando se mantuvo en poder de los citados accionantes, asimismo, el acuerdo simulatorio entre las partes del contrato queda acreditado con el contradocumento que en copia obra de fojas doscientos treintitrés a doscientos treintisiete, el mismo que se corrobora con el allanamiento de los presuntos adquirentes de dicho contrato, corriente a fojas doscientos doce y doscientos trece, y finalmente de las pruebas glosadas se evidencia el animus de los intervinientes de engañar a posibles potenciales delincuentes. (Voto singular del vocal Giusti Acuña en la Resolución del 16 de octubre de 1995, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Expediente 878-94) (las cursivas son nuestras).

Además, es un hecho probado en autos que tanto la vendedora doña Feliciana López Alvarado, así como don Victoriano Bazán Portocarrero (uno de los compradores del bien objeto de controversia) han manifestado en sus escritos de contestación de la demanda obrantes

52 Artículo 194.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.

53 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Acto jurídico”, en REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (comp.). *Exposición de motivos y comentarios*, IV. Lima: Artes Gráficas de la “Industria Avanzada”, 1985, p. 312: “El Código vigente ha previsto la simulación ilícita en el artículo 193 al franquiar la acción de nulidad del acto simulado por el tercero perjudicado”.



a fojas ciento cuarentisiete y ciento setenta, respectivamente, que en efecto, el acto jurídico fue simulado y lo que realmente sucede es que todos estos acontecimientos han sido generados por la code-mandada doña Gladys Villegas Valle (ex cónyuge de don Victoriano Bazán Portocarrero) *en su afán de sacar provecho y querer apropiarse de la propiedad que no le pertenecía*. (Casación 3713-2001-San Martín) (las cursivas son nuestras).

En cuanto respecta al extremo de la demanda sobre nulidad de compra-venta en la que se denuncia la inaplicación del artículo 1094 del Código Civil de mil novecientos treintiséis, sustentándose en que la intención de las partes no era la transferencia de un inmueble sino excluir de la participación del bien de su padre a los demás herederos legítimos por lo que apunta a un fin ilícito; y el inciso 2) del artículo 1123 del anotado Código, porque al ser el inmueble un bien propio de señor Alberto Padilla Ramírez, Esperanza Ormeño Apolaya ha vendido un bien sobre el cual no tenía derecho alguno. El artículo 1094 del indicado Código establece "*La simulación no es reprobada por ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito*". (Casación 3357-2001-Lima) (las cursivas son nuestras).

Tercero.- Que es de advertirse igualmente que, por escrito de fojas veinticinco los demandantes aclararon que las causales por las que demandaban la nulidad se configuraban porque: el negocio era jurídicamente imposible ya que los vendedores no podían transferir un bien que no les correspondía; por la ilicitud del acto jurídico, pues los vendedores perseguían un provecho en su perjuicio; por simulación absoluta, pues con el contrato privado de la demandada Isabel Colchado se tiene que *los actos son simulados; y por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres (...)* Sétimo.- Que formulada apelación sólo por la demandante, el Ad quem ha revocado la apelada para amparar las pretensiones de nulidad del acto jurídico, del documento que lo contiene, de cancelación del asiento registral y de reivindicación considerando para ello que la vendedora Isabel Mercedes Colchado no tenía capacidad para disponer del bien al encontrarse demostrado que no era su titular, de modo que el acto jurídico celebrado por su apoderado a favor de los esposos Carcelén Romero resultaban ineficaces, *presentándose las causales de los incisos 3º, 4º y 5º del artículo 219 del Código Civil*, agregando que, al no haberse efectivizado la entrega del bien a estos últimos, aunado a que no se haya ejercido acción contra los ahora demandantes ni contra los señores Custodio Horna, se forman convicción de la simulación del acto jurídico señalado, hecho que afirma se corrobora con la declaración de Lázaro Custodio, de la que concluyen que los esposos Carcelén conocían de la inexactitud del registro y no se presentaba la buena fe alegada. (Casación 741-2003-Lambayeque) (las cursivas son nuestras).

Es claro que existe una contradicción lógica entre los artículos citados. Por un lado, el artículo 193 y el numeral 5 del artículo 219 propugnan la teoría de la nulidad del contrato simulado según los modelos de los códigos civiles francés y alemán. Por otro lado, el artículo 194 alude a la ineficacia del contrato simulado. Una de las funciones de la doctrina es clarificar el sentido de las normas jurídicas y si hay contradicciones hay que proponer interpretaciones lógicas, conforme a los métodos histórico, dogmático y comparado.

Es evidente que no hay compatibilidad entre las premisas y las conclusiones de las normas citadas.

Si interpretamos literalmente el artículo 190<sup>54</sup> del CC peruano con el artículo 193 y el numeral 5 del artículo 219, podemos llegar a la conclusión de que se ha optado por la teoría de la nulidad del contrato simulado, ya que se usa la misma terminología alemana de la “apariencia” del contrato simulado porque “no existe realmente voluntad de celebrarlo”.

Sin embargo, una atenta lectura de los artículos 191<sup>55</sup> y 194 nos hace constatar que el legislador peruano copió parcialmente los artículos 1414 y 1415 del Código Civil italiano de 1942, que propugna –para un sector mayoritario de la doctrina italiana– la teoría de la ineficacia del contrato simulado. Además, no hay que olvidar que el CC peruano “en realidad ha regulado la teoría del contrato desde el punto de vista del derecho civil italiano”.<sup>56</sup>

Sin querer hemos llegado al mismo callejón, sin aparente salida, al que arribaron los códigos civiles mexicano y boliviano.

Entonces, el operador jurídico tiene ante sus ojos y sus sentidos una contradicción aparentemente insalvable: o seguimos la teoría de la nulidad del contrato simulado o, por el contrario, nos adherimos a la teoría de la ineficacia del contrato simulado. Desconocemos si las doctrinas mexicana y boliviana han advertido si existe tal contradicción en sus códigos. No es necesario ser muy perspicaces para darnos cuenta de que los legisladores mexicanos, bolivianos y peruanos copiaron imper-

54 Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

55 Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

56 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial”. *Revista de Derecho*. Volumen 5. Piura: Universidad de Piura, 2004, p. 97.

fectamente los códigos alemán, portugués e italiano, sin advertir que tenían conceptos disímiles detrás de sus normas.

Nosotros nos inclinamos por la solución italiana, por estar más acorde con la doctrina romanista y, además, por el concepto de simulación, que es un contrato por el cual las partes impiden su vinculación mediante un autorreglamento de intereses. El contrato simulado es perfectamente válido pero ineficaz, por ausencia de vinculación compromisoria entre las partes. En consecuencia, la teoría de la ineficacia del contrato simulado es más compatible con este concepto. De acuerdo con esta posición, el artículo 193 y el numeral 5 del artículo 219 resultan normas inaplicables en cuanto al efecto jurídico de la nulidad, si seguimos el modelo romanista e italiano.

### ¿EL CONTRATO SIMULADO ESTÁ VINCULADO CON EL CONTRATO EN FRAUDE A LA LEY?

Por el contrario, el contrato en fraude a la ley, de acuerdo con Bianca, “es el *medio* a través del cual viene indirectamente perseguido un resultado prohibido. La persecución del resultado prohibido se realiza mediante una combinación de actos que en sí son lícitos pero que en conjunto revelan una función ilícita”.<sup>57</sup> Entonces, el contrato en fraude a la ley es, en opinión del autor mencionado, “la utilización de un contrato, en sí lícito, para realizar un resultado prohibido mediante la combinación con otros actos jurídicos. El carácter fraudulento de la operación prescinde del propósito elusivo”.<sup>58</sup> En cambio, continúa el especialista italiano, la “simulación puede ser el medio para evitar la aplicación de una norma imperativa, pero el medio no es aquél constituido por un contrato que indirectamente persigue el fin prohibido, sino es el ocultamiento del contrato ilícito”.<sup>59</sup>

Recurriendo nuevamente a Massimo Bianca, uno de los más importantes estudiosos del tema, nos dice:

Ejemplos típicos de contratos en fraude a la ley están dados por las interposiciones reales, mediante las cuales el sujeto elude una prohibición de adquirir estipulando un mandato con un tercero, encargado de adquirir a nombre propio y de retransmitir el bien al mandante. Otras típicas combinaciones fraudulentas son aquellas veces que se elude la aplicación de la prohibición del pacto comisorio

57 BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 588.

58 *Ibidem*, p. 587.

59 *Ibidem*, p. 589.

(2744 cc.).<sup>60</sup> Por ejemplo, en lugar de constituir una prenda con la cláusula prohibida, el deudor entrega el bien al acreedor con mandato irrevocable para vender en caso de incumplimiento.<sup>61</sup>

En el contrato en fraude a la ley, Francesco Gazzoni es de la siguiente opinión:

... los privados utilizan un determinado esquema contractual a fin de llegar a un concreto resultado económico irregular de aquél típico del contrato celebrado y además prohibido por la ley (Di Marzio). Esta finalidad puede ser conseguida sólo dando vida a una operación económica única, caracterizada del modo en que está establecido el coligamento entre más negocios o del modo en que los privados, en base al poder de autonomía, constituyan el reglamento contractual sobre el plano del contenido (Morello). En ambos casos, tal operación se dirige a “defraudar” la ley, es decir a eludir la aplicación de una norma imperativa que prohíbe la obtención de aquél determinado resultado. El contrato por eso no es tanto *contra legem* sino *in fraudem legis*, porque la ley no es violada directamente sino indirectamente, mediante una suerte de maniobra de engaño.<sup>62</sup>

Precisamente, el contrato fraudulento en sí considerado no incurre en la prohibición de ley en cuanto su contenido no integra el resultado prohibido. El contrato se inserta sobre todo en una combinación negocial para realizar un resultado prohibido.

En efecto, como señala Gallo, muchas veces “son necesarios más actos sucesivos. Si, por ejemplo, no es permitido que A venda un bien a B, A podrá buscar venderlo a C con el acuerdo de que se retransfiera a B. Obviamente, la entera operación será inválida precisamente por fraude a la ley”.<sup>63</sup> El contrato es utilizado de manera anormal, no para

60 Artículo 2744 del Código Civil de Italia. Prohibición del pacto comisorio.- Es nulo el pacto por el cual se conviene que, en defecto del pago del crédito dentro del plazo fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pase al acreedor. El pacto es nulo aunque sea posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda.

El Código Civil del Perú también regula esta prohibición en la prenda y en la hipoteca: Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario.

Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

61 BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 589.

62 GAZZONI, Francesco. Op. cit., p. 803.

63 GALLO, Paolo. *Istituzioni di diritto privato*. 2.<sup>a</sup> edición. Turín: G. Giappichelli Editore, 2003, pp. 251-252.

obtener los efectos jurídicos de un contrato determinado sino para lograr los efectos jurídicos de otro tipo contractual que se encuentra sometido a otras reglas.

Existe una interesante interpretación de la razón de ser del artículo 1344<sup>64</sup> del Código Civil italiano.<sup>65</sup> Se dice que el legislador italiano, con toda verosimilitud, comprendió la necesidad de dictar tal norma, en cuanto constreñido por la elección del planteamiento de la causa entendida como función económico-social, es decir, como tipo. Si el tipo legal no puede nunca estar *contra legem* (y por eso no se hace una hipótesis de una ilicitud de la causa cuando el contrato es típico), es evidente la necesidad de prever una suerte de válvula de seguridad que permita conminar la nulidad en el caso en que el concreto resultado perseguido y alcanzado por los privados choque contra una prohibición legal, no obstante la licitud abstracta del medio elegido. La causa en este caso “se reputa” ilícita (así lo prescribe el artículo 1344), porque no se puede admitir (Giacobbe) que ella “es” ilícita.<sup>66</sup> Y agrega, magistralmente, que en “una visión de causa concreta es por el contrario el propósito de la total operación económica que salta en el primer plano, de modo que, un contrato típico puede ser ilícito sobre el plano causal. En tal sentido, la hipótesis de fraude a la ley tiende a ser reabsorbida en aquella de ilicitud de la causa, con la cual, en todo caso, tiene de común la sanción establecida por el ordenamiento que es el de la nulidad”.<sup>67</sup>

Concordamos cuando se afirma que la *ratio* del artículo 1344 sería por eso directa no para crear una nueva forma de ilicitud junto a las

---

64 Artículo 1344 del Código Civil de Italia. Contrato en fraude a la ley.- Se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

65 MIRABELLI, Giuseppe. Op. cit., notas 52 y 53, p. 168: Existieron dos proyectos de normas antes de la dación de la redacción definitiva. En un caso se hace referencia a la causa y en el otro a todo el contrato:

Artículo 216 del proyecto preliminar.- El contrato es nulo cuando, teniendo de por sí causa lícita, constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa o prohibitiva.

Artículo 217 del proyecto definitivo.- El contrato es nulo cuando constituye el medio para eludir disposiciones imperativas o prohibitivas por la ley o por normas colectivas.

66 Como se regula en el Código Civil de Bolivia:

Artículo 489. Causa ilícita.- La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

67 *Ibidem*, p. 778.

notas de la ilicitud por contrariedad a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, y ni siquiera para configurar una suerte de ilicitud refleja o de segundo grado para ser integrada *ad substantiam* por el requisito subjetivo de la común intención de las partes para eludir la ley, sino para ampliar el concepto de contrariedad a la ley, así como para recomprender en ella también los contratos que alcancen un resultado análogo a aquel que la ley expresamente prohíbe.<sup>68</sup>

Así las cosas, la causa tiene la apariencia de licitud, pero, en sustancia y en último análisis, es ilícita. En ese sentido, el “negocio en fraude a la ley” –que, por lo demás, es nulo al igual que el negocio ilícito en sentido estricto– entra también en categoría de la ilicitud negocial, aunque tomada en sentido lato.<sup>69</sup>

En muchos casos, los contratos en fraude a la ley se asemejan a los contratos simulados. Así, en un pasaje de Paulo sobre la prohibición de donaciones de la *Lex Cincia* se puede encontrar un antecedente del contrato en fraude a la ley: “Paulo: Comentarios á la ley Cincia, libro único.- Obra contra ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido” (D.1.3.29).<sup>70</sup> De acuerdo con la cita precedente, un acto determinado era conforme a las palabras de la ley pero contrario a su espíritu.<sup>71</sup>

Por ello se asevera, dentro del marco normativo del Código Civil alemán, que la “teoría del negocio fraudulento está estrechamente relacionada en la tradición jurídica, con la teoría del negocio simulado”.<sup>72</sup> Por eso sostiene que en el derecho vigente –se refiere al ordenamiento jurídico alemán–:

68 CARRESI, Franco. Op. cit., p. 339.

69 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y Ugo NATOLI. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Tomo I, vol. 2. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto civile* (Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987). Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 912.

70 FLUME, Werner. Op. cit., pp. 419-420.

71 Conformes con tal antecedente: BIANCA, Massimo. Op. cit., nota 42, p. 587. MIRABELLI, Giuseppe. Op. cit., nota 51, p. 168. Conforme: DOMAT, Jean. *Le leggi civili nel ordine naturale*. Eseguita sulla traduzione di Nápoles, rettificata in vari luoghi dal Dottor Giuseppe Andrea Zuliani, Aggiuntavi una di lui analisi sulle Leggi Civili dello Statuto Veneto, Prima edizione Veneta, Venezia, MDCCXCIII, Tomo Primo, Prima Parte, Libro Primo, Titolo I, Sezione V, p. 263: “Las convenciones fraudulentas con justo título se tienen por contrarias a las buenas costumbres, y como consecuencia son nulas”.

72 FLUME, Werner. Op. cit., pp. 420-421.

... resulta del § 117, sobre el negocio simulado para defraudar una prohibición legal, que la ley prohibitiva no puede ser defraudada por el negocio simulado en cuanto que éste es nulo según el § 117.I y el negocio disimulado se somete según el § 117.II a la Ley prohibitiva. En consideración a la regulación legal del negocio simulado y a los principios hoy reconocidos sobre interpretación de la ley, no hay lugar a una teoría especial sobre el fraude a la ley.<sup>73</sup>

Entonces, en Alemania el negocio jurídico simulado es nulo, conforme al primer párrafo del parágrafo 117. No obstante ello, existe una cláusula normativa general que regula el hecho jurídico de la violación de una norma imperativa. El parágrafo 134 señala lo siguiente: “Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la ley”. Es decir, el negocio jurídico simulado, en simulación relativa, es nulo por violar una norma imperativa o prohibitiva en el caso de negocio jurídico en fraude a la ley. De acuerdo con esta interpretación, se asimila la regulación jurídica del negocio jurídico en fraude a la ley a la del negocio jurídico simulado en simulación relativa. Pero el negocio jurídico disimulado será válido porque se le aplicarán las normas correspondientes, conforme al segundo párrafo del parágrafo 117. Es importante indicar que la regulación jurídica de la violación de la norma prohibitiva fue importada textualmente al Código Civil italiano.<sup>74</sup> Ello no ocurrió en el Perú con el artículo 1354 del CC, que a la letra dice: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Es comprobable fácilmente que el hecho jurídico de la violación de una norma imperativa en el CC no fue regulado expresamente, y por consiguiente tampoco su efecto jurídico.<sup>75</sup>

73 Segundo párrafo del parágrafo 117 del Código Civil de Alemania.- Si por medio de un negocio simulado es disimulado otro negocio jurídico, se aplican las disposiciones existentes para el negocio disimulado.

74 En efecto, el legislador italiano reguló una cláusula normativa general consistente en el hecho jurídico que viola una norma jurídica imperativa y el efecto jurídico de la nulidad. (Artículo 1418 del Código Civil de Italia. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario). También el Código Civil italiano reguló dos cláusulas normativas específicas para el hecho jurídico que viole una norma jurídica imperativa. Uno referido al contrato en fraude a la ley (artículo 1344) y el otro referido a la causa ilícita (artículo 1343. Causa ilícita.- La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres).

75 Es evidente que el artículo V del Título Preliminar del CC (es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres) no regula el acto

De allí que el contrato en fraude a ley se divide a su vez en dos contratos: un contrato simulado, que viola una norma imperativa, y un contrato disimulado, que es válido conforme a las normas jurídicas que se eludieron.

Al aplicar el contrato en fraude a la ley al CC debemos considerar las normas sobre simulación relativa. En ese sentido, el contrato simulado será ineficaz en simulación relativa y no nulo. En realidad, el contrato simulado es nulo en simulación absoluta, de conformidad con el numeral 5 del artículo 219<sup>76</sup> del CC.<sup>77</sup> Por el contrario, en el caso de la si-

---

jurídico que viola normas imperativas ni tampoco el numeral 8 del artículo 219 (el acto jurídico es nulo: En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa). Obviamente, tampoco regula su efecto jurídico.

76 En sentido diverso: TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. 2.<sup>a</sup> edición. Lima: Grijley, 2002, p. 118: “El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación”. Esta conclusión sería correcta si el legislador peruano hubiera adoptado el modelo alemán en materia de simulación, tanto en las modalidades de absoluta y de relativa. Pero ello no ha sido así. Textualmente el CC incorporó el modelo italiano en simulación relativa y el modelo alemán en simulación absoluta.

77 En sentido contrario: TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “El negocio jurídico en fraude a la ley dentro del Código Civil peruano”. *Ratio Iuris. El Informativo*. Año I, núm. 1. Revista de los Estudiantes y Bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, noviembre de 1992, p. 44: “En nuestro concepto la violación del sistema jurídico es tan flagrante como en el caso de la causa ilícita, sólo que disimulada, por cuanto no se respetan las normas dispuestas por el ordenamiento jurídico para determinadas figuras negociales, buscando el mismo resultado práctico mediante la celebración de otras figuras, con el único fin de eludir la aplicación de las normas legales aplicables. En conclusión, en materia de negocios fraudulentos la sanción debe ser también la nulidad del negocio, sobre la base de la misma norma de la causa ilícita dentro de nuestro código civil, expresamente contemplada en el inciso cuarto del artículo 219” (*Numeral 4 del artículo 219*.- El acto jurídico es nulo: Cuando su fin sea ilícito). También: ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Contribución al estudio de los negocios fiduciarios”, en ESCOBAR ROZAS, Freddy; LEÓN, Leysyer L.; MORALES HERVIAS, Rómulo y Eric PALACIOS MARTÍNEZ (eds.). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, pp. 483 y 484: “Si el negocio jurídico es nulo (como efectivamente tiene que ser), esto significa que el mismo no produce consecuencia alguna y que las partes no asumen los derechos, obligaciones y demás situaciones jurídicas subjetivas pactadas”; y más adelante dice que la “solución italiana es más coherente. Si el negocio es fraudulento, el ordenamiento debe reaccionar determinando que el intento violatorio de las partes carece de valor y, por tanto, que el resultado que esperaban obtener no se produce en el plano jurídico. De este modo, se impide que se consume la violación y se mantiene el *status* preexistente al del intento transgresor”. Es verdad que el contrato en fraude a la ley contiene un contrato nulo, pero por violación de una norma imperativa. ¿Y cómo queda el contrato que realmente vincula a las partes? Por ello, la legislación y la doctrina italianas no consideran que la causa es ilícita cuando hay un contrato en fraude a la ley sino que la causa se “reputa” ilícita por violación de una norma imperativa.



mulación relativa se aplicarán al contrato disimulado las normas imperativas o prohibitivas que las partes intentaron eludir siempre y cuando el contrato disimulado cumpla con los elementos y requisitos de cualquier contrato y además no afecte el derecho de terceros.

Nótese que el concepto de causa, como causa concreta o función económica individual debe ser el sustento de la explicación que estamos haciendo.<sup>78</sup> Diez-Picazo y Ponce de León dice que:

... [los] autores del fraude realizan una *circunventio legis* o, si se prefiere, una “circunvolución” de la ley; esto es, utilizan un medio indirecto para eludir la aplicación de la norma, tratando de ampararse en otra ley que sólo de manera aparente protege el acto realizado. El mecanismo de la *circunventio legis* presupone la existencia de dos normas: la ley de cobertura y la ley defraudada, de tal manera que para eludir la segunda se busca por un medio indirecto la protección de la primera.<sup>79</sup>

Y añade: “fraude a la ley, como el propio nombre del fenómeno indica, lo que se defrauda no es el ordenamiento jurídico en bloque, sino una ley concreta. Ley que, además, ha de ser considerada en la finalidad práctica por ella buscada”. No hay duda de que el autor da realce a la causa como causa concreta o función económica individual.

La asimilación del contrato en fraude a la ley a la simulación no implica su identificación. Existirán supuestos de contratos simulados que no son contratos en fraude a la ley. Pensemos en el clásico ejemplo de un “contrato simulado de compraventa entre una persona y un amigo complaciente efectuado con el solo fin de sustraer algunos bienes a la ejecución forzada de los acreedores”<sup>80</sup> o en el caso en que “las partes

---

78 Por el contrario, si seguimos el concepto de causa como función económica social no podremos asimilar los contratos en fraude a la ley con los contratos simulados. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 397: “El fraude, y en general la ilicitud, expresa una calificación del interés que determina en concreto la celebración del negocio, valorado en conexión con la causa típica. La simulación, por el contrario, expresa simplemente una divergencia o una aversión entre el interés y la causa”.

79 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones”. *Ius et Veritas*. Año III, núm. 5. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992, p. 12.

80 GALLO, Paolo. Op. cit., pp. 286-287.

declaran de comprar y de vender, pero en realidad la contraprestación no viene pagada y se trata por tanto de una donación”.<sup>81</sup>

Algunas veces se usa la expresión “simulación fraudulenta” para “indicar los casos en que las partes encubren un negocio ilícito bajo la apariencia de uno lícito, según el esquema de la simulación relativa. Se piensa en un contrato de compraventa de cosa futura con que se disimula una donación de bienes futuros, prohibida por el art. 771<sup>82</sup> CC”,<sup>83</sup> o en un contrato de compraventa que disimula una hipoteca sobre bienes futuros, prohibida por el artículo 1106 del Código Civil.<sup>84</sup> En estos casos, según Crisenti, “la simulación no es un medio para eludir la norma, sino para ocultar la violación: es una violación no manifiesta de la ley”.<sup>85</sup>

Entonces, caben dos efectos jurídicos en el caso del contrato en fraude a la ley que contiene dos contratos. El contrato simulado es ineficaz, conforme a los artículos 191 y 194 del CC. El contrato disimulado es válido, pero se le aplicarán las normas imperativas que se quisieron eludir. Por eso, se expresa que es obvio que la medida de la licitud o de ilicitud del contrato se puede normalmente deducir sin más ni más del examen de sus efectos jurídicos, pero a veces estos, siendo conformes a la causa típica del contrato, realizan finalidades ulteriores o diversas de aquellas que directamente les corresponde, y es precisamente en esta hipótesis que puede surgir el problema del fraude a la ley. Esto significa que no necesariamente la sanción debe ser la nulidad, ya que también cabe aplicar al contrato en fraude a la ley justamente los efectos jurídicos de la norma legal defraudada.<sup>86</sup> Como bien asevera Clavería, el contrato fraude a la ley “o cae bajo la sanción de nulidad si hay causa ilícita o prohibición legal; o se mantiene en pie, recibiendo el tratamiento que desearon evitar los contratantes o que pretendió evitar uno de ellos e impuso al otro”.<sup>87</sup>

81 *Ibidem*, p. 287.

82 Primer párrafo del artículo 771 del Código Civil de Italia. Donación de bienes futuros.- La donación no puede comprender más que los bienes presentes del donante. Si comprende bienes futuros, es nula respecto a éstos, salvo que se trate de frutos aun no separados.

83 CRISENTI, Giuseppe. “I contratti in frode alla legge”, en CENDON, Paolo (ed.). *Il diritto privato oggi*. Milán: Giuffrè Editore, 1996, p. 21.

84 Artículo 1106 del Código Civil del Perú.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros.

85 CRISENTI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 21.

86 OSTI, Giuseppe. “Contratto”, en AZARA, Antonio y Ernesto EULA (dir.). *Novissimo Digesto italiano*. Tomo IV. Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1959, p. 509.

87 CLAVERÍA GOSÁLBEZ Luis Humberto. *La causa del contrato*. Studia Albornotiana dirigidos por Evelio Verdura y Tuells. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, pp. 223-224.

El contrato en fraude a la ley ha sido defectuosamente regulado por el Código Civil de España<sup>88</sup> y, lamentablemente, esta equivocación ha influido en varias propuestas de reforma al Título Preliminar del CC peruano: “Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con distinta finalidad. El acto fraudulento es nulo y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.<sup>89</sup> El anteproyecto de enmiendas del 2005 sigue la anterior propuesta en casi los mismos términos: “Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.

Se menciona que un solo acto en fraude a la ley es nulo pero a su vez se le aplicarán las normas que se eludieron. No se entiende cómo un acto es nulo y al mismo tiempo es válido. Debió mencionarse que el contrato en fraude a la ley involucra dos contratos. Uno es ineficaz y el otro es válido. Entonces, el defecto de las normas propuestas comporta aseverar que un solo contrato en fraude a la ley es nulo y al mismo tiempo es válido, de conformidad con las normas imperativas eludidas. La norma española, como las propuestas de reforma, no hacen diferencia si estamos en un contrato simulado o disimulado. ¿Cómo podemos aplicar el efecto jurídico de la nulidad al contrato en fraude a la ley y luego aplicar los efectos jurídicos de las normas jurídicas que se eludieron? La confusión se agrava en la propuesta argentina de reforma de su Código Civil,<sup>90</sup> cuando omite hablar de la nulidad, como sí lo hace la norma

---

88 Artículo 6, numeral 4, del Código Civil de España.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir.

89 “Propuestas de reforma al Código Civil”, en VARIOS AUTORES. *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y enmiendas*. Lima: Instituto de Investigación Jurídico-Notarial/Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 257.

90 Artículo 8 del proyecto argentino de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.- Fraude a la ley. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir. ALTERINI, Aníbal Atilio. *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 88: “El contrato incurre en fraude a la ley cuando se dan estas circunstancias: 1. Frustra una regla legal que lo prohíbe. 2. Es celebrado con intención de producir esta frustración, vale decir, tiene *finalidad fraudulenta*”.

española. Si seguimos esta regulación del contrato en fraude a la ley, sin mencionar su efecto jurídico, incurriremos en el error de aplicar solamente sanciones<sup>91</sup> a la celebración de contratos en fraude a la ley.

Nuestra argumentación tiene respaldo en las normas laborales peruanas. El contrato laboral simulado sujeto a modalidad es ineficaz, pero será válido el contrato laboral disimulado de duración indeterminada;<sup>92</sup> el contrato de formación laboral juvenil y de prácticas preprofesionales es ineficaz, pero será válido el contrato de trabajo.<sup>93</sup>

Como sostienen Zatti y Colusi, las normas que regulan el contrato en fraude a la ley también se aplican al

Despido de un trabajador, seguido de una inmediata reasunción y efectuado con el propósito de eludir las normas sobre el cálculo de la liquidación en base a la última remuneración (esto se verifica con mucha frecuencia con los trabajadores domésticos, y para otros trabajadores no protegidos contra el despido sin causa justa).<sup>94</sup>

91 Por ejemplo el contrato en fraude a la ley tendría solo una aplicación sancionatoria: Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.- En caso de simulación o fraude, a efectos de acceder a los beneficios de la presente Ley, se aplicarán las sanciones previstas en la legislación vigente. Artículo 5 del Decreto Supremo 009-2003-TR, Reglamento de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.- De la acreditación de las MYPE. Las MYPE acreditarán su condición para los fines de la Ley y demás normas y procedimientos que requieran tal acreditación, mediante una Declaración Jurada, sujeta a fiscalización posterior por la entidad receptora.

La entidad receptora reportará mensualmente a la Dirección Nacional de la Micro y Pequeña Empresa o Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo que corresponda la relación de las MYPE declarantes, para los fines establecidos por la Tercera Disposición Complementaria.

En caso de simulación o fraude a efectos de acceder a los beneficios de la Ley, se aplicarán las sanciones previstas en el numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Sin perjuicio de ello en el caso de contrataciones y adquisiciones del Estado, se aplicarán las sanciones previstas en la legislación de la materia.

92 Artículo 77, inciso d), del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

93 Artículo 7, inciso f), del Decreto Supremo 001-96-TR, Reglamento de la Ley del Fomento al Empleo.- Se desnaturalizan los Programas de Formación Laboral Juvenil y de Prácticas Preprofesionales y se entiende que existe relación laboral en los siguientes casos:

Cuando el participante demuestra la existencia de simulación o fraude a la Ley y su Reglamento.

94 ZATTI, Zatti y Vittorio COLUSI. *Lineamenti di diritto privato*. 9.<sup>a</sup> edición. Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003, p. 489.

El efecto jurídico del contrato simulado en un contrato en fraude a la ley es la ineficacia. Por el contrario, el efecto jurídico del contrato disimulado en un contrato en fraude a la ley es la aplicación de las normas jurídicas imperativas eludidas.

En opinión de Crisenti, “Se puede decir ahora que la propuesta teórica actualmente más creíble es aquella que piensa en el fraude a la ley como una cláusula general, en la cual su uso sea guiado por precisas directivas, para conducir a resultados satisfactorios en la lucha contra las elusiones”.<sup>95</sup> De esta manera –continúa– la “nulidad de los actos en fraude a la ley debería significar ineficacia de los mismos para producir el efecto elusivo que las partes se proponen, y esto en el sentido que el juez podrá libremente superar o desatender para aplicar la norma que se intentaba eludir”.<sup>96</sup> Y concluye: “Se entiende cómo en el caso de normas que imponen efectos jurídicos, la sanción de fraude consiste precisamente en la aplicación de la norma elusiva”.<sup>97</sup>

¿Debemos considerar que el “contrato en fraude a la ley” debe ser regulado y aplicado como una “cláusula normativa general”? Se ha dicho, con razón, que las “cláusulas normativas generales”<sup>98</sup> “representan una técnica de legislación, que se concreta en una remisión legal al juez a criterios sociales o metajurídicos nominados para la resolución de un supuesto planteado”.

La técnica legislativa de la “cláusula normativa general” es demasiado vaga y por eso nuestra propuesta es aplicar las reglas de la simulación relativa a los contratos en fraude a la ley usando el concepto de causa concreta o de función económica individual, para así evitar una aplicación analógica de la prohibición.<sup>99</sup> Esta solución se formulará para las reglas del Código Civil y también para otras legislaciones, como la tributaria y la laboral.<sup>100</sup>

---

95 CRISENTI, Giuseppe. Op. cit., p. 32.

96 *Ibidem*, p. 294.

97 *Ibidem*, p. 295.

98 LEÓN, Leysser. “La reforma del Código Civil vista en serio”. *Normas legales. Doctrina, jurisprudencia, actividad jurídica*. Vol. II. Trujillo: Normas Legales, 2003, p. 23: “Los estudiosos italianos –que se han interesado por esta técnica desde mediados del decenio 1960-1970– consideran que las ‘cláusulas normativas generales’ (*Generalklauseln*, en plural) –prefiero esta traducción castellana a calcar la italiana *clausole generali*– son ‘normas incompletas’ o ‘fragmentos de normas’ que ‘imparten al juez un criterio, una directriz para la búsqueda de la norma de decisión: son una técnica de formación judicial de la regla a aplicar al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por una hipótesis normativa abstracta’ (MENGONI, 1987), p. 10; a quien siguen GUARNERI, 1998, p. 403, y D’AMICO, 2003, p. 336”.

99 TRIMARCHI, Pietro. Op. cit., p. 205.

100 TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., p. 136.

## CONCLUSIÓN

Es importante que los operadores jurídicos logren utilizar el método sistemático, que involucra los métodos histórico, dogmático y comparado, en lugar de la aplicación exclusiva del método exegético. Al respecto, Irti manifiesta:

... la escuela exegética, dominante por la unificación política de 1880 o poco después, se resuelve en una lectura explicativa de los códigos. También en los tratados más serios y rigurosos, que se separan del vínculo de texto y del orden numérico de los artículos, el conocimiento del método es escaso o inexistente. Lo cual permite por el contrario la escuela sistemática ya en su propia naturaleza: que es de establecer una diversa relación con el texto legislativo, de medir el tiempo del intérprete y el tiempo de la norma, de sacar del dato, o de imponer a él, una firme logicidad.<sup>101</sup>

Debemos “desvincularnos del texto” de una norma jurídica cuando existen contradicciones lógicas en el mismo.

Los operadores jurídicos se encuentran ante una “aparente disyuntiva” de elección entre las teorías de la nulidad o de la ineficacia del contrato simulado. Optar por una o por otra será determinante para proponer o resolver controversias jurídicas acordes con los intereses de las partes contratantes de los contratos simulados y de los terceros perjudicados.

Decimos “aparente disyuntiva” porque todo hace suponer –como pensamos haberlo demostrado– que la teoría de la nulidad del contrato simulado es insostenible en nuestro sistema jurídico, a menos que queramos parecernos a los mexicanos y a los bolivianos en cuanto a su regulación jurídica sobre la simulación. No caigamos en la mediocridad de repetir conceptos y normas sin saber su origen y su aplicabilidad.

Por último, ¿sirve de algo<sup>102</sup> establecer si el contrato simulado es nulo o ineficaz? Concluyentemente aseveramos que es importante deter-

101 IRTI, Natalino. “La polemica sui concetti giuridici”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Año 1, núm. 1. Milán: Giuffrè Editore, marzo del 2004, p. 10.

102 COHEN, Félix. *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 133: “La perspectiva de determinar las consecuencias de una norma jurídica dada, parece ser una tarea infinita, y lo es, en verdad, a menos que la abordemos con algún criterio de selección que indique qué consecuencias son”.

minar su nulidad o su ineficacia, con el fin de aplicar las reglas de uno u otro régimen, pero sobre todo para aplicar las reglas pertinentes de transferencia de propiedad, de protección a los terceros perjudicados y de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones o de la responsabilidad extracontractual.

De allí que los métodos histórico, dogmático y comparado otorgan una visión más amplia de la experiencia jurídica. Un razonamiento jurídico que prescindiera de tales métodos está destinado al fracaso.