



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

**LA SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL
NEGOCIO JURÍDICO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO
DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL**

GONZALO ORTIZ HIDALGO
CÓDIGO: 20090714

Asesor
Dr. Gilberto Mendoza del Maestro

San Miguel, 2016





A mi Lucianita Belén, por regalarme cada día su sonrisa y ser el mejor incentivo para ser una mejor persona. A mi linda esposa y padres por el valioso aporte en mi formación personal. Sin duda, tengo una deuda eterna e impagable.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
Aspectos conceptuales a considerar	
1. La simulación en el Derecho Romano	6
2. La simulación en los Códigos Civiles Peruanos	7
a) En el Código Civil de 1852	
b) En el Código Civil de 1936	
c) En el Código Civil de 1984	
3. El tratamiento de la simulación en los Códigos Civiles extranjeros	21
4. Pronunciamientos judiciales referidos a la simulación Absoluta de los negocios jurídicos	22
5. Los principales conceptos en materia de simulación	
Concepto de negocio jurídico	26
Ineficacia estructural e ineficacia funcional	28
Concepto de negocio jurídico simulado	29
Características de la simulación	34
Clases de simulación	37
Calificación ética de la simulación	38
Teorías sobre la simulación	39
Simulación lícita e ilícita	41
La simulación en el sistema jurídico francés	43
La simulación en el sistema jurídico alemán	46
La simulación en el sistema jurídico italiano	49
El fraude en el negocio jurídico	50
La reserva mental	51
La invalidez del contrato simulado	53
Simulación y Falsedad	55
Simulación por interpósita persona	55
Efectos de la simulación entre las partes	59
El contradocumento	60
Criterios de interpretación de la voluntad	62

CAPITULO II

La simulación como mecanismo de creación de apariencia negocial y de sus efectos

1. La simulación del negocio jurídico: un mecanismo para Generar un supuesto de apariencia negocial	61
2. La simulación del negocio jurídico no constituye un Supuesto de ausencia de fin	71
3. Sobre la causa simulandi	75
4. De los efectos del negocio jurídico simulado	78
5. Sobre la inexistencia o no del negocio jurídico simulado	86
6. Un problema social: La inseguridad y la simulación como un mecanismo de apariencia negocial con cierto beneficio	92
7. Diferencias entre la simulación absoluta lícita y los casos de simulación relativa por interpósita persona	98

CAPITULO III

De los fundamentos para no considerar nulos aquellos negocios jurídicos con simulación absoluta

1. Del reconocimiento legislativo a los efectos jurídicos derivados de los negocios jurídicos simulados	100
2. La simulación: expresión de la autonomía privada	106
3. La utilidad del negocio jurídico simulado que no afecta intereses ajenos	109
4. Los supuestos de simulación absoluta no deben afectar al Fisco	110

CAPITULO IV

Reflexiones finales y conclusiones	
El posible aporte de la presente investigación	112
Conclusiones	121
Bibliografía	125

INTRODUCCIÓN

La presente Investigación se desarrollará dentro tema referido a la “Simulación Absoluta del Negocio Jurídico” el mismo que está ubicado en el Libro II de nuestro Código Civil Peruano de 1984. En ese sentido, el Título de la presente investigación se denomina: “El reconocimiento de los efectos jurídicos de algunos negocios celebrados con simulación absoluta”.

Esta figura jurídica civil también la podemos encontrar en el Libro VIII del referido Código en lo referente al plazo de prescripción que se tiene para poder iniciar una acción judicial por daños y perjuicios para las partes de la violación de un acto simulado. El tema elegido no es una figura civil nueva que haya existido por primera vez en el Código en mención; en tal sentido, tenía una regulación en el Libro V del Código Civil Peruano de 1936; asimismo, estuvo regulada para los contratos de compra venta en el artículo 1329° del Código Civil de 1852.

Nuestro Código Civil Peruano vigente regula en el artículo 190° la figura de la simulación absoluta refiriéndose que a través de ella se aparenta celebrar un negocio jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo. Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico civil establece –como remedio negocial- que el negocio jurídico celebrado con simulación absoluta es nulo, así lo expresa el artículo 219° inciso 5 del indicado Código. Consecuentemente, se reconoce legislativamente la invalidez de dicho negocio jurídico y, por tanto, en principio no se le reconocen efectos jurídicos al mismo. A esto debemos agregar que acorde con la reglamentación establecida en los artículos 193° y 220° del Código Civil, la acción para poder solicitar la nulidad del negocio simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes, por el tercero perjudicado, por quien tenga interés, por el Ministerio Público e incluso puede ser declarada de oficio por cualquier Juez cuando considere que la simulación absoluta (entiéndase como supuesto de Nulidad) resulte manifiesta. No obstante ello, debe también considerarse el artículo 193° del Código Civil, norma que establece que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según sea el caso.

Sobre el particular, es un hecho real (y en el ejercicio de la profesión así se aprecia) que en el día a día las personas naturales y jurídicas en nuestro país celebran “negocios jurídicos con simulación absoluta”, en muchas ocasiones como un acto fraudulento, es decir, para ocasionar un perjuicio a terceros (para evadir impuestos, para perjudicar a un acreedor, para perjudicar la sociedad de gananciales, etc.), sin embargo, existen también casos en los cuales ese tipo de

negocios son celebrados por las partes sin ningún ánimo malicioso, esto es, sin la intención de generar un perjuicio a terceras personas. Por ejemplo, cuando un empresario no quiere ostentar mucho patrimonio debido a la ola de inseguridad que se vive actualmente en nuestro país, lo que hace muchas veces es tener sus bienes a nombre de terceras personas (transfiere su propiedad a un familiar, persona cercana u otra persona de confianza), para así no ser víctimas de las diversas organizaciones delictivas y/o criminales, por cuanto, es de público conocimiento la débil actuación de las autoridades frente al problema social de la inseguridad nacional; entonces, se terminan celebrando negocios jurídicos con simulación absoluta (generando con ello una situación de apariencia negocial), sin embargo, como se aprecia, estos son realizados sin ningún ánimo fraudulento, esto es, no se busca perjudicar a ningún tercero, ni vulnerar alguna norma jurídica.

Ahora bien, no obstante este tipo de negocios que podríamos calificarlos como “leoninos” y “con un propósito lícito o justificable” no son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto, tales negocios jurídicos son sancionados a través del remedio de la nulidad, por ende, son inválidos y no se les reconoce efecto legal alguno.

Así una muestra de ello lo es la Casación No. 1128- 97, Ucayali, El Peruano, 17-03-1999, p.2801, en la que se estableció que: “El artículo 190° del Código Civil establece que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando realmente no existe la voluntad para celebrarlo; por tanto, para ello se requiere de la existencia de tres presupuestos; disconformidad entre la voluntad real y la manifestación; concierto entre las partes para producir el acto simulado, y el propósito de engaño”.

En ese sentido, se advierte que la concepción que se hace sobre la simulación absoluta –el cual es sancionado con nulidad- no considera el perjuicio a terceros o la vulneración de normas legales; esto es, la simulación absoluta *per se* es sancionada con nulidad cuando se presentan tres elementos o supuestos requisitos: la ausencia de voluntad para celebrar el negocio jurídico, el acuerdo simulatorio y el propósito de engaño. Recordemos que la nulidad es la forma más grave y/o severa de invalidez en los negocios jurídicos.

El fundamento para considerar nulos tales negocios jurídicos, tiene diversas justificaciones, siendo tal vez la primordial el hecho concreto de la falta de manifestación de voluntad en el negocio jurídico con simulación absoluta, pues, en definitiva existe una disociación entre la voluntad declarada y la voluntad interna, lo que comúnmente denominan “apariencia contractual”, empero ello no es del todo cierto; por ello coincidimos con lo indicado por el Dr. Lohmann Luca de Tena, quien señala que: “Es evidente, en todo caso que la celebración del

negocio sí responde a una real existente voluntad: precisamente la de celebrarlo para simular y esto siempre es mencionado (artículo 219.5. C.C). Lo que no se corresponde con la voluntad real es el contenido que se declara y, por ende, el efecto o resultado práctico y jurídicamente exigible que se derivaría de tal negocio (...).”¹

Sin embargo, más allá de la regulación legislativa actual, consideramos que se debe hacer una reflexión sobre las razones que podrían justificar que un negocio jurídico simulado que no ocasiona ningún perjuicio a terceros ni vulnera alguna norma legal, tendría que ser considerado nulo *per se*, toda vez que de no haber ninguna razón idónea, tales negocios no debieran ser afectados por el remedio de la nulidad, por el contrario, podrían tener una utilidad que justifique su existencia y, por ende, el reconocimiento de determinados efectos legales entre las partes que celebran el negocio simulado y respecto de terceros.

En atención a lo anterior, el objetivo de la presente investigación es estudiar los orígenes de la figura jurídica de la simulación absoluta, analizar su desarrollo, su conceptualización y evolución en el tiempo (incluyendo su desenvolvimiento en nuestra realidad nacional), no sólo en el derecho peruano, sino también comparado. Ello permitiría sustentar el porqué los negocios jurídicos con simulación absoluta que no afectan intereses de terceros ni vulneren normas jurídicas, no deberían ser considerados nulos. Así por ejemplo, podemos señalar en forma anticipada, que el artículo 1094° del Código Civil Peruano de 1936 establecía que “*La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito*”. Se trataba entonces de un acto que no era sancionado con el remedio negocial de la nulidad.

En suma, advertimos que ya el antecedente legislativo civil peruano estableció una regulación diferente, que nos sirve de base para el cuestionamiento que planteamos a la actual regulación de la simulación absoluta en los negocios jurídicos, razón por la cual consideramos que en los tiempos actuales la figura jurídica civil de la simulación absoluta que no perjudica a terceros ni vulnera dispositivos legales, debe tener un nuevo enfoque acorde, más aún cuando podría ser de cierta “utilidad” para afrontar serios problemas como la inseguridad nacional que parece nuestra sociedad actual, siendo esto último la justificación de nuestra investigación.

Acotamos adicionalmente, que existen otros ordenamientos jurídicos en las cuales se reconoce la postura que se plantea en la presente investigación, tales como Francia y Argentina, en las

¹LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo (1994) *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, p. 369.

cuales la simulación absoluta que no afecta normas de orden público ni intereses de terceros no están afectados por el remedio de la nulidad. En menor medida por ejemplo, Italia regula la figura de la simulación como un supuesto de ineficacia.

En este punto, consideramos importante referir que en el Derecho Romano se reconocía la existencia de la simulación, empero la simulación “mala” o ilícita era considerada dentro de la figura del “dolo”, es decir, como vicio de la voluntad. En ese sentido, señala el Dr. Eduardo Gomes Santa María: “El engaño tiene lugar siempre que una de las partes o ambas alteran o encubren la verdad, o dan a sus actos cierta apariencia contraria a ella (47): poco importa en este caso que la intención sea buena o mala; pero en este último supuesto, la simulación toma el carácter de dolo.”² Por lo indicado, se puede afirmar que la figura de la simulación era tratada desde la época del derecho romano.

Lo sostenido líneas arriba, permite realizar la siguiente interrogante como descripción del problema:

¿Deben considerarse nulos los negocios jurídicos celebrados con simulación absoluta que no afecten intereses ni derechos de terceros ni vulneran dispositivos legales?

Frente a dicha interrogante nuestra hipótesis a trabajar en la presente investigación, es la siguiente: “Hay sustento para no considerar nulos aquellos negocios jurídicos celebrados con simulación absoluta, en la que no se afectan intereses de terceros ni dispositivos legales.

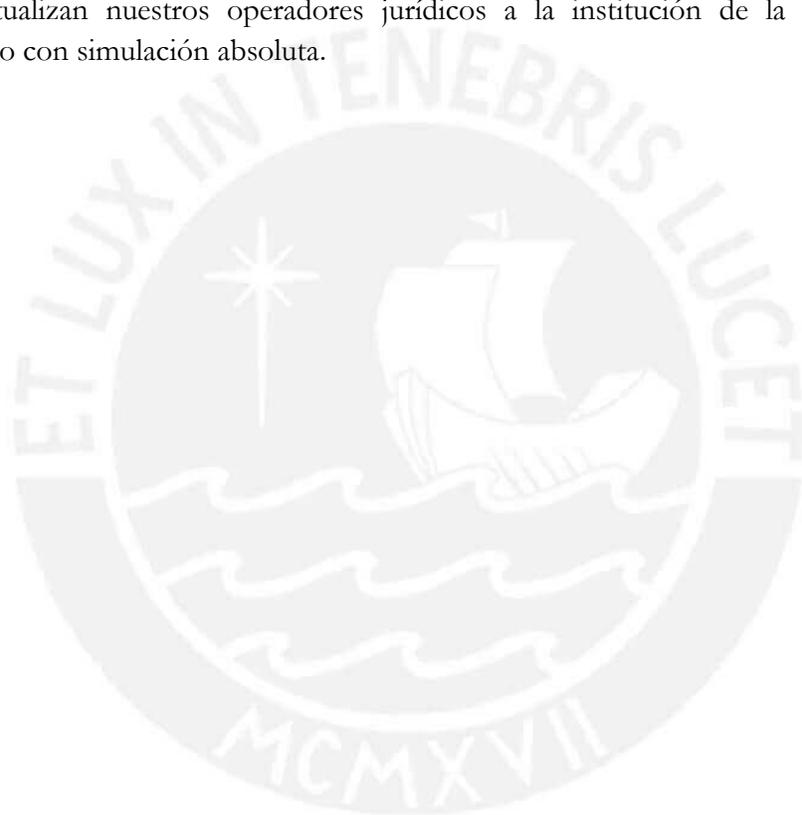
Estando a la naturaleza del problema planteado, de nuestra interrogante y de la hipótesis indicada en el punto anterior, consideramos que los métodos a utilizarse serán los siguientes:

Método dogmático: Este constituye un método medular, toda vez que nos permitirá analizar los conceptos y teorías que existen sobre la simulación de los negocios jurídicos.

²GOMEZ SANTA MARIA, Eduardo (1847) *Manual de Derecho Romano*. Madrid: Imprenta de don José María Alonso, p. 178.

Método exegético: A efectos de determinar cuál es la regulación de la figura legal de la simulación de los negocios jurídicos, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, así como en otros ordenamientos extranjeros. Se analizarán además los antecedentes legislativos que influyeron en nuestros legisladores peruanos, desde una perspectiva actual e histórica.

Método funcional: A fin de conocer si en la realidad y concretamente en la jurisprudencia se reconocen determinados efectos a aquéllos negocios jurídicos celebrados con simulación absoluta, en la que no se afectan intereses ni derechos de terceros y que a su vez no vulneran normas vigentes. Este método nos permitirá conocer además qué es lo que entienden y/o cómo conceptualizan nuestros operadores jurídicos a la institución de la simulación del negocio jurídico con simulación absoluta.



CAPITULO PRIMERO

“Aspectos conceptuales importantes a considerar”

En este primer capítulo se incluye una reseña de cómo ha evolucionado la figura de la simulación en nuestro sistema jurídico, una referencia comparativa con otros ordenamientos legales; asimismo, se incorporan las principales definiciones y posturas doctrinarias del negocio jurídico simulado, así como también las posiciones doctrinarias que coadyuvan a la presente investigación, finalmente se citarán algunas sentencias judiciales que permiten concluir cuál es el estado de la cuestión a nivel jurisdiccional

1. La Simulación en el Derecho Romano:

Como se dijo en la parte introductoria de la presente investigación, en el Derecho Romano se reconocía la figura de la simulación. En esa misma línea, señala el Dr. Leysser León que en el Derecho Romano, en efecto, existía una regulación sobre la simulación en los siguientes términos:

*(...) nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur” (Digesto, 18.1.55), o sea que “nuda e imaginaria venta se tiene por no hecha, y por consiguiente tampoco se entiende hecha la enajenación de la cosa. Si bien los romanistas aclaran que en la fuente romana “*imaginaria venditio*” es, en realidad, una especie de compra en la que no se paga ningún precio a cambio de la cosa, en el entender general la máxima se interpreta (y es invocada) con el significado de una negación de la validez de los contratos aparentes en general, por el sólo hecho de ser actos no correspondientes a la realidad, es decir sin prestar atención al plano de la voluntad de las partes.³*

Un aspecto importante a considerar en este punto es lo indicado por el Dr. Ferrara, quien comentando la regulación de la simulación en el derecho romano, señala que no se analizaba desde la perspectiva de la ausencia de la voluntad (aspecto psicológico), “sino que se detenían en una concepción material y objetiva: el negocio simulado es nulo por no ser verdadero, por no corresponder a la realidad”⁴

³LEÓN HILARIO, Leysser (2013) *Los negocios Jurídicos Simulados. Introducción a su régimen normativo y praxis en el derecho peruano*. p. 19 Inédito.

⁴FERRADA, Francisco (1960) *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 41 y 44.

Entonces un primer aspecto a considerar es que dentro del Derecho Romano, los negocios jurídicos simulados eran considerados nulos, pero no porque era relevante la existencia de una voluntad para contratar (o la discordancia de la voluntad interna con la voluntad declarada), sino porque en sí misma no guardaba relación con la realidad, esto es, la figura de la simulación era analizada más desde un plano objetivo que subjetivo, desde la perspectiva de la seriedad de la declaración (*simulatus, factus, imaginarius nudus*). En ese contexto, los negocios simulados al ser nulos no podían producir efectos jurídicos de ningún tipo.

2. La Simulación en los Códigos Civiles Peruanos:

a) El Código Civil de 1852.-

Este Código no incorporó en su contenido la teoría del Acto o Negocio Jurídico, esto se habría producido debido a que el Código Francés de 1804 (que influyó en los legisladores de la época) tampoco la regulaba en sus orígenes. En ese sentido comenta el Dr. Fernando Vidal Ramírez: “Como ya lo hemos advertido, la formulación teórica del acto jurídico fue posterior al Code Napoleón pues éste no lo conceptuó ni lo reguló. Sus redactores estuvieron fuertemente influidos por la idea de que todo derecho u obligación tenía su fuente inmediata en la ley. Además como ya lo hemos señalado, El Code Civil adoptó como concepto genérico el de la convención.”⁵

La afirmación descrita en líneas precedentes también es reconocida por el Dr. Francisco García Sayán, quien al respecto señala: “Siguiendo con el modelo del *Code*, nuestro primer cuerpo de leyes privadas no legisló acerca del acto jurídico.”⁶

En virtud a lo antes referido y en relación al tema específico de investigación, se puede colegir que no puede hablarse de una regulación sistemática de la figura civil de la “Simulación” de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano de 1852. Sin embargo, dicho Código reguló un supuesto de simulación, ello en el artículo 1329° del referido Código en la que se estableció que “la venta simulada era nula”. En esa misma

⁵VIDAL RAMIREZ, Fernando (1996) “*Instituciones del libro del Acto Jurídico*” En ARANIBAR FERNANDEZ-DAVILA, Gabriela y otros. *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica)*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, p. 572.

⁶GARCÍA SAYÁN, Francisco Mareyra (2005) *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 36.

línea, en el artículo 1253° del mismo cuerpo normativo, se reguló que “era nulo el contrato sin tener una causa o con causa falsa o ilícita. Asimismo, en el artículo 1744° se reguló que “las obligaciones que nacen de una pérdida de juego disfrazadas bajo una forma legal, son nulas”.

Como se puede colegir, existía un tratamiento legislativo, en virtud al cual se consideraba “nulo” los negocios jurídicos celebrados con simulación; no haciéndose distinción alguna sobre la simulación absoluta o relativa. Esta forma de tratamiento a la figura de la simulación, tenía como base lo establecido en el artículo 1325 del Código bajo comentario (norma contenida en el título III), en la cual se estableció que los requisitos de validez de los contratos eran los siguientes:

- a) El consentimiento de las partes.
- b) La capacidad para contratar
- c) Cosa cierta que sea materia de contrato
- d) Causa justa para obligarse

Bajo ese contexto, interpretamos que el remedio negocial de la nulidad era aplicado a los negocios jurídicos simulados, en la medida que no había “consentimiento válido entre las partes” ni una “causa justa para obligarse”, ello acorde con los requisitos de validez regulados en la época.

El antecedente legislativo siguiente a esta Código lo es el proyecto del Código Civil para la República del Perú de 1847. En este proyecto se estableció en el Tercer Libro una regulación sobre los contratos civiles y las obligaciones, pero tampoco existió regulación alguna respecto de la figura del Acto Jurídico. Sobre la vigencia de este Código señala el Dr. Carlos Ramos Núñez: “(...) Fenecido el gobierno de Castilla e instaurado el de Echenique, como por encanto de esa fe en la Corte Suprema se desvaneció. Así, el Código Civil Promulgado por el régimen de Echenique borró de un plumazo la figura del *referélegislatif*. Las reglas no serían otras que las estipuladas en el Código Civil y, específicamente, en el Título Preliminar.”⁷

⁷RAMOS NUÑEZ, Carlos (2001) *Historia del derecho peruano Siglos XIX y XX. Tomo II La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 276 y 277.

Por su parte, el Dr. Jorge Basadre, al comentar sobre el Código Civil Peruano de 1852, refiere el contexto y la conducta que tuvieron los operadores jurídicos de la época, siendo resaltante citar lo siguiente:

“(…) cabe llegar a la conclusión de que, inmediatamente antes de entrar en vigencia el Código Civil de 1852 y en el momento en que el Código convivió con el Derecho que inmediatamente le precediera, los tribunales trataron de armonizar según las conveniencias y características del país, La constitución republicana la tradición colonial, las doctrinas del Derecho Romano y las ideas nuevas llegadas de España o Francia. Procuraron el predominio de la razón y paz social. No cortaron, ni desviaron, ni precipitaron, ni detuvieron el progreso nacional.”⁸

De otro lado, debemos precisar que aún durante la vigencia del Código Civil de 1852, en el año de 1912 entró en vigencia el Código de Procedimientos Civiles del año 1912, el mismo que en su artículo 411° reguló textualmente lo siguiente: “*Los contra documentos privados que destruyan o enerven el valor de una escritura pública no producen efecto contra los sucesores de los otorgantes a título particular*”.

Si bien es cierto que la norma antes indicada en el párrafo anterior, se trató de una norma de contenido netamente procesal, también es cierto que en el campo sustantivo tuvo una importancia significativa en relación a la protección de los intereses de “los terceros de buena fe”, regulación que ciertamente se mantiene hasta nuestros días. En tal sentido, comenta el Dr. Leysser León:

No obstante la mención de los “sucesores de los otorgantes” y no de los terceros en general, esta norma cubrió en la práctica, el vacío generado por la ya remarcada ausencia en el Código Civil de 1852 de una disposición equivalente a aquella que el Código napoleónico priva de eficacia a las contre-lettres, y que ha constituido la base del desarrollo teórico y jurisprudencial de la simulación en el ordenamiento francés.

En el siglo XX, en efecto, nuestros magistrados dan aquella innovadora norma del Código de Procedimientos Civiles un valor equivalente al de la regla afrancesada omitida en el Código Civil de 1852. Por lo tanto, a menos que se perjudicaran derechos de terceros, las contraescrituras se consideraban válidas, eficaces y oponibles.⁹

⁸ BASADRE GROHMANN, Jorge (1984) *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Atenea, p. 390.

⁹ LEÓN HILARIO, Leysser, op. cit., pp, 25-26.

En virtud de lo antes señalado, podemos concluir en los inicios de vigencia del Código Civil de 1852, la simulación tenía una incompleta regulación en el tema de la simulación, sin embargo, diversos dispositivos del mismo, permiten afirmar que su tratamiento era de aplicación del remedio negocial de la nulidad. Años después dicho código fue complementado con la regulación contenida en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en cuyo artículo 411° se estableció que las contraescrituras sobre negocios jurídicos celebrados con simulación se consideraban válidas, protegiéndose además los derechos e intereses de los terceros. Nos lleva a reflexión lo antes indicado, toda vez que si las contraescrituras de negocios jurídicos se consideraban válidas -cuando no afectaban a terceros-, entonces podríamos afirmar que los negocios jurídicos simulados que no afectaban a terceros podrían ser considerados válidos, máxime si con el Código de Procedimientos Civiles importó a nuestro país la regla de Francia, en la cual la simulación es “neutra”.

b) El Código Civil de 1936.-

Este Código incorporó por primera vez en nuestra legislación civil una regulación sobre los negocios jurídicos. En ese sentido, la Sección Primera del Libro Quinto se denominó “De los actos jurídicos” (El indicado Libro se tituló “Del derecho de obligaciones”). A su vez, se reguló también por la figura civil de la Simulación de los Actos Jurídicos, esto en el título tercero de dicha sección. La regulación estuvo compuesta de cuatro artículos.

Dentro de los principales dispositivos que consideramos útiles para la presente investigación, debemos indicar los siguientes:

El artículo 1094° de este Código establecía lo siguiente “*La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito*”.

Por su parte, el artículo 1095° reguló lo siguiente: *Los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley, o de perjudicar a un tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado si fuere real y permitido*.

En la exposición de motivos del indicado Código se dejó establecido que la simulación era una figura jurídica lícita, ello siempre que con ello no se incurra en un fraude a la ley o se perjudique a un tercero, tomándose como un punto de partida el principio que garantiza la libre actividad de los individuos.

Esta es la regulación principal sobre la simulación en los negocios jurídicos; de la cual se puede colegir que se reconocía legislativamente la validez de dichos negocios jurídicos y, por tanto, el reconocimiento de sus efectos jurídicos, siempre que no perjudiquen a nadie

ni tengan fines ilícitos; en caso contrario, el negocio era anulable, tal como lo establecía el artículo 1125° inciso 2 de dicho Código, la cual establecía:

Artículo 1125.- El acto jurídico es anulable:

1.- Por incapacidad relativa del agente;

*2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia, intimidación, **simulación** o fraude.*

El acto anulable podía ser objeto de confirmación, conforme lo establecía el artículo 1132° del Código Civil Peruano, el cual señalaba que: “*El acto anulable puede ser confirmado, salvo el derecho de tercero*”. Bajo el contexto legislativo en mención, podemos concluir que el legislador peruano consideró –en forma indirecta- que aquellos negocios jurídicos con simulación absoluta que respondan a cierta utilidad y que no perjudiquen a nadie ni vulneren alguna norma legal, no podían ser afectados con el remedio de la nulidad. Así por ejemplo si Juan era dueño de dos fincas (A y B) y para evitar alguna extorsión o pillaje podría transferir simuladamente una de sus fincas (Finca B) a Pedro, siendo este negocio “ciertamente existente”, de tal manera que si luego Saulo (vecino de Juan) quiere comprar la Finca B a Juan (sabiendo que está a nombre de Pedro), podría comprarlo, pues, al ser un negocio jurídico simulado (el de Juan y Pedro) que no afectaba a nadie ni vulneraba ninguna norma, no era sancionado con nulidad por nuestro ordenamiento jurídico.

En este punto es importante señalar que en la práctica era muy confuso la aplicación del remedio negocial de la anulabilidad, toda vez que en la doctrina de la época se señalaba que en realidad correspondía sancionar los negocios simulados en forma absoluta con la nulidad y no la anulabilidad; por lo que se consideraba un error lo regulado en el artículo 1125 inciso 2; de hecho esta confusión se trasladó inclusive al fuero jurisdiccional, en la cual se emitieron pronunciamientos opuestos, unas veces, declarándose la anulabilidad y, otras veces, declarándose la anulabilidad, tal como se demuestra a continuación:

Ejecutoria suprema del 22/10/1946 “Es anulable el contrato de compra venta si se demuestra que ha sido simulado y con el objeto de dañar los derechos del cónyuge vendedor”. (A.JJ.1946, 347 y ss)

Ejecutoria suprema del 22/10/1946 “Es nula la venta celebrada por el hijo con su madre, por precio no recibido, para burlar los efectos de una sentencia que manda pagar alimentos”.¹⁰

Ahora bien, sobre la influencia que tuvieron nuestros legisladores peruanos para establecer una “simulación neutra”, podemos referir a la legislación contenida en el Código Civil Argentino, la misma que en su artículo 957, regula: “*La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*”. Como se aprecia la regulación del Código de Velez Sarfield fue importada por los legisladores peruanos sin hacer ninguna variación.

El Dr. Leysser León afirma la influencia antes acotada, señalando que las fuentes aparecen citadas en: “COMISIÓN REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL, Segundo Anteproyecto del libro quinto del Código Civil del Perú, publicada por la Imprenta Minerva de Lima, en 1926, p.6-7. En relación con el artículo 1094 (30° del Anteproyecto citado) se señalan como fuentes los Códigos de Argentina y Brasil, además del francés (...)”¹¹

Continúa señalando al respecto el Dr. Leysser León:

Aunque Vélez Sarfield no indica el origen de este precepto, transcrito por los codificadores del Perú, su fuente podría haber sido el Esbozo de Freitas, cuyo artículo 523 señala: “no habrá simulación en los actos jurídicos, para efectos de viciarlos, a menos que en cualquiera de los casos de los artículos precedentes, haya habido mala fe, esto es, intención de perjudicar a terceros o de violar disposiciones de la ley. El codificador argentino menciona en sus notas, asimismo, haber tomado en cuenta la opinión de los exegetas del *Code Napoléon*, que –como he anotado ya- desarrollaron la simulación sobre la sola base del artículo 1321.”¹²

¹⁰ CASTILLO CASTILLO, Víctor R. (1963) *Simulación de los actos jurídicos*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho., p. 139.

¹¹ LEÓN HILARIO, Leysser, op. cit., p. 30.

¹² Ídem, p. 30.

En ese sentido, podemos colegir que el legislador argentino tuvo no sólo la influencia del *Code*, sino también de la legislación civil de Brasil, en la cual tampoco se sancionaba con nulidad aquellos negocios jurídicos simulados que no afectaran derechos de terceros o normas legales; en consecuencia, vamos advirtiendo que lo planteado en la presente investigación no es una posición aislada, toda vez que ha sido recogida en importantes legislaciones como Francia, Argentina y Brasil.

De otra parte, al comentar los alcances de la Simulación del Acto Jurídico en el Código Civil de 1936, comenta el Dr. Vidal Ramírez:

La distinción de la simulación lícita e ilícita está presente en el Código de 1984, aunque no de la manera explícita en que lo estuvo en el Código de 1936, cuyos arts. 1094 y 1095 dieron las nociones respectivas y señalaron sus efectos. Según el art. 1094, la simulación no era reprobada por la ley cuando a nadie perjudicaba ni tenía un fin ilícito; y, según el art. 1095, los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley o de perjudicar a un tercero no podían ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado si fuera real y verdadero.¹³

Existe una particular interpretación que realiza el Dr. José León Barandiarán sobre el artículo 1094° del Código Civil de 1936, a nuestro criterio de manera muy forzada. Dicho autor nacional considera que la permisividad de los efectos del acto simulado al que se refiere el indicado artículo estaría referida a la simulación relativa, pero no a la simulación absoluta.

En ese sentido, señala el profesor León Barandiarán:

“En lo que respecta al artículo 1094°, la posibilidad de que a pesar de la simulación, se produzca efecto jurídico entre las partes, sólo aparece en caso de una simulación relativa. Entonces cuando tras del acto ostensible existe uno real, que no es reprochable porque no tiene fin ilícito ni perjudica a tercero, dicho acto real debe valer. (...)”

Tratándose de la simulación absoluta no se da la anterior posibilidad, pues el acto absolutamente simulado no responde a determinación legal alguna de voluntad y en consecuencia no genera, no puede generar, efecto jurídico.”¹⁴

¹³ VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., p. 643.

¹⁴LEON BARANDIARAN, José (1954) *Comentarios al Código Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Ediar Editores, p. 173.

Particularmente, consideramos desde nuestra humilde tribuna que la interpretación o comentarios que hace el maestro José León Barandiarán no es la correcta y es -ciertamente- forzada, teniendo en cuenta que el propio sentido del artículo 1094° no hace diferencia alguna sobre los actos con simulación relativa y/o absoluta; consecuentemente, cuando el acto simulado no perjudicaba a terceros ni era reprobada por la ley, entonces debía reconocerse determinados efectos legales esto incluso sobre los negocios jurídicos con simulación absoluta; consideramos que no se puede señalar diferencia o tratos diferenciados cuando la ley no lo ha hecho. El Código Civil de 1936 no hacía referencia a los tipos de simulación (entre absoluta o relativa), consecuentemente, su regulación en los términos planteados por el legislador debía ser aplicados en forma general a todos los negocios jurídicos simulados.

A lo antes indicado, debemos añadir que –como se ha explicado- el legislador peruano que elaboró el Código Civil de 1936, se vio influenciado por las legislaciones sudamericanas de Brasil y Argentina (de la época) y ésta última se vio influenciada por el *Code* francés, la misma que reguló la “neutralidad de la simulación”, esto es, el reconocimiento de determinados efectos de los negocios jurídicos simulados que no afectaban a terceros y que no afectaban normas legales; en consecuencia, dar una interpretación en contrario, consideramos que sería desconocer el contexto en el que se emitió el Código Civil de 1936.

De la jurisprudencia:

No podemos dejar de mencionar que bajo la vigencia del Código Civil de 1936, los casos judicializados en los que se pretendía la declaración de nulidad de un determinado negocio jurídico por una supuesta simulación, tenían como base, un posible perjuicio a un tercero; en consecuencia, se respetaba los alcances de la regulación que estableció el artículo 1094° del indicado Código

Un primer caso¹⁵: Mediante Escritura Pública de fecha 03 de junio de de 1949, el Sr. César Trigos Valdez vendió a la Sra. Corina de la Rivera Viuda de Sánchez la fábrica de gaseosas “La Ideal”, ubicada en la ciudad de Cajamarca, por el precio de S/. 30,000.00 que, según el contrato, fueron recibidos por el vendedor. Una vez fallecido el Sr. César

¹⁵MONTERO BACA, José (1953) *Ejecutoria supremas de derecho civil peruano*. Tomo VII., pp. 213 y 214.

Trigoso Valdez, sus hijos y herederos interpusieron -en el año 1951- una demanda contra la Sra. Corina de la Rivera Viuda de Sánchez, a efectos de que renuncie al ejercicio de los derechos y acciones que puedan derivar del indicado contrato, señalando que el mismo fue otorgado con “simulación”.

Dentro del proceso, se pudo determinar que el contrato de compra venta fue real y no simulado. Una de las pruebas importantes para desestimar la demanda, fue el testamento que otorgó el vendedor, días después de firmado el contrato de compra venta. En dicho testamento, el Sr. César Trigoso Valdez efectuó la distribución de sus bienes, no haciendo mención alguna a la fábrica de gaseosas, ello debido a que dicho bien ya no era de su propiedad. A esto se debe añadir que la compradora entró en posesión del bien.

En primera instancia, se declaró infundada la demanda; sentencia que fue confirmada en segunda instancia. Se interpuso recurso de nulidad, emitiéndose Resolución Suprema con fecha 27 de septiembre de 1955 la cual declaró “no haber nulidad” en la sentencia de vista.

Como se puede apreciar de este primer caso, la demanda fue interpuesta por una persona que alegaba haber sido perjudicada con el supuesto negocio jurídico simulado, pues el patrimonio hereditario se habría visto disminuido; sin embargo, el contrato no fue simulado. Es importante mencionar que este caso pone en evidencia que el derecho de acción contra un supuesto negocio jurídico simulado tiene como base en un posible perjuicio, tal como lo permitía el artículo 1094° del Código Civil Peruano de 1936.

Un segundo caso¹⁶: La señora Victoria Soto Godos demandó la nulidad de las escrituras públicas de compra venta del 12 de noviembre de 1946 y del 05 de abril de 1948. En virtud a la primera compra venta, la demandante transfirió sus derechos de propiedad a su entonces conviviente, el señor Benjamín Jiménez, respecto del inmueble identificado como un canchón situado en la Av. Grau del Barrio Buenos Aires de la ciudad de Piura. De otro lado, mediante escritura pública de compra venta de fecha 05.04.1948 el Sr. Benjamín Jiménez transfirió la propiedad del indicado inmueble a favor del Sr. José del Carmen Yamunaqué.

¹⁶Ídem, pp. 197 y 198.

Dentro del proceso, se demostró que el Sr. Benjamín Jiménez se aprovechó del estado de convivencia con la Sra. Victoria Soto Godos para que se transfiera la propiedad del inmueble a su nombre, en virtud a una compra venta simulada, en la cual no se pagó precio alguno ni se entregó la posesión del predio, el cual fue habitado en todo momento por la demandante, quien además ha pagado las gabelas. En esa misma línea, el contrato de compra venta celebrado entre los demandados también fue simulado, pues los emplazados no demostraron que se haya pagado el precio de venta, no obstante que se trataba de un hecho fácil de probar; mucho menos hubo entrega de posesión.

En atención a lo anterior, en primera instancia se declaró fundada la demanda, sentencia que fue confirmada por la segunda instancia judicial. Se interpuso recurso de nulidad y se emitió resolución suprema de fecha 17.09.1953, la cual declaró “No haber nulidad” en la sentencia de vista, en consecuencia, nulas las escrituras públicas antes referidas.

En este segundo caso, se aprecia que los negocios jurídicos (los dos contratos de compra venta) fueron celebrado con un ánimo de perjudicar a la demandante. Es en virtud a ese “perjuicio” que inició la acción judicial de nulidad. En consecuencia, la pretensión de la demanda se enmarcó en lo regulado en el artículo 1094° del Código Civil Peruano de 1936, norma que establecía que la simulación es reprobada por la ley cuando causa un perjuicio.

Un tercer caso¹⁷: Resolución suprema de fecha 11 de agosto del año 1959.

La señora Carmen Leguía Larrieviere interpuso demanda de nulidad por simulación del contrato de compra venta celebrado por escritura pública del 23 de julio de 1952 entre Daniel Hoyle Lanatta a favor de Matilde Sabroso de Herrera, respecto del inmueble No. 160, del Jirón Manuel Candamo, distrito de Lince.

La demandante sostuvo en el proceso que el inmueble fue transferido por su persona simuladamente a Hoyle, quien era su empleado y le entregó un contradocumento. Hoyle burlando el compromiso, transfirió la propiedad a la Sra. Matilde Sabroso de Herrera, quien conocía que Hoyle no era dueño de la casa. Es interesante lo indicado por la Corte Suprema, en relación al contradocumento, toda vez que pone en evidencia que la simulación referida por la demandante es ilícita: “*la actora presenta como prueba el contra-*

¹⁷MONTERO BACA, José (1953) *Ejecutoria supremas de derecho civil peruano*. Tomo VIII., pp. 341 y 342.

documento que en copia fotostática corre a f.º 126, cuya autenticidad no se ha corroborado; y no obstante que no se probado la autenticidad del documento referido medios legales (...). En dicho documento se consigna un pacto ilegal que trata de burlar la ley y causar perjuicio a tercero (en este caso al demandado Herrera) pues en él consta que la venta hecha por la Leguía a Hoyle es simulada con el fin de iniciar al actual inquilino Humberto Herrera, la correspondiente acción de aviso de despedida”. Es evidente que tal documento no puede constituir prueba plena y pueda enervar el mérito de escrituras públicas; no sólo por su falta de autenticidad, sino por consignar un fin ilegal (...)

Pero aún en el caso de admitir la autenticidad del contra-documento, y ya que la simulación tendría por fin burlar la ley de inquilinato, en perjuicio del conductor (...)

La demanda fue declarada infundada, pues no obstante que se reconoció que la transferencia que efectuara la demandante a favor de Hoyle, habría sido una simulación ilícita; en el proceso no se llegó a determinar que la compradora conocía de aquella simulación. La compradora adquirió el bien inmueble sobre la base del asiento de inscripción extendido en el registro de propiedad inmueble. En el presente caso, se dejó sentado que el negocio jurídico simulado en forma absoluta no puede afectar la adquisición que haga un tercero que actuó de buena fe.

c) El Código Civil de 1984.-

Por su parte, el artículo 190° del Código Civil vigente establece que “Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”. Por su parte, el artículo 219° inciso 5 del mismo Código indica que El acto jurídico es nulo, cuando adolezca de simulación absoluta. Como se puede advertir el tratamiento legislativo vigente es diferente al que existió en el Código Civil de 1936, toda vez que en dicha norma sólo se sancionaba con nulidad el negocio jurídico con simulación absoluta, siempre que éste afecte los intereses de terceros o tenga fines ilícitos; en cambio, la actual legislación civil sanciona con nulidad todo negocio jurídico celebrado con simulación absoluta, sin importar si tiene o no fines ilícitos o si afecta o no intereses de terceros, lo cual consideramos constituye una regulación, por lo menos incompleta.

El Dr. Fernando Vidal Ramírez realiza algunos comentarios respecto a los cambios que existió entre el Código Civil de 1936 y de 1984, sobre el tema relativo a la simulación del negocio jurídico. En ese sentido, dicho autor refiere:

El Código de 1984 distingue claramente la simulación absoluta de la simulación relativa, lo que no hizo el Código de 1936. Por el art. 190, que no tiene antecedente en el Código anterior, da una noción de la primera precisando: (...)

El Código de 1984 tiene una referencia expresa a la simulación parcial, de la que se colige su distinción de la simulación total, distinción sobre la que tampoco se pronunció el Código de 1936.

El mismo art. 192 hace referencia a la simulación interpósita persona, lo que no hizo el Código de 1936: (...)

La distinción de la simulación en lícita e ilícita está presente en el Código de 1984, aunque no de la manera explícita en que lo estuvo en el Código de 1936, cuyos arts. 1094 y 1095 dieron las nociones respectivas y señalaron sus efectos. Según el artículo 1094, la simulación no era reprobada por la ley cuando a nadie perjudicaba ni tenía un fin ilícito; (...)

Ninguna de las dos normas ha sido receptada por el Código de 1984. La distinción de la simulación en lícita e ilícita fluye de la referencia que el art. 191 hace al posible perjuicio de un tercero y de la referencia al “tercero perjudicado”.¹⁸

Como se puede advertir del comentario realizado por el autor Vidal Ramírez, si bien es cierto que describe el notable cambio en la regulación del Código Civil de 1984, también es cierto que no motiva las razones o justificaciones que habría considerado el legislador o la doctrina para ese cambio en la regulación sobre el tema relativo a la simulación absoluta. Por su parte, el Dr. Rómulo Morales, comentando el artículo 190° del Código Civil Peruano vigente, establece que la simulación del negocio jurídico, puede ser considerada desde cuatro teorías doctrinarias:

Primera teoría: Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida concientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo (FERRARA)”. La nulidad del contrato simulado hallaría fundamento en la falta de voluntad de contenido: la simulación sería uno de los casos en los cuales la declaración no produce el efecto indicado porque la voluntad no corresponde a la declaración (WINDSCHEID, SCIALOJA Y STOLFI) (...)

Segunda teoría: Simulación ofrece el espectáculo de que las partes emiten una declaración y una contradecación dentro del mismo negocio, de suerte que ambas se neutralizan recíprocamente. No debe creerse que existan dos negocios que se excluyen sucesivamente.

¹⁸VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., pp. 642 - 644.

En el elemento de la declaración está contenida también la contradecларación –aunque se fije posteriormente por escrito- y la una se neutraliza por la otra: de modo que el negocio en conjunto conduce a un efecto nulo, puesto que lleva el resultado dinámico que se deriva de la totalidad de las declaraciones que comprende (KOHLEK). Así, la simulación es el resultado de dos declaraciones que se anulan entre ellas; aquella por virtud de la cual se contrata y aquella en la que se manifiesta que se hace aparentemente; la primera falsa desde un punto de vista ontológico y potencialmente verdadera o relevante desde el punto de vista jurídico; la segunda verdadera antológicamente pero legalmente irrelevante. (...)

Tercera teoría: La declaración simulatoria es querida y no sólo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin determinado (DE CASTRO Y BRAVO). 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 se corresponde en todo o en parte de su relación. La simulación integra por tanto una hipótesis de ineficacia del contrato por voluntad de las partes (BIANCA). (...)

Cuarta teoría: la primera posición causalista expresa que el propósito efectivo de las partes sería incompatible con la causa del negocio simulado en cuanto excluiría la realidad del propósito típico del negocio. El negocio simulado no puede obtener tutela del ordenamiento por falta de causa y por eso es considerado nulo. El acuerdo simulatorio priva al contrato simulado de su causa, en la medida en que manifiesta la voluntad de las partes en dar vida sólo a una apariencia. De esta manera, por faltar la causa, el negocio o contrato ostensible estará viciado de nulidad (PUGLIATTI). (...)¹⁹

En virtud de lo mencionado en líneas precedentes, discrepamos de la regulación poco clara que existe sobre la simulación absoluta, máxime si el legislador peruano no ha podido explicar cuáles fueron las razones que justificaron la variación en el tratamiento de la simulación absoluta en nuestro país. Consideramos sin embargo, que actualmente un negocio jurídico simulado en forma absoluta puede generar determinados efectos, por ejemplo, frente a un tercero adquirente de buena fe, a pesar de haber podido contratar sobre la base de dicha apariencia negocial generada por el negocio jurídico simulado; en consecuencia, sostener que el contrato simulado en forma absoluta no genera efectos jurídicos, no es del todo cierto, pues nuestra misma legislación establece determinados supuestos en los que se otorga relevancia jurídica al negocio jurídico simulado. Situación similar ocurre con el inciso 2 del artículo 2001° del Código Civil de 1984, la misma que establece un plazo de siete (07) años como plazo prescriptorio, respecto de la acción indemnizatoria derivados para las partes de la violación de un acto simulado.

¹⁹Morales Hervías, Rómulo (2003) En: *Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 811 y 813.

De la jurisprudencia:

Desde la vigencia del Código Civil de 1984, se han emitido pronunciamientos judiciales diversos. En muchas ocasiones se han declarado nulos determinados negocios jurídicos simulados, debido a que estos causaban un perjuicio a alguna de las partes o a un tercero; sin embargo, en diversos pronunciamientos judiciales se ha analizado la institución de la simulación, sin tener en cuenta el elemento “perjuicio” o “la vulneración de una norma legal”, la misma que no es parte de la conceptualización que tienen determinados magistrados del poder judicial; esto debido a que dicho elemento no fue incorporado en nuestra legislación vigente.

Así por ejemplo, la Corte Suprema en el expediente 183-88 mediante resolución judicial de fecha 29,03.1989 conceptualizó la simulación de la siguiente manera:

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que la simulación contractual es un convenio entre las partes para aparentar un acto jurídico o un contrato que en realidad no se celebra; que la acción de nulidad por simulación, por tanto debe sustentarse en la prueba de que ese acuerdo existió y se ejecutó dando forma simplemente material a lo que no se desea celebrar.²⁰

Como se puede apreciar, la Corte Suprema efectúa una conceptualización de lo que es la simulación, señalando además qué se necesitaría para ejercitar la acción judicial de nulidad; sin embargo, no considera en ningún momento el elemento “perjuicio” “o vulneración de de la ley”.

A lo anterior, debemos añadir que el artículo 220° del Código Civil Peruano establece que la Nulidad de un negocio jurídico puede ser declarada de oficio por el Juez, cuando ésta resulte manifiesta. Este criterio ha sido ratificado por diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, en los cuales se ha dejado en claro que dicha atribución del Juez no es absoluta, por ende, debe respetarse el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Podemos mencionar al respecto las Casaciones 1843-1998-ICA, 1324-2005-PUNO, 1479-2000-LAMBAYEQUE²¹.

²⁰SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis (1993) *Jurisprudencia Civil*. Lima: Editora Normas Legales, p. 14.

²¹ EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE (2009) Declaración de Oficio de la Nulidad del Acto Jurídico. *RAE Jurisprudencia*. Lima, Octubre 2009, Tomo 16, pp. 151-153.

Cabe citar la Casación antes mencionada No- 1324-2005-PUNO, en la cual la Corte Suprema estableció lo siguiente: Que, en tal sentido, no obstante que esta Sala Suprema considera que sí resulta factible –aunque no se haya demandado expresamente- declara de oficio la nulidad de un acto jurídico, sin embargo, para el caso en concreto ello no resulta viable, toda vez que al girar el análisis de los Juzgadores en torno a la validez de un acta notarial, era indispensable contar con los elementos de juicio necesarios para establecer la configuración de la causal de nulidad que se ampara, como es el tener a la vista el expediente notarial, así como integrar la relación procesal al Notario Público que tuvo a su cargo el trámite del proceso no contencioso de sucesión intestada, a fin de evitar su indefensión, presupuestos que no se han configurado en autos (...)

3. **El tratamiento de la simulación en los Códigos Civiles Extranjeros:**

Resulta importante mencionar que existen diversos ordenamientos jurídicos foráneos que reconocen la validez de la figura civil denominada “simulación absoluta de los actos jurídicos”.

En Francia.- El Código Civil de 1804, regula lo siguiente:

Artículo 1321: Las contraescrituras no pueden surtir efecto sino entre las partes contratantes; no producen efecto contra terceros.

En Argentina.- El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 957: La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

En Colombia.- El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 1766: Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

En Uruguay.- El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 1580: Los contradocumentos surten efecto entre los contrayentes y sus herederos, pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular, los cuales se consideran como terceros.

En Paraguay.- El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 305.- La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Artículo 306.- Se podrá anular el acto jurídico, cuando por la simulación se perjudica a un tercero o se persigue un fin ilícito. En tal caso, los autores de aquella sólo podrán ejercer entre sí la acción para obtener la nulidad, con arreglo a lo dispuesto por este Código sobre el enriquecimiento sin causa.

En Bolivia: El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 545: La prueba de la simulación demandada por terceros puede hacerse por todos los medios, incluyendo el de testigos. Entre las partes solo puede hacerse mediante contradocumento u otra prueba escrita que no atente contra la ley o el derecho de terceros.

En Ecuador: El Código Civil vigente, regula lo siguiente:

Artículo 1724: Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

Del análisis exegético de tales ordenamientos jurídicos extranjeros, se puede concluir que en principio se reconocen determinados efectos a los negocios jurídicos simulados, siempre que no se afecten derechos de terceros, así como cuando no se transgrede ninguna norma jurídica. No obstante ello, en diversos ordenamientos se regula la existencia del contradocumento, figura no incluida en nuestra legislación.

4. **Pronunciamientos judiciales referidos a la simulación absoluta de los negocios jurídicos:**

A continuación, precisaremos diversos pronunciamientos emitidos por las Cortes Superiores y la Corte Suprema, lo cual podría darnos una idea clara sobre “el estado de la cuestión” a nivel judicial.

En contra de la propuesta de investigación:

- “La acción de nulidad por simulación no puede ser alegada si no por aquellos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley, de lo cual se infiere que sólo puede pedirla quien ha sido parte en el contrato impugnado y no un extraño en la vinculación contractual. El fundamento de este derecho que la ley civil concede, radica en la necesidad de protegerlos de los riesgos derivados de la inexperiencia de los manejos dolosos desplegados para inclinar su voluntad en determinado sentido.” (Exp. 06-86-Cusco, Normas Legales No. 171. Pág. 239)
- “Los efectos del negocio jurídico representado por la causa, punto fundamental para la simulación, guardan plena concordancia con una de las características de esta institución jurídica, cual es el propósito de promover en perjuicio de la Ley o de terceros ajenos al negocio una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado.

La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impositivos, extintivos invocados en su propio mecanismo, sino que en materia de simulación, al doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica, al que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla.”²²

- En la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando en realidad no se constituye ninguno, esto es, existe un concierto de voluntades para presentar un acto jurídico que no responde a la voluntad real de las partes, de manera que no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre estas, apariencia que no corresponde a la realidad y que sólo sirve de medio para producir engaño a terceros. Así, en este supuesto existe un acto simulado el que se muestra ante los demás –que es nulo de acuerdo a la norma citada-, y por otro lado no existe ningún acto jurídico disimulado, oculto a la vista de los demás, no existe nada, las partes no desean celebrar acto jurídico alguno. (...)” (Expediente No. 747-08, Sentencia de Vista del 16.07.2008, Cuarta Sala

²² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2002) *Jurisprudencia actual V. Con aplicación práctica del Código Civil, del Código Procesal Civil y de la legislación comercial*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 94 y 95.

Civil de la Corte Superior de Lima, En Jurisprudencia Civil de la Corte Superior -2006-2008- Gaceta Jurídica, Págs. 28 y 29)

A favor de la propuesta de investigación:

- “Que el artículo 193 del Código Civil establece que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado. Que el recurrente ha precisado en su escrito de demanda que no ha sido parte de los contratos cuya nulidad se solicita, sino los demandados, en consecuencia, que el interés que alega es el de tercero perjudicado. Que debe entenderse como tercero perjudicado a aquella persona que sin haber intervenido en la celebración del negocio como parte de él, sin embargo se ve perjudicado por sus efectos. Que el perjuicio causado no se presume, sino que debe ser probado judicialmente por quien reclame la nulidad.” (Cas. N° 735-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 241)
- “La simulación es aquella declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo; y tiene las siguientes características: a) Disconformidad entre la voluntad real y la manifestación: lo más característico de la simulación es la divergencia intencional entre voluntad interna y voluntad manifestada, y que lo interno, lo querido, lo externo y lo declarado están en oposición consciente; en efecto, las partes no quieren el negocio, quieren solamente hacerlo aparecer, y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia; concierto entre las partes para producir el acto simulado (...) c) Propósito de engañar: Como la simulación se dirige a producir un acto aparente, el propósito de engañar es una característica inherente; el engaño va dirigido a los terceros, no debe confundirse la intención de engañar con la de dañar.” (Sentencia del 20.05.2008, expediente 1667-07, Cuarta Sala Civil de Lima)²³
- “En la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando en realidad no se constituye ninguno, esto es, existe un concierto de voluntades para presentar un

²³ Gaceta Jurídica (2009) *Jurisprudencia Civil de la Corte Superior (2006-2008)*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 24.

acto jurídico que no responde a la voluntad real de las partes, de manera que no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre estas, apariencia que no corresponde a la realidad y que sólo sirve de medio para producir engaño a terceros.”²⁴

- “La simulación requiere de la concertación de las dos partes para celebrar un acto jurídico aparente en perjuicio de terceros” (Cas. N° 276-99- Lambayeque, El Peruano, 17-09-2000, Pág. 6310)
- “Para que la simulación se pueda dar en un acto jurídico es menester que concurran por lo menos dos elementos: el propósito de provocar una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado y el acuerdo de simulación.

Al haberse burlado la acreencia de la demandante perjudicándola económicamente, debe ampararse la nulidad del acto jurídico por simulación, pues se ha acreditado que la demandada transfirió el inmueble, con fecha posterior a la pretensión dineraria de la demandante a su hermana, la misma que no ha demostrado solvencia económica para la adquisición del inmueble”²⁵

De las diversas sentencias emitidas por los distintos órganos jurisdiccionales se pueden efectuar los siguientes comentarios:

- ✓ Existen diversos pronunciamientos judiciales, en los que se considera la nulidad de un negocio jurídico simulado (en forma absoluta), por el sólo hecho de producirse un concierto de voluntades, para aparentar un negocio que en el fondo no existe con el propósito de engañar a terceros. En ese sentido, en esta primera postura, no consideran el perjuicio a terceros ni la afectación de alguna norma legal, seguramente, porque estos elementos no son considerados en nuestra legislación sustantiva; en consecuencia, es suficiente el acuerdo simulatorio y el propósito de engaño.

²⁴ Ídem, p. 28.

²⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2001) *Jurisprudencia actual IV. Con aplicación práctica del Código Civil, del Código Procesal Civil y de la legislación comercial*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 97.

- ✓ En otros pronunciamientos judiciales, se advierte que sí se ha considerado “el perjuicio” como elemento dentro de la acción judicial de nulidad de un negocio simulado. Consideramos importante este criterio, en la medida que, si no existe perjuicio en la realización de un negocio jurídico simulado, creemos que podría evaluarse el desistimiento de este tipo de pretensiones, más aún si la simulación de dicho negocio jurídico tampoco afecta alguna norma jurídica.

5. Los principales conceptos en materia de simulación.-

Concepto de Negocio Jurídico:

Estando a que el presente tema de investigación tiene su desarrollo en el marco de la teoría del negocio jurídico, resulta importante hacer una definición del mismo. En ese sentido, como lo indica el profesor italiano Massimo Bianca “el negocio jurídico puede, entonces, definirse, sin más, como acto de autonomía privada”²⁶. Por su parte, el Dr. Renato Scognamiglio sostiene que es: “un acto de autorregulación de intereses privados, en cuanto tal, jurídicamente relevante; o sin más, un acto de autorregulación de los intereses privados, entendiéndose que se está haciendo referencia a la realidad jurídica”.²⁷

Po su parte, señala el Dr. Giovanni Batiista Ferri:

Si se considera el negocio jurídico, en su propia realidad socioeconómica, se cae en la cuenta de que el mismo se presenta, principalmente, como un instrumento que los particulares utilizan para dar reglas a sus propios intereses. En esta línea de pensamiento, el negocio jurídico expresa una **regulación de intereses, vinculante** para aquél o aquellos que lo han llevado a cabo. El negocio jurídico constituye, entonces, un acto de autonomía privada, es decir, una expresión del poder de autorregular intereses.²⁸

Es importante diferenciar a los actos de autonomía privada y los actos jurídicos en sentido estricto, al respecto señala el profesor Bianca:

²⁶BIANCA, Máximo (2007) *Derecho Civil. El Contrato*. Traducción Fernando Hinestroza y Edgas Cortés. Lima: Editorial Cordillera S.A.C, p. 30.

²⁷SCOGNAMIGLIO, Renato (2004) *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Lima: Grijley, pp. 164 y 165.

²⁸BATTISTA FERRI, Giovanni (2002) *El negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, p. 103.

Acto jurídico, es en general, cualquier comportamiento humanamente relevante. En el ámbito de los actos jurídicos, el negocio se distingue como acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica, esto es, como acto de autonomía privada.

A la inversa, el acto jurídico en sentido estricto puede ser definido como el comportamiento humano –operación material o declaración- que se ofrece como simple presupuesto de efectos jurídicos. En el acto jurídico en sentido estricto, precisamente los efectos no son dispuestos por el sujeto agente, sino por una fuente externa que principalmente es la ley. Tales actos pueden ser favorables o desfavorables al sujeto, con relación a su resultado de hecho y a los intereses en los que incide (declaración de conocimiento, de deseo, actos ilícitos, etc). Según la tesis tradicional, los efectos del acto jurídico en sentido estricto, prescinden de la voluntad del agente. Inclusive, si el acto es voluntario, la voluntad tiene por objeto su ejecución, pero no vale para determinar los efectos.²⁹

Señala, por su parte, el Dr. Lohmann Luca de Tena:

Al tratar del concepto de negocio jurídico que, como se ha señalado en páginas anteriores, es una especie de acto jurídico, es menester aclarar, como dice Messineo, que no nos estamos refiriendo exactamente a una institución del Derecho, sino más bien a una abstracción jurídica elaborada por la doctrina sobre la base de un conjunto de normas y caracteres propios y comunes a cierto tipo de actos jurídicos, aunque esta abstracción o construcción teórica no se justifique *a priori*, sino por su utilidad al sistematizar principios ordenadores. (...)

El negocio jurídico puede ser conceptualizado como la declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo.³⁰

Por su parte señala el Dr. Rómulo Morales Hervias:

“Por consiguiente, definimos al negocio jurídico como la norma jurídica privada con contenido autónomo el cual el ordenamiento jurídico une los efectos jurídicos de las normas jurídicas públicas con el objeto de compatibilizar los propósitos objetivados (finalidad económico individual o causa concreta) de los particulares y la tutela jurídica del Derecho positivo. Por el

²⁹ BIANCA, Máximo, op. cit., p. 39.

³⁰ MORALEZ HERVIAS, Rómulo M. (2002) *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, p. 229.

contrario, el acto jurídico en sentido estricto es aquel acto por el cual por su sola realización el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos.”³¹

Es importante recalcar que el negocio jurídico constituye una realidad misma y, por tanto, tiene pleno poder para producir sus propios efectos, los cuales - como indica Battista Ferri- son reconocidos por el ordenamiento jurídico y se vuelven operantes, en consecuencia, la intervención del ordenamiento jurídico ocasiona una “juridificación de los efectos empíricos” producidos por el acto de autonomía negocial celebrado por las partes, se produce, pues, una correspondencia de los efectos jurídicos a las disposiciones tomadas por las partes.³²

Consideramos importante citar los tipos de Ineficacia que se reconocen doctrinariamente, a efectos de delimitar los conceptos que se citarán a continuación. En ese sentido, es importante referir que en principio los negocios jurídicos son celebrados por las partes con la natural intención de que produzcan válidamente los efectos que éstas pretenden, según su propio reglamento de intereses. No obstante ello, en diversas ocasiones los negocios jurídicos nunca despliegan sus efectos, debido a un defecto de origen o terminan cesando tales efectos por un acto o hecho posterior a su celebración que trae dicha consecuencia.

A todo esto se le suele denominar dentro de la categoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico.

Ineficacia estructural e ineficacia funcional:

Al respecto señala el Dr. Lizardo Tabeada Córdova:

De esta manera, es fácil entender que existen dos grandes categorías de ineficacia de los actos de autonomía privada: la ineficacia inicial denominada indistintamente ineficacia originaria, por causa intrínseca o ineficacia estructural, y por otro lado la ineficacia sobreviviente, denominada indistintamente ineficacia por causa extrínseca o ineficacia funcional.

(...)

³¹LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., pp. 45 y 46.

³²BATTISTA FERRI, Giovanni, op. cit., p. 108.

La Ineficacia estructural es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del acto jurídico, es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación. (...)

Sin embargo, no basta que se trate de una causal de ineficacia que se presente al momento de la formación, sino que además de ello es necesario que la causa suponga un defecto en la estructura del acto jurídico. (...)

En tercer lugar, como nota distintiva de la ineficacia estructural o invalidez, debemos señalar que la misma se fundamenta exclusivamente en el principio de legalidad, pues todas las causales de invalidez vienen siempre establecidas por la ley, no pueden ser consecuencia del pacto entre las partes. Vale decir, la invalidez no puede ser pactada, no puede ser acordada por las partes que han celebrado un acto jurídico. (...)

Ahora bien, por el contrario, la ineficacia funcional, a diferencia de la ineficacia estructural o invalidez, supone en todos los casos un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho acto jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. (...)

Sin embargo, esta segunda nota distintiva de la ineficacia funcional no es absoluta, pues no se presenta en todos los supuestos de dicha ineficacia, pues como veremos posteriormente en los casos de rescisión, que es uno de los supuestos de ineficacia funcional, la causa de ineficacia es coetánea a la formación del acto jurídico. Sin embargo, en la generalidad de los casos, las causales de ineficacia funcional son siempre sobrevivientes a la formación de los actos jurídicos. (...)

Finalmente, a diferencia de la ineficacia estructural, en algunos casos la ineficacia funcional puede ser consecuencia del pacto entre las partes que han celebrado un acto jurídico.³³

Concepto de negocio jurídico simulado:

El profesor Hernán Cortés señalaba que “la simulación consiste: en el ocultamiento de la realidad, mostrando una cosa distinta de aquella. (...) De esta forma, el acto externo, que es observado por los extraños, aparece como cierto, siendo que él no trasunta el estado volitivo de sus protagonistas, ni la verdad exacta de la voluntad creadora que lo genera”³⁴; por su parte, el profesor Francesco Galgano indica que: “Hay simulación cuando los contratantes crean, con su declaración, sólo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren sus efectos (...), o crean la apariencia exterior de un contrato diverso del querido por ellos”³⁵.

³³TABOADA CORDOVA, Lizardo (2002) *Nulidad del Acto Jurídico*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, pp. 29-33.

³⁴CORTÉS, Hernán (1765) *La simulación como vicio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Araujo, p. 10.

³⁵GALGANO, Francesco (1992) *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco y Lorenzo Prats Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 335.

Como podemos apreciar, la definición clásica de la simulación no contiene ningún elemento negativo, esto es, no se conceptúa como pernicioso o desfavorable en sí mismo, sino como un medio para generar voluntariamente una situación de apariencia, empero se trata de una situación querida por las partes. En la simulación se sostiene que existe una valoración o significado subjetivo de la simulación frente a una valoración o significado objetivo. La valoración subjetiva está representada por el acuerdo simulatorio, cuyo propósito es establecer el alcance jurídico efectivo de las declaraciones contenidas en el negocio simulado. Así, en el ámbito de las relaciones internas, entre las partes simulantes, priva o rige la valoración subjetiva. Pero estando a que el acuerdo simulatorio es muy reservado, su eficacia no puede ser plena y completa erga omnes. En ese contexto, los terceros tienen derecho a confiar en la apariencia, a tener por verdadero lo que aparece como tal, por haber sido presentado de ese modo por las partes simulantes.

El autor Jorge Mosset Iturraspe, citando a Pugliatti, señala que:

“(…) en la simulación se dan dos declaraciones combinadas por la unidad de la intención, de modo tal que una de ellas –la del acuerdo simulatorio- destruye la causa de la otra –la del negocio simulado-, “dejando en vida sólo el despojo y dejando subsistente, por ello, la apariencia de negocio” El acuerdo simulatorio priva de causa –vale decir de función económica y jurídica- al negocio simulado.³⁶

Una primera interrogante que nos podemos formular es el ¿Porqué las personas simulan negocios jurídicos? Antes de responder esta interrogante, debemos afirmar que existe siempre una motivación para ello, las personas simulan porque siempre buscan un propósito, una meta, un objetivo. Hasta acá, no advertimos que la figura de la simulación sea “siempre perniciosa”, de tal manera que debemos de antemano fijar una línea que separe lo bueno de lo malo. En cada caso, deberá analizarse lo que en doctrina se conoce como la “*causa simulandi*”, que no es sino “el motivo que induce a dar a apariencia a un negocio jurídico que no existe”.³⁷, ello nos permitirá conocer si estamos frente a una simulación lícita o ilícita.

Ahora bien, la simulación es una figura jurídica que ha existido desde los primeros tiempos; reconocido incluso desde el derecho romano, ello tanto en tiempos de paz como en

³⁶MOSSET ITARRASPE, Jorge (1974) *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar, p. 23.

³⁷ZANNONI, Eduardo (1986) *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 355.

tiempos de guerra. Así por ejemplo en tiempos de guerra, los soldados y oficiales solían celebrar contratos simulados, de tal manera que quienes perdían la guerra evitaban –por medio de la simulación- el despojo de sus bienes por parte de los vencedores, los romanos llamaban a esto *vae victis*. Situación similar se producía en tiempo de confiscaciones por gobiernos tiranos, en la cual los ciudadanos buscaban resguardar sus pertenencias por medio de la simulación, a efectos de menguar las órdenes estatales de confiscación.³⁸

Etimología: Según el Dr. Aníbal Corvetto Vargas: “Viene de dos palabras latinas: “simul” que significa igual y “actio”, acción, y quiere decir según esta etimología, el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra.”³⁹

Señala el Dr. Francisco Ferrada:

En el lenguaje corriente, simular significa “hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe”. El origen etimológico conforme este concepto (...) simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero. Así se simula una enfermedad, un peligro un viaje. (...)

Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, los tres siguientes:

1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención
2. Concertada de acuerdo entre las partes.
3. Para engañar a terceras personas.⁴⁰

Continúa señalando el Dr. Ferrada:

La simulación es el resultado de un acuerdo entre los contratantes y sale, por lo mismo, del campo de los actos unilaterales. Para completar la idea del negocio simulado debemos insistir sobre los fines que se proponen las partes al recurrir a ese artificio. Su propósito puede ser lícito o fraudulento. No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Y esto, no sólo en la simulación relativa, sino también en la absoluta. Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitudes, o un fin de vanidad o de réclame, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de los terceros.⁴¹

³⁸QUINTANILLA P, Álvaro (1976) *Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio*. Valparaíso: Edeval, p. 265.

³⁹CORVETTO VARGAS, Aníbal (1954) *Manual elemental de derecho civil*. Segunda Edición. Lima: Lumen, p. 493.

⁴⁰FERRADA, Francisco (1960) *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de Santiago Cunchillos y Monterota. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 41 y 44.

⁴¹Ídem., p. 47.

En esa misma línea, señalan los profesores Marcelo Planiol y Jorge Ripert (en traducción del Dr. Mario Díaz Cruz):

Existe simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (convention) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero (3) y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina contra-documento. Puede destinarse a suprimir totalmente los efectos del acto aparente, al cual se denomina ficticio; así en el caso de una enajenación simulada, el comprador reconocerá en un contra-documento que va a poseer en nombre ajeno.⁴²

Por su parte, señala El profesor Louis Josserand (en traducción del Dr. Santiago Cunchillos y Manterola):

En el estudio que acabamos de consagrar a los *efectos de los contratos*, hemos supuesto siempre que se trataba de un contrato sincero, verdadero; hemos considerado exclusivamente el caso normal. Pero puede ocurrir que los contratos sean *simulados*, que revistan carácter *ficticio*: en la idea de las partes, que quisieron dar el cambio, no están destinados a recibir ejecución, por lo menos en los términos en que se presentan ostensiblemente. Su eficacia está paralizada, en todo o en parte, por un acuerdo clandestino, por una *contraescritura*, de suerte que la realidad no corresponde a la apariencia: “*aliud simulatur, aliud agitur*”. Nos encontramos entonces en presencia de dos convenciones que son simultáneas: una de ellas, ostensible, pero engañosa; la otra, sincera, pero secreta.⁴³

Sobre la definición de simulación del negocio jurídico, señala el profesor Lizardo Taboada, lo siguiente:

(...) Como es sabido para la casi totalidad de los civilistas la simulación no consiste sino en un caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio con el fin de engañar a terceros (...)

La simulación se aproxima al dolo en que se trata de una combinación destinada a inducir a alguien en error; pero, cuando existe en un contrato, son las partes del mismo que se ponen de acuerdo a fin de engañar a los terceros. Ese engaño puede, por otra parte, tener como razón un

⁴²PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT (1940) *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz. La Habana, Cultural S.A., pp. 465 - 466.

⁴³JOSSERAND, Louis (1951) *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Buenos Aires: Boch y Cia Editores, p. 226.

motivo lícito, ya que por motivos honorables puede haber interés en ocultar a los terceros la verdadera índole o estado de los negocios propios, pero por regla general es un medio de fraude y, a la inversa, el fraude es frecuentemente equiparado a la simulación.⁴⁴

De otro lado, señala el Dr. Waldo Núñez Molina:

Por ello, con mayor precisión, debe tenerse en cuenta que la simulación tiene por finalidad crear una apariencia falsa para engañar al público, induciéndolo a formarse una opinión distinta de la realidad. El producto de la simulación es el “simulacro”, una imagen vacía de la realidad. Análoga, aunque diferente, es la palabra “disimular”, esta última significa ocultar lo que es. Mientras simular es provocar la creencia falsa de un estado no real; disimular es ocultar al conocimiento de los demás una situación existente⁴⁵

Ahora bien, la simulación contiene dos aspectos a considerar, una notoria referida al negocio simulado y, otra oculta referida al acuerdo simulatorio, por ello, consideramos que la simulación crea una situación de “apariencia”, toda vez que se busca representar socialmente una situación que no corresponde a la realidad, sin embargo, esto se produce por un “querer consciente” de las partes intervinientes, quienes acuerdan voluntariamente generar dicha situación de apariencia con algún propósito o motivo conocido generalmente sólo por los intervinientes. En ese marco, la simulación debe ser entendida como un “fenómeno unitario” entre lo reflejado a los demás y el acuerdo interno de las partes. Por tener tales características, el negocio jurídico simulado, en principio, no podría generar efectos jurídicos normales, no obstante ello, desde ya adelantamos que al tratarse de una situación que “aparente ser verdadera” no puede generar afectaciones de derechos o de intereses de los terceros que creen y contratan sobre la base de “aquella apariencia”, es decir, sobre la base de una confianza generada por las partes que intervienen en el negocio jurídico simulado.

Entonces, la simulación, es –en definitiva– un acto volitivo, pues nace de la voluntad discernida de sus intervinientes con un propósito negativo o positivo, calificativo que efectuará el propio ordenamiento jurídico, de la mano con una correcta aplicación de las instituciones jurídicas que vinculan el tema.

⁴⁴TABOADA CORDOVA, Lizardo (2006) *Negocio Jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, p. 171.

⁴⁵NUÑEZ MOLINA, Waldo (2008) *La simulación del negocio jurídico. Teoría y prueba judicial*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, p. 29.

Características de la simulación:

Al respecto señala el Dr. Lohmann Luca de Tena:

Son notas características de la simulación, las siguientes:

- a) *El propósito de provocar*, bien inocuamente, bien en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio, *una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado*. (...) Lógicamente esta creación artificiosa debe corresponderse con una finalidad concreta y característica de toda simulación, que reside siempre en dar a entender que se quieren unos resultados específicos (los del negocio que es objetivamente celebrado), cuando en verdad no se quiere ninguno o se desea esconder un propósito diferente (el que subjetivamente se desea) y que queda sin expresión sensible y conocida. (...)
- b) *La divergencia entre lo querido y lo que se declara debe ser consciente*. Es decir, a sabiendas de la existencia de dos realidades diferentes, ambas conocidas: la verdadera y la falsamente querida, una de las cuales está preordenada a no tener eficacia jurídicamente reconocida. (...)
- c) *Convenio o acuerdo de simulación*. La simulación no puede realizarse sin la previa disposición de un medio que preexista o coexista con el negocio simulado: se trata del acuerdo simulatorio. Este acuerdo es la inteligencia de los partícipes de la simulación (a veces con el necesario concurso de terceros) para crear la apariencia, para crear una estructura negocial válida, pero vacía (total o parcialmente, en más o menos de lo declarado) de voluntad de resultado, porque la autorreglamentación de intereses manifestados de la figura negocial no coincide con los intereses –todos o parte de ellos- apetecidos.⁴⁶

Existen Otros autores nacionales, como el Dr. Juan Espinoza Espinoza que sólo considera como elementos de la simulación a:

(...) la intención de engañar y el acuerdo simulatorio. En la **intención de engañar**, se suele ver la causa del negocio simulado, entendida tanto como fin o como justificación (la razón de ser del negocio) Ello hace que haya una objetiva divergencia entre lo querido y lo declarado, que es consciente, lo cual diferencia la simulación con el error, por cuanto en este último dicha divergencia se produce de manera involuntaria. En el **acuerdo simulatorio** se configura la manifestación de voluntad de las partes a declarar una voluntad distinta a la verdaderamente querida (...)»⁴⁷

⁴⁶LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., pp. 364-366.

⁴⁷ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008) *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 321.

Por su parte, el Dr. Aníbal Corvetto Vargas define como elementos de la Simulación:

A) **Disconformidad intencional.** (...)

B) **Acuerdo entre las partes.** (...)

Diferencias: Por ser acuerdo de voluntades la simulación se diferencia:

1.- de la reserva mental, porque para que ésta exista basta que haya una sola voluntad y no que exista acuerdo entre las partes porque la parte que hace la reserva no la va a declarar.

2.- de la declaración informal, porque esta no se hace con vicios de seriedad y las partes saben que no quedan obligados por esa manifestación que se hace sin seriedad alguna, mientras que en la simulación el acuerdo es auténtico y la manifestación seria y formal.

C) **Intención Común de engañar a terceros.** Porque no tiene otra explicación la realización de un acto simulado si no es inducir a engaño a los que en esa maniobra confíen.

Diferencias: hace que la simulación, por este su tercer elemento, se diferencie de las declaraciones que sin contenido real se hacen con tres fines:

1. Pedagógicas o didácticas;
2. De propaganda o de “réclame”;
3. Teatrales, cinematográficas, radiales o televisadas.

No debemos confundir la intención de engañar a terceros con el propósito ilícito de perjudicarlos, toda vez que el engaño puede consistir en ocultar negocios que no se deseen que estén a la vista del público, etc., lo que no importa perjuicio alguno y de aquí que cuando importen perjuicio la simulación deviene en nula, porque ésta es válida y produce efectos tan sólo cuando no perjudica a terceros (art. 1094). La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudique ni tiene un fin ilícito⁴⁸.

Doctrinariamente, algunos autores refieren que en efecto “(...) el engaño, que no reporta forzosamente una ilicitud ni un *eventus damni*, pues pueden darse simulaciones con el objeto elogiabile o indiferente (...)”⁴⁹

Ahora bien, coincidimos con el autor Mosset Iturraspe, quien sostiene que existe un “procedimiento simulatorio” que concluye con celebración del negocio simulado. En ese

⁴⁸ CORVETTO VARGAS, Aníbal, op. cit., pp.494-495.

⁴⁹ MUÑOZ SABATE, Luis (1972) *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Barcelona: Editorial Hispano Europea, p. 117.

sentido, existe una sola voluntad que se va concretando por grados o etapas; siendo la primera etapa, el denominado acuerdo o entendimiento simulatorio y, la segunda etapa, el negocio simulado “celebrado” que podrá ser mostrado a terceros, con lo cual queda consumado el instituto de la simulación.⁵⁰

De los elementos de la simulación, consideramos pertinente explicar más ampliamente el denominado “acuerdo simulatorio”. En la doctrina suele existir una discusión sobre la naturaleza jurídica del acuerdo simulatorio, entendida ésta como el concurso de voluntades en la que se reglamenta el negocio simulado, por medio del cual se limita los efectos del negocio aparente y se determinan sus alcances.

Por un lado, se considera que el acuerdo simulatorio es un contrato diferente al contrato simulado. Así, por ejemplo, Mosset Iturraspe sostiene que el acuerdo simulatorio es un contrato previo (de primer grado) y, a su vez, constitutiva de la simulación que obliga la celebración del negocio simulado y disimulados (de segundo grado), que son futuros o definitivos; siendo estos últimos una ejecución del primero, ya que “Las partes en virtud del acuerdo simulatorio quedan obligadas a exteriorizar el estatuto aparente y, a la vez, vinculadas por el estatuto interno”⁵¹.

Respetuosamente discrepamos de la tesis antes mencionada, toda vez que consideramos que el acuerdo simulatorio es una primera fase de un proceso unitario “simulación” que concluye con el negocio simulado propiamente dicho. Admitir una posición contraria, implicaría aceptar que en la simulación existen dos convenios, en el cual el primero (acuerdo simulatorio) neutraliza y/o paraliza el negocio final. En la psicología de las partes que intervienen en el negocio simulado, existe una sola unidad o idea de simulación o, mejor dicho, una sola tesis, esto es, crear una situación aparente para lo cual previamente conversan y acuerdan los alcances del negocio simulado y seguidamente lo materializan. Al respecto, Emilio Betti establece por ejemplo, que existe un nexo positivo y/o una correspondencia entre el acuerdo simulatorio oculto y el negocio simulado, lo cual reafirma que la simulación es un solo proceso que conlleva diversas fases.⁵² Al respecto, Messineo explicando el acuerdo simulatorio, señala que “(...) debe dejarse sentado que la simulación del contrato no puede realizarse sin la previa disposición de un medio técnico –que

⁵⁰MOSSET ITARRASPE, op. cit., pp. 27-28.

⁵¹Ídem., pp. 33-34.

⁵² BETTI, Emilio (1943) *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez. Madrid: Revista Editorial de Derecho Privado, pp. 299.

preexiste o coexiste con el contrato simulado-: el llamado acuerdo.⁵³ Entonces, si bien es cierto que el acuerdo simulatorio es una etapa del proceso simulatorio, ciertamente compleja e importante, consideramos que ésta no puede ser entendida en forma independiente al negocio simulado propiamente dicho, pues cada una por sí sola resultan siendo irrelevantes. Nos preguntamos ¿si una vez arribado a un acuerdo simulatorio, en caso una de las partes no quiera celebrar el negocio simulado, la otra pudiera exigirle su celebración? Evidentemente que no.

Clases de simulación:

Señala el profesor Lizardo Taboada, lo siguiente:

(...) En forma unánime la doctrina distingue dos clases de simulación: la simulación absoluta, en la que existe un solo negocio jurídico denominado “Simulado”, y la Simulación Relativa, en la que detrás del negocio jurídico simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que denomina “Disimulado”. Tanto en el supuesto de la simulación absoluta como el de la relativa, el negocio jurídico simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que 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.⁵⁴

Por su parte señala el doctor, Víctor Loewenwarter:

Se trata además (...) de la llamada simulación (...) cuando hay un verdadero complot, es decir, cuando las partes están entre sí, voluntaria e intencionalmente de acuerdo para que lo aparentemente declarado no surta efectos. Este contrato simulado no vale tratándose de una nulidad absoluta. (...)

Si bajo la forma de un contrato simulado, las partes han querido celebrar otro, este último es válido, con tal que reúna todas las condiciones de fondo requeridas para su validez, (...)⁵⁵

⁵³ MESSINEO, Francesco (1986) *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O Fontánrosa y otros. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p.7.

⁵⁴ TABOADA CORDOVA, Lizardo, op. cit., p. 171.

⁵⁵ LOEWENWARTER, Víctor (1935) *Derecho Civil Alemán*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, pp. 43 y 44.

Al respecto señala el Dr. Francisco Ferrada:

“(…) La simulación, como hemos advertido ya, presenta distintas formas: o se simula la existencia del negocio, o su naturaleza o las personas de los contratantes.

1. Las personas se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficticio, ilusorio. Se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo (*simulación absoluta*)
2. Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquel que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentida (*simulación relativa*)
3. Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; sólo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro. (*interposición*)⁵⁶

Como se puede apreciar la doctrina clásica es casi unánime en considerar que el negocio jurídico con simulación absoluta es siempre nulo, sustentado en una falta de manifestación de voluntad del agente. A lo antes señalado, debemos añadir que la simulación puede recaer sobre el sujeto, sobre el objeto, así como en otros aspectos, siendo ilustrativo lo indicado por el autor nacional Juan Espinoza quien al respecto indica: “La simulación puede ser en el **sujeto** (en mi testamento doy mi porción disponible a mi esposa, cuando en realidad va a pasar a uno de mis dos hijos: la denominada interposición ficticia); del **objeto** (que comprende la **simulación de bienes**: vendo A, cuando en realidad vendo B; simulación en el precio (...); simulación en la fecha (...) o en la **causa** entendida como la razón o motivo determinante (...). El acuerdo simulatorio no es de por sí ilícito; por consiguiente, “no es fuente de responsabilidad frente a los terceros, los cuales son tutelados de otra forma (...)”⁵⁷

La calificación ética de la simulación:

Consideramos importante hacer una reflexión, sobre la calificación ética en la utilización de esta figura. Al respecto señalan los autores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina:

Es claro que el empleo de esta figura, en cualquiera de sus formas antes descritas, debería siempre ser sospechoso de fraude, porque no es normal que los particulares, al obrar como

⁵⁶FERRADA, Francisco, op. cit., pp. 48 y 49.

⁵⁷ESPINOZA ESPINOZA, Juan, op. cit., p. 322.

delegatarios del legislador en la regulación de las relaciones sociales, con plena conciencia engañen a los terceros. El engaño opone a la sinceridad que debe ser el espíritu de toda norma jurídica, general como lo es la ley, o particular como es el contrato. Por tal razón el derecho intermedio europeo, en principio reputó que la simulación implica un fraude y por ende es ilícita.

Sin embargo, la doctrina moderna ha regresado al respecto a la concepción romana individualista, según la cual, por cuanto la simulación puede obedecer a móviles inocentes y aún respetables, como, por ejemplo, cuando el benefactor, por modestia o discreción, quiere ocultar un acto generoso cuando el comerciante quiere evitar la divulgación de sus negocios, dicha figura no es necesariamente fraudulenta ni, por tanto, condenable moral o jurídicamente.⁵⁸

Debemos destacar los comentarios efectuados por los Autores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, toda vez que en ellos se señala que ha habido una evolución sobre la manera de ver a la figura de la simulación. En un principio, se consideraba como una vía del fraude, pues era usado sólo para esa finalidad, pero en el transcurso del tiempo, la simulación ha sido utilizada también para fines positivos, como la del comerciante que, para ocultar sus negocios, y así no ser víctima de organizaciones delictivas, transfiere sus propiedades a nombre de terceros, y esto – según los autores colombianos- no debe ser condenable moral y jurídicamente.

Teorías sobre la Simulación:

En la doctrina se reconoce la existencia de tres teorías que sustentan la figura jurídica de la simulación:

(...) la teoría voluntarista, según la cual la simulación es un caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada; la teoría declaracionista, que entiende que en la simulación hay también un caso de discrepancia o divergencia, pero entre la declaración y la contradecación; y la teoría clásica francesa de la causa de la obligación, que señala que la simulación es un supuesto de causa falsa, similar a la hipótesis de la causa errónea.⁵⁹

Las teorías existentes sobre la simulación, es explicada de una manera más amplia, por los profesores colombianos Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, quienes al desarrollar el indicado tema, refieren que las teorías sobre la simulación son: (i) La teoría de la simulación-

⁵⁸OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA (1994) *Teoría General del Contrato y de los Demás Actos Negocios Jurídicos*. Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, pp. 115 y 116.

⁵⁹OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, op. cit., pp. 117 -122.

nulidad, (ii) La teoría dualista francesa y (iii) La teoría monista. Estas teorías señalan lo siguiente:

- a) Teoría de la simulación – nulidad. Durante el ya mencionado período intermedio europeo se consideró que la simulación, a lo menos la absoluta, constituiría una causal de nulidad, ya que, se repite, dicha figura se tildó de fraudulenta, a lo que se agregó que en ella faltarían dos requisitos indispensables en todo acto jurídico: el consentimiento y la causa. (...)

Crítica de la teoría: En fin en donde mayormente resalta la inconsistencia de la teoría de la simulación-nulidad es precisamente en el campo de los efectos respecto de los terceros a que da lugar la simulación y que son los opuestos a los que apareja la nulidad. (...)

- b) Teoría dualista francesa. La doctrina y la jurisprudencia francesas, fundándose en el art. 1321 del Código Civil que dice que “los contraescritos (*contre-lettres*) no úeden tener efecto sino entre las partes contratantes; ellas no tienen efecto alguno contra los terceros”, al abandonar la antigua teoría de la simulación-nulidad, interpretaron el texto transcrito en el sentido de que las expresiones *lettres* y *contre-lettres* no deben ser entendidas en su acepción literal de *escritos* y *contraescritos*, sino en la de *estipulaciones* y *contraestipulaciones*, respectivamente, que pueden cobijar cualesquiera formas de las declaraciones de la voluntad y no ya solamente la escrita. Por consiguiente, apoyándose en esta interpretación, ágil aunque artificiosa, se lanzó la llamada *teoría dualista*, que consiste en dictaminar que en todo caso de simulación, absoluta o relativa, existirían dos actos jurídicos distintos e independientes o, si se quiere, interdependientes: un actos *ostensible (lettre)* y un acto *oculto (contra-lettre)*, cada uno de ellos dotado de sus elementos propios, la voluntad o elemento interno y la declaración o elemento externo. (...)

Dicho de otra manera, según esta teoría, denominada *dualista* por cuanto detecta en la simulación dos actos jurídicos distintos, el problema planteado por dicha figura no se resolvería con la declaración de *nulidad* del acto ostensible, sino con la declaración de *prevalencia* del acto secreto sobre aquel.

- c) Teoría monista. Las críticas a que se presenta la teoría dualista francesa (...) han dado lugar a la formulación de otra teoría que se dice *monista*, por cuanto rechaza la dualidad de actos jurídicos en la simulación. Según los partidarios de esta teoría, en la simulación *existiría un solo acto de tal índole*, pero con la circunstancia de que la exteriorización del consentimiento único se desdoblaría o bifurcaría en dos declaraciones: la falsa destinada al público y la real que ocultamente se intercambian los agentes y que traduce su voluntad verdadera. Así

entendido el fenómeno, la terapéutica jurídica pertinente sería la de otorgarle prevalencia a la declaración privada y real sobre la fingida.⁶⁰

Simulación lícita e ilícita:

Un aspecto que permitirá llevar adelante la presente investigación, es el conocer las diversas opiniones que existen en la Doctrina sobre la validez o no de los negocios jurídicos simulados aún cuando tengan una finalidad lícita o, en todo caso, cuando no se afecte el derecho de terceros.

En ese sentido, señala el Dr. Lohmann Luca de Tena:

El propósito de engaño o de ocultamiento que es materia del convenio de simulación, y que se plasma en una declaración de contenido falsa, no necesariamente es lícito o perjudicial. Dice Barbero: “El fin de la simulación puede ser vario y en general puede ser lícito o ilícito. No hay nada ilícito, por ejemplo, en el hecho de que alguien finja enajenar ciertos bienes que quiere conservar (simulación absoluta), a fin de sustraerse a requerimientos a que no quiere acceder; o finja donar mientras enajena onerosamente (simulación relativa), o no queriendo dar a conocer sus relaciones con una persona, declara donar a otra (simulación subjetiva o interposición de persona) (...). Pero más frecuentemente es ilícito: eludir normas fiscales, etc.”

Cuestión distinta del propósito por el que se simula es, como dijimos, la reprobación legal del acto aparente. Este acto es siempre repudiado porque las declaraciones de voluntad simuladas no están (seriamente) destinadas a regular relaciones jurídicas verdaderas (artículo 140). Los artículos 1094 y 1095 del Código antiguo no han sido admitidos en el nuevo con toda razón: toda simulación altera la realidad. (...)

En síntesis, lícita o ilícita, la simulación y el negocio aparente siempre son reprobados. Si además hay subjetiva malicia o perjuicio potencial o concreto, con mayor razón.⁶¹

En esa misma línea, señala el Dr. Guillermo Borda:

223. Simulación lícita e ilícita.- En sí misma, la simulación no es ni buena ni mala; es incolora, como se ha dicho con expresión gráfica. El propio Código afirma que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (art. 957). Tal es el caso de los negocios fiduciarios, o de muchos actos en que el móvil de la ficción ha sido una razón de discreción o inclusive de modestia.

⁶⁰TABOADA CORDOVA, Lizardo, op. cit., p. 213.

⁶¹LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op.cit., pp. 370 y 371.

Pero si la simulación perjudica a terceros o si, por otros motivos, es contraria a la ley, se convierte en ilícita (...). Este es desde luego el caso más frecuente.

El perjuicio a terceros supone siempre la licitud de la simulación. Pero, a veces, la ilicitud resulta de otras causas. Así, por ejemplo, para escapar al riesgo que se declare usurario el préstamo de dinero. Se suscribe un documento en el que figura como prestada una suma mayor a la que en realidad se prestó: así quedan incluidos los intereses usurarios dentro del capital. Aquí la única perjudicada es una de las partes; no obstante lo cual, la simulación es lícita.⁶²

Se puede apreciar que doctrinariamente se diferencia la simulación lícita de la ilícita, siendo la primera aquella que no ocasiona perjuicio a intereses de terceros ni contraviene ningún dispositivo legal. Podríamos considerar incluso que en la simulación lícita se puede encontrar un motivo justificado o legítimo, por ende, podría ser aceptado; reiteramos que en este caso existe engaño, pero no agravio. A este tipo de simulación, por ejemplo, algunos autores la denominan simulación “inocente”⁶³. En ese sentido, somos de la opinión que “los negocios jurídicos lícitos” deberían tener un tratamiento diferente al que existe en nuestra legislación peruana actual. En esta línea, el Dr. García Sayán señala que “no todo acto simulado supone un daño. Por eso hay actos disimulados que la ley acepta y tutela”⁶⁴.

En consecuencia, la celebración de un negocio simulado lícito constituye una expresión clara de la autonomía privada, en la que las partes emiten sus declaraciones de voluntad no ajustadas a la verdad, empero, que puede responder a una causa sana, por ejemplo, cuando el sujeto adinerado quiere evitar ser objeto de pedidos de dinero y/o préstamos y decide poner sus bienes a nombre de un tercero. Se encuentra entonces plena logicidad en la regulación vigente del país de Argentina, cuando en su artículo 957° prescribe: “*La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*”, regulación similar a la del artículo 305° del Código Civil Paraguayo y que también existió en el Perú en el artículo 1094° del Código Civil de 1936.

Es ilustrativo citar un ejemplo de “simulación absoluta ilícita” que se produjo en Europa luego de la segunda guerra mundial y que es comentada por el Dr. Guillermo Borda:

⁶²BORDA, Guillermo A (1986) *Manual de obligaciones*. Octava edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 161.

⁶³MOSSET ITARRASPE, Jorge, op. cit., p. 40.

⁶⁴GARCÍA SAYÁN, Francisco Mareyra (2005) *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 249.

Luego de la última guerra mundial, se produjeron en Europa algunos casos que han dado lugar a apasionadas controversias. Con el objeto de eludir persecuciones raciales o políticas, sustraerse al trabajo obligatorio, obtener un pasaporte, algunas personas contrajeron matrimonio, adquiriendo así la ciudadanía del esposo. Lo hacían sin la menor intención de contraer un verdadero matrimonio; no había, desde luego, posterior cohabitación. Aunque el problema dio lugar a fallos contradictorios, la mayor parte de los tribunales se inclinaron por considerarlos nulos.⁶⁵

Otro ejemplo sobre la simulación lícita, es el indicado por los profesores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, quienes hacen referencia al comerciante que quiere ocultar sus negocios, sin ningún ánimo indebido; este ejemplo es de trascendencia en nuestra sociedad, toda vez que muchas personas ocultan sus bienes (empresarios, profesionales y comerciantes), a efectos de no ser víctimas de las organizaciones delictivas (por medio de secuestros, extorsiones, etc). En estos casos, la figura de la simulación, podría ser de utilidad, justificándose por ende su realización.

Un tercer ejemplo es el citado por el autor colombiano Mario Guerrero⁶⁶: Un hombre previendo una inminente expropiación de su predio por causa de utilidad pública, vende simuladamente (en forma absoluta) el inmueble a un amigo cercano, por un precio cercano al valor comercial del inmueble, con la esperanza de que –por este medio- obtenga una indemnización adecuada, teniendo en cuenta que en auto-valúo figurará el precio de la venta ficticia (valor comercial del inmueble) y no el valor que pueda ser considerado por la autoridad local. En el presente caso, se afecta al Fisco ni a nadie, sino que opera la simulación con el objeto de evitar un perjuicio mayor derivado de la indemnización por expropiación forzosa.

La simulación en el sistema jurídico francés:

Al respecto, como ya se mencionó al citar la normatividad de otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil Francés (base de muchas otras legislaciones) regula la simulación de los negocios jurídicos, pero no en forma específica, sino en forma general; empero analizando dicha normatividad, se puede concluir que no se sanciona con nulidad los negocios jurídicos celebrados con simulación absoluta. Es importante hacer referencia al artículo 1108° del

⁶⁵BORDA, Guillermo A., op. cit., p. 162.

⁶⁶GUERRERO, Mario (1957) *La Simulación en el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Editorial Máxima, p. 169.

Code, la cual establece que son cuatro las condiciones para la validez de una convención: (i) El consentimiento de las partes que se obligan, (ii) Su capacidad de contratar, (iii) El objeto cierto, (iv) la causa lícita de obligación.

Al respecto señala el profesor Louis Josserand:

Está sin duda admitido que la simulación, en sí misma, no es una causa de nulidad del acto que es su objeto o su ocasión; esta solución está consagrada bastante claramente por el artículo 1321, según el cual “las contraescrituras no pueden tener efecto más que entre las partes contratantes: no tienen efecto contra terceros”; desde el momento en que el acto secreto produce efecto entre quienes lo celebraron es evidente que la ley lo considera como válido; constituye ley entre las partes, conforme al artículo 1134 (...), solución que cuadra perfectamente con el principio de la autonomía de las voluntades y con la preocupación de hacer producir efecto el verdadero querer de las partes; por el contrario, en un sistema cuya armazón estuviera constituida por la declaración de voluntad, el acto secreto no sería, en buena lógica, de ninguna consideración y habría que atenerse firmemente al acto ostensible; tal es la solución adoptada en los Estados Unidos.⁶⁷

No obstante lo anterior, el referido Código reguló también determinados supuestos específicos de simulación, sancionándolos con la nulidad absoluta, así por ejemplo, en el artículo 911° se reguló que es nula toda disposición efectuada en beneficio de una persona incapaz, aunque sea cuando se haga bajo la forma de un contrato oneroso o por medio de personas interpuestas. También los artículos 1099 y 1100 establecen que son nulas las donaciones simuladas.⁶⁸

Entonces podemos colegir que en Francia es de capital importancia el principio de autonomía de la voluntad, lo cual se ve corroborado con lo indicado por los autores Planiol y Ripert:

Este principio ha sido estimado, desde la aparición del Código Civil, como de importancia más fundamental aún en el campo de las relaciones obligatorias que en las demás partes del derecho; atribuyéndosele las consecuencias más amplias de las que son ejemplos:

⁶⁷JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 228.

⁶⁸MORALES HERVIAS, Rómulo (2006) “Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el fraude a la ley”. En Universidad de Lima. XXV Años Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima, p. 298.

1. Los individuos son libres tanto para celebrar contratos como para no obligarse.
 2. Son, asimismo, libres para discutir en plano de igualdad las condiciones de los contratos, determinado su contenido, especialmente su objeto, con la única restricción del orden público.
- (...)
4. En fin, los efectos de las obligaciones contractuales son los queridos por las partes. (...) ⁶⁹

Por lo indicado, en Francia, la figura de la simulación de un negocio jurídico es concebida en cuanto a su nacimiento con una declaración “neutralizada” con una contradeción simultánea o previa, esto es, “el producto de dos convenciones contrarias y simultáneas que se contraponen” ⁷⁰, considerándose a tal negocio como uno sólo; sin embargo, su naturaleza no es indebida en sí misma, es neutra o incolora, salvo que afecte un derecho de tercero o una norma jurídica. Entonces, tenemos que en Francia la simulación no es causal de nulidad o anulabilidad y esto se evidencia con la regulación contenida en el artículo 1321° antes referida, en la cual se indica que las “contra-escrituras”, no pueden tener efectos más que entre las partes contratantes (es decir, son válidos y generan determinados efectos entre ellas), esto es, no genera efectos respecto de terceros. No obstante lo indicado, sí se reprueba de manera automática la simulación ilícita, aún entre las partes contratantes. Ahora bien, los terceros tienen la potestad de elegir entre ambos actos contradictorios. Nos explicamos, los terceros podrían hacer prevalecer el acto aparente, pues éste no les afecta, tal como lo indica el artículo 1321° del Código o ejercer la acción de simulación, ello en virtud de la contra-escritura. Ahora bien, consideramos que la contra escritura (*la contre lettre*) no puede ser considerada con un contrato independiente del contrato y/o negocio que se da a conocer a terceros (contrato engañoso), sino que -a nuestro entender- la simulación se constituye como una figura unitaria en la que la contra escritura se instituye como el acuerdo interno de las partes, esto es, una parte y/o etapa del negocio simulado. Si bien es cierto que *la contre lettre* nos lleva a pensar en forma preliminar a la existencia de un documento escrito, debemos efectuar una interpretación extensiva de este término, pues, el acuerdo oculto de las partes puede ser efectuado además en forma verbal. A lo anterior, debemos añadir que cuando dos sujetos quieren realizar un negocio jurídico simulado, existe un solo proceso psicológico de las partes, es decir, los sujetos no están pensando en varios contratos, sino en crear una sola figura de apariencia.

⁶⁹ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPER, op. cit., p. 26.

⁷⁰ GUERRERO, Mario, op. cit., p. 172.

La simulación en el sistema jurídico alemán:

Es importante precisar que, en Alemania el BGB se regula la nulidad de los actos simulados, así en el parágrafo 117, se regula respecto de la simulación, lo siguiente:

Título segundo

Declaración de voluntad

§117. 1. Si una declaración de voluntad que debe dirigirse a otro, se hace de acuerdo con éste solo en apariencia, es nula.

2. Si por medio de un negocio simulado es disimulado otro negocio jurídico, se aplican las disposiciones existentes para el negocio disimulado⁷¹.

Así, Von Tuhr -en el marco del sistema jurídico alemán- sostiene que se presenta la figura de la simulación “(...) cuando el declarante está de acuerdo con el destinatario de la declaración en que éste no tenga eficacia, tratándose únicamente de despertar; a los ojos de tercera persona, la apariencia de una declaración válida y eficaz. (...) Y como según ley, se ha de estar a la voluntad real y concordante de las personas que contratan, es evidente que el negocio simulado es un negocio nulo, mientras que el otro, el disimulado, surtirá efectos (...)”⁷²

Al respecto, sostiene Karl Larens –citado por el Dr. Rómulo León- lo siguiente: “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”⁷³. Entonces, es claro que en el ordenamiento jurídico alemán, la simulación absoluta es sancionada en todos los casos con la nulidad, debido a que así ha sido establecido por el ordenamiento jurídico. Es de precisar que en Alemania, la autonomía privada está bien delimitada por el propio ordenamiento jurídico, de tal manera que los efectos del acto son los permitidos (limitados en algunos casos) por el ordenamiento jurídico legal, así señala el profesor Werner Flume:

⁷¹BÜGERLICHES GESETZBUCH (1998) *Código Civil Alemán Comentado*. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Barcelona: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 82.

⁷²VON TUHR, A. (2007) *Tratado de las obligaciones*. Traducción de W. Roces. Granada: Editorial Comares, S.L., p. 160.

⁷³MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., pp. 298 y 299.

La configuración autónoma-privada de relaciones jurídicas está determinada, por tanto, por el ordenamiento jurídico en su forma y en su posible contenido. (...)

El ordenamiento jurídico contiene, para la configuración autónomo-privada, un *númerus clausus* de tipos de actos y de relaciones jurídicas configurables por ellos. (...) Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada.

Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente, efectos jurídicos legales, en la medida que el acto de autonomía privada sólo tiene eficacia jurídica en virtud del ordenamiento jurídico.⁷⁴ |

En esa línea, es importante señalar que en Alemania, la nulidad es aplicada de manera general a todos los negocios jurídicos simulados, debido a que se interpreta que ello ha sido querido por las mismas partes intervinientes, quienes nunca han querido la existencia de ningún negocio; al respecto, señala el Dr. Leysser León:

En el derecho germano, la nulidad del negocio simulado no se justifica por el hecho mismo de la divergencia entre lo querido y lo declarado. Al fin y al cabo, esa sería la situación en las declaraciones no serias, en la reserva mental y en el error en la declaración. Lo que se afirma en la doctrina alemana es que la nulidad de los negocios no es más que una consecuencia de la aplicación del canon interpretativo que manda otorgar a las declaraciones de voluntad el significado fijado por las partes (BGB, § 133: “En la interpretación de una declaración de voluntad debe investigarse la verdadera voluntad, sin atenerse al sentido literal de lo expresado”). Si las propias concuerdan en despojar de validez al negocio que celebran, la real consecuencia de su intención no es otra que la erradicación del negocio mismo.

Una declaración simulada es nula conforme al § 117. I del BGB, y es legítima la decisión del legislador alemán –según Brox y Walter– porque el declarante y el destinatario de la declaración han dado su consentimiento en dichos términos, es decir, con mutua aceptación del carácter simulado del negocio⁷⁵.

Ahora bien, no obstante lo antes señalado, debemos indicar que en Alemania, los negocios jurídicos simulados, si bien es cierto son nulos en todos los casos, no pueden ser opuestos a los terceros de buena fe, lo cual ha sido establecido a nivel jurisprudencial, así lo señala el Dr. Wermer Flume, quien al respecto ha señalado:

⁷⁴ WERNER, Flume (1998) *El Negocio Jurídico*. Traducción de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle. Cuarta edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 24 y 25.

⁷⁵ LEÓN HILARIO, Leysser, op. cit., p. 52.

En contra de los autores del BGB, la jurisprudencia del Reichsgericht ha ido más allá de las mencionadas regulaciones especiales en la protección de los terceros que confían de buena fe en la existencia del negocio simulado, línea que, frente al parecer defendido por la doctrina en general, hay que compartir. En el derecho común, en el siglo XIX, se discutió si la nulidad en el negocio simulado también puede oponerse a un tercero de buena fe. El Reichsgericht reconoció en una sentencia pronunciada sobre el Derecho renano “que en ningún caso se puede invocar la simulación frente a un tercero cuando este tercero ha actuado en la confianza de la seriedad de la voluntad con que se ha declarado el perfeccionamiento de un negocio jurídico y ahora debe resultar perjudicado porque una parte de los (simulados) contratantes hace valer la simulación. Esta jurisprudencia ha pasado del Reichsgericht al BGB.⁷⁶

En atención a lo anterior, en Alemania la autonomía privada tiene una conceptualización inherente con el ordenamiento jurídico, pues éste es el que dota de efectos a los negocios jurídicos. Así, el autor alemán BÜRGERLICHES GESETZBUCH (en traducción de Emilio Eiranova Encinas) comenta al respecto:

La autonomía privada es parte del principio general de autodeterminación y al menos es protegida en su esencia por los §§ 1 y 2 (...). Faculta especialmente para establecer los derechos y las obligaciones, para cambiar o anular, así como para establecer reglamentaciones sobre la propia responsabilidad en el marco de la ordenación jurídica; de ahí que sea algo más que un derecho a la libertad (...). La autonomía privada pertenece a los valores fundamentales e irrenunciables de un ordenamiento jurídico de carácter liberal. No debe, sin embargo, olvidarse que la autonomía privada encierra en sí el peligro del abuso y que puede ser utilizada como instrumento para ejercer desordenadamente el poder en la sociedad. El evitar tales abusos es uno de los más nobles objetivos de la legislación y de la jurisprudencia, en un ordenamiento jurídico inspirado en el modelo del Estado Social.⁷⁷

Ahora bien, la legislación alemana sólo reconoce la simulación en materia contractual, empero, doctrinariamente se reconoce que también ésta puede presentarse en negocios jurídicos unilaterales, pero sólo en los recepticios, pues como lo dice el autor alemán Von Tuhr ello es posible porque “supone identificación de voluntades entre las dos partes (...) hay una serie de negocios de especial importancia que no son accesibles a la simulación. Entre ellos se encuentran, el matrimonio, las estipulaciones matrimoniales y la adopción”⁷⁸

⁷⁶ WERNER, Flume, op. cit., pp. 489 y 490.

⁷⁷ BÜRGERLICHES GESETZBUCH, op. cit., p. 70.

⁷⁸ VON TUHR, A., op., cit, p. 161.

La simulación en el sistema jurídico italiano:

En Italia se reguló la simulación como un supuesto de ineficacia negocial, ello en el artículo 1414° cuyo texto indica: *“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. (...)”*.

Como se puede apreciar, dicho ordenamiento jurídico no sanciona con nulidad ese tipo de negocios aparentes, sino que se trata de una figura legal de ineficacia. Es ilustrativo lo indicado por el Dr. Rómulo Morales, quien al respecto señala: *“El Código Civil italiano de 1942 reguló la simulación autónomamente a las reglas de la nulidad, otorgando la posibilidad de que los terceros pidan la inoponibilidad del contrato simulado. El contrato simulado 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”*⁷⁹

En Italia, se considera que el negocio jurídico simulado no tiene un defecto en su estructura, toda vez que sí existe la manifestación de voluntad de sus intervinientes, a efectos de que el negocio se presente como válido frente a terceros y por ello existe una declaración externa; pero a su vez, existe una declaración íntima entre las partes, en virtud al cual las partes reglamentan el negocio simulado y en dicho acuerdo interno deciden no otorgar efectos al contrato. En ese sentido, por un lado, estando a que no existe un problema en la estructura del negocio simulado y, por otro lado, son las mismas partes las que han decidido no dotar de efectos al negocio simulado, entonces podemos concluir que estamos frente a un negocio jurídico válido pero ineficaz.

Así pues, Emilio Betti, señala *“que la intención práctica de la parte corresponda al tipo de negocio elegido es un hecho normal pero no constante, ni necesario; puede ocurrir, en efecto, el negocio sea puesto en acción para alcanzar un fin distinto de aquel que su causa representa (...) La discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto puede configurar una verdadera incompatibilidad, y entonces se presenta el fenómeno de la simulación”*⁸⁰. Por su parte, Giuseppe Stolfi, haciendo referencia a este instituto, señala que la simulación *“no pertenece a los casos de discordancia entre voluntad y declaración, ya que ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el querer interno, mas ambas concuerdan en dar cierta forma a*

⁷⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo, op. cit., pp. 301 y 302.

⁸⁰ BETTI, Emilio, op. cit., pp. 294-295.

una voluntad diversa de la verdadera, de manera que en definitiva componen actos antitéticos entre sí (...)”⁸¹. En efecto, para dicho autor la simulación es una figura antitética debido a que en apariencia declaran un querer, que en el fondo no quieren, sea porque quieren otra cosa o porque en realidad no tienen intención de celebrar acto alguno. Por su parte, Francesco Messineo, afirma que “existe un contrato que se realiza tan sólo *en apariencia*; se le da aspecto de realidad, en tanto que en la intención de las partes no es efectivo: y se llama contrato simulado.”⁸²

En ese contexto, señala el Dr. Rómulo León, comentando al autor italiano Massimo Bianca:

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 negocial 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.⁸³

En conclusión, en la literatura italiana, se concluye que el negocio jurídico simulado es válido, debido a que se presenta la manifestación de voluntad de los agentes, pero a su vez ineficaz, debido a las partes son quienes voluntariamente limitan los efectos del negocio. A su vez, se señala que aquella discordancia deliberada entre la voluntad interna y la voluntad declarada termina creando un supuesto de apariencia negocial, esto es, una situación irreal producto de un acuerdo simulatorio.

El fraude en el negocio jurídico:

Respecto al fraude señalan los profesores Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud: “Utilizado por los contratantes para eludir las reglas legales –las fiscales por ejemplo-, el fraude afecta a los intereses generales; por eso suele estar sancionado con la *nulidad absoluta*. El fraude contra los acreedores de una de las partes permite ejercitar la acción pauliana sólo

⁸¹ STOLFI, Giuseppe (1959) *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 155 y 156.

⁸² MESSINEO, Francesco (2007) *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O Fontánrrosa y otros. Lima: Osbac S.R.Ltda, pp.459-460.

⁸³ MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., p. 308.

a las víctimas; (...)”⁸⁴. A lo indicado por el referido autor, debemos señalar que el fraude como tal, no conlleva utilización de la figura de la simulación, se trata pues de un acto “real” que celebra un deudor con un tercero, en el cual éste último adquiere –por ejemplo- parte del patrimonio del deudor, pero no es un negocio simulado, toda vez que existe voluntad real de adquirir el bien; eso es lo que diferencia el “fraude de acreedores”, con la simulación en sí misma; por ello es que en nuestra legislación se reputa como un negocio válido que podría tornarse ineficaz respecto del acreedor por medio de la acción pauliana.

Diversos autores, denominan a esta figura (fraude del negocio) como negocio fiduciario. Así el autor alemán Von Tuhr efectúa una clara explicación al respecto, afirmando:

En cambio, tratándose de actos celebrados para engañar a terceras personas, surge el problema de saber si el acto de disposición es puramente simulado, y por tanto nulo, o si tiene valor fiduciario. En la duda, habrá de entenderse lo segundo, ya que la finalidad perseguida por las partes es mucho más fácilmente accesible por la vía fiduciaria que por medio de las asignaciones. (...)

Tampoco tienen carácter simulado, por lo general, sino fiduciario, los actos de disposición realizados con la mira de sustraer ciertos bienes a la acción de los acreedores. Y cuanto más intensa sea la intención fraudulenta del disponente, tanta mayor razón habrá para entender que la voluntad de enajenar es real y no fingida, y que el interesado desea abrazar el medio a la par que un fin. Un traspaso simulado de propiedad sólo puede darse, a mi juicio, cuando el pretendido cliente no desee disponer materialmente de la cosa, sobre todo cuando ésta permanezca en poder del enajenante. (...)⁸⁵

La reserva mental:

Estamos frente a un supuesto de reserva mental cuando la persona declara su voluntad para celebrar determinado negocio jurídico, empero en el fondo dicha declaración no responde a su voluntad real o interna; situación que es desconocida por su contraparte. No obstante lo anterior, aquella reserva mental es irrelevante, pues, no genera efecto jurídico alguno, de lo contrario se afectaría el principio de seguridad jurídica, afectado a su vez, el comercio de bienes y servicios. Así indica el Dr. Eduardo Zannoni: “Es claro que para que exista reserva mental debe tratarse de un negocio serio, de un negocio real, en el que una de las partes desconoce que la otra declara voluntariamente querer su realización o sus efectos no

⁸⁴MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD (1960) *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, Volumen I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, p. 343.

⁸⁵VON TUHR, A., op. cit., p. 162.

queriéndolos en realidad”⁸⁶. Por su parte el Dr. Scognamiglio señala que “Aquí el sujeto declara que quiere un determinado contenido negocial, pero, en realidad, no quiere nada. Se debería concluir que el negocio es inválido por ausencia de voluntad: solución que es mucho más fácil para la doctrina criticada, siguiendo una constante tradición científica, considera, de manera prácticamente unánime, que la reserva así efectuada es del todo irrelevante”⁸⁷. Por su parte Von Tuhr, sostiene que en la reserva mental:

Media una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad cuando el declarante, cuando el declarante a sabiendas que de lo declarado no responde a su intención se lo reserva en secreto-verbigracia, en un documento o en una declaración hecha a tercero- *La reserva tácita (reservatio mentalis)* no puede engendrar los efectos jurídicos propios de la declaración. Es éste un postulado inderogable sobre el cual descansa la seguridad del comercio jurídico y la confianza sobre la palabra dada. La reserva es siempre ineficaz, aun cuando no responda, como por lo común responde, a motivos inmorales. Para que no lo sea –es decir, para que anule la declaración- es menester que la parte contraria la perciba, pues ya sabemos que, según los principios interpretativos, el destinatario de una declaración no puede atribuirle valor jurídico de ninguna especie cuando le conste que a la declaración no responde una verdadera voluntad⁸⁸.

Entonces, la reserva mental no debe afectar la validez ni los efectos del negocio celebrado, pues, ello implicaría restar los efectos del negocio por la sola voluntad de una de las partes (tratándose de negocios bilaterales) sobre la base de una voluntad interna que sólo es conocida por él (pues corresponde a su fuero personal). La responsabilidad con la que deben actuar los individuos, así como la confianza que tienen aquellos receptores de las declaraciones de voluntad en un negocio, son algunas de las razones para no alterar la validez de un negocio, ni tampoco sus efectos, cuando se pueda presentar un supuesto de reserva mental.

El autor nacional Francisco García Sayán señala:

La llamada declaración bajo reserva mental es distinta de la declaración en broma o informal. Ni el Código vigente ni sus antecedentes la contemplan o regulan, pero la doctrina se ocupa de ella y le presta tratamiento unánime. El BGB dejó sentado que una declaración de voluntad no

⁸⁶ZANNONI, Eduardo, op.cit., p. 364.

⁸⁷SCOGNAMIGLIO, Renato, op.cit., p. 254.

⁸⁸VON TUHR, A., op. cit., p. 159.

es nula por la circunstancia de que el declarante se reserve en su interior no querer lo declarado (...). Quien declara bajo reserva mental hace caer al destinatario de la declaración que está obligándose seriamente, mientras en su fuero interno carece del propósito de obligarse, o de obligarse como lo declara.⁸⁹

Por su parte, el autor Luis Muñoz Sabaté, señala sobre la reserva mental:

Concebida generalmente como simulación unilateral, ello ya nos demuestra que el factor diferencial típico radica precisamente en la ausencia de *consilium fraudes* por cuanto como decía FERRARA, la reserva se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, sien que exista concierto con el otro. (...) Corresponden a la reserva mental diversas figuras de clara significancia jurídica como por ejemplo la llamada simulación de matrimonio, el dolo y la declaración *iocandi causa*.⁹⁰

Por las citas efectuadas, podemos aseverar que doctrinariamente existe uniformidad en considerar la reserva mental como irrelevante para el surgimiento de los efectos del negocio jurídico, por tratarse es una situación “oculta”, por ello el autor alemán Werner Flume afirma “la reserva mental, por ser oculta, no impide que la reglamentación negocial se ponga en vigor voluntariamente mediante la declaración. La reserva oculta nada puede hacer frente a lo declarado voluntariamente”.⁹¹

Invalidez del contrato simulado:

Es importante hacer referencia a lo sostenido por el profesor Rómulo Morales Hervias, quien al comentar la figura del contrato simulado, señala lo siguiente:

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.

(...)

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.

⁸⁹ GARCÍA SAYÁN, Francisco Mareyra, op. cit., p. 105.

⁹⁰ MUÑOZ SABATE, Luis, op. cit., p. 118.

⁹¹ WERNER, Flume, op.cit., p. 480.

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.⁹²

Consideramos importante lo señalado por el Dr. Rómulo Morales, toda vez que va marcando una pauta luego de analizar la figura jurídica de la simulación, estableciendo de antemano una diferencia en cuanto a sus alcances, dependiendo del modelo al que sigue cada legislación. En ese sentido, para algunas regulaciones como la alemana, la simulación está afectada con el remedio negocial de la “nulidad”, mientras que la regulación italiana se inclina por la “ineficacia”; este último enfoque es de interés para la presente investigación, pues, de antemano se puede concluir que ya en alguna legislación (por lo menos en la italiana) se regula que el negocio jurídico simulado es ineficaz, por ende, es un negocio jurídico válido, pero que sus efectos no surgen, por decisión de las propias partes intervinientes.

Se advierte entonces como la doctrina moderna ha venido estableciendo nuevas luces sobre la validez o no de los actos jurídicos simulados, esto a diferencia de un sector de la doctrina clásica que siempre ha considerado “la nulidad per se” del negocio jurídico simulado.

Continúa señalando el Dr. Rómulo Morales:

Si interpretamos literalmente el artículo 190° 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 nulidad del contrato simulado, ya que se usa la misma terminología alemana de la “apariencia” del contrato simulado porque “no existe realmente voluntad para celebrarlo”.

Sin embargo, una atenta lectura de los artículos 191 y 194 nos hace constatar que el legislador peruano copió parcialmente los artículos 1414 y 1415 del Código Civil italiano de 1942 que propugna (...) 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 un punto de vista del derecho civil italiano.

(...)

Nosotros nos inclinamos por la solución italiana, por estar más acorde con la doctrina romanista, además, por el concepto de simulación, que es un contrato por el cual las partes

⁹²MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., p. 302.

impiden su vinculación mediante un autoreglamento 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.⁹³

Simulación y Falsedad: Se suele señalar que la simulación es, pues, una falsedad, empero es preciso señalar que se tratan de dos conceptos diferentes:

(...) La falsedad tiene por campo de operaciones el acto, como forma de testimonio probatorio, que ella fabrica totalmente o altera su materialidad, raspando, borrando, modificando lo escrito. Consiste en viciar la materialidad de la escritura, la parte gráfica del documento cuya fuerza probatoria se quiere modificar. No así en la simulación. Donde los contratantes fingen o altera la verdad subjetiva del consentimiento manifiesto, declarando una cosa no querida de aquel modo. (...) La falsedad es una alteración física de lo escrito; la simulación, una alteración intelectual de lo querido.⁹⁴

Simulación por interpósita persona: Decíamos en líneas precedentes, que nuestra legislación civil ha regulado la figura de la simulación –fundamentalmente– desde dos vertientes, la simulación absoluta y la simulación relativa. Ahora bien, es importante señalar que la simulación relativa es aquella en la que las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, teniendo efecto entre las partes el acto oculto, siempre que éste cumpla con los requisitos previstos por ley. Manuel Albaladejo, afirma que la simulación puede ser absoluta o relativa, precisando que en ésta última “se oculta uno, totalmente o parcialmente uno distinto, verdaderamente querido, pero disimulado (*colorem habet substantiam vero alteram*). (...) en la simulación relativa, el fin del negocio simulado sí es de ocultar al disimulado, o a los elementos disimulados, para que los efectos que aparecerán al exterior se crean procedentes de un negocio que no es aquél del que realmente proceden”⁹⁵.

El artículo 192° del Código Civil Peruano, establece como una modalidad del negocio jurídico simulado en forma relativa, aquél en el que “**intervine interpósita persona**”, es decir, existe una voluntad de celebrar un determinado negocio jurídico, pero alguna o todas

⁹³Ídem, p. 313.

⁹⁴CORNET, Manuel (2011) *Simulación del Acto Jurídico* en OSTERLING PARODI, Felipe y otros (coordinadores) *Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*, Tomo I. Lima: Idemsa, p. 547.

⁹⁵Albaladejo, Manuel (1993) *El negocio Jurídico*. Segunda edición. Zaragoza: Cometa S.A., pp. 177-178.

las partes se ponen de acuerdo para utilizar terceras personas en la celebración de dicho negocio, con el propósito de “simular o aparentar” que son estos terceros los que realmente habrían celebrado el negocio, empero, en el fondo el negocio es celebrado por otros sujetos. Gabriela Rosello, de una forma didáctica y sencilla, señala que este tipo de simulación relativa:

Se presenta cuando se adquieren o transmiten derechos o bienes a personas que sólo aparentemente tienen la calidad de intervinientes en el acto, ya que el verdadero sujeto del derecho a quien se transmiten derechos o bienes es otro que no figura como parte; es decir, consiste en hacer aparecer en el acto algún sujeto diverso del verdadero. En este punto cabe recordar que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que existe negocio simulado en el acto de interposición de personas si hay acuerdo de voluntad de todas las partes intervinientes en el negocio.⁹⁶

Advertimos entonces que en los negocios simulados por interpósita persona, existe “voluntad de celebrar el negocio”, lo que no existe es “voluntad de aparecer como agente del negocio”. Se puede afirmar entonces que existe un negocio disimulado en el que existe una contradecaración (sinceramiento de las cosas) entre los verdaderos intervinientes, quienes consienten la intervención de terceros como supuestos titulares. El negocio simulado (oculto u aparente) se presenta al exterior como versión final de las cosas, esto es, con la intervención de agentes que solo son “titulares aparentes”, pero en la realidad no han adquirido ni derechos ni obligaciones; sin embargo, el negocio sí contiene una reglamentación de intereses que –en principio– sí responde a los intereses de los “interponentes”, por tanto, debe ser cumplido en tales términos. El típico caso de simulación por interpósita persona es el de los denominados “testaferros”, en el cual terceras personas celebran diversos negocios jurídicos en la que el titular o verdadero agente del negocio se mantiene en la clandestinidad. El profesor Rómulo Morales, comentando el artículo 192° del Código Civil Peruano, afirma lo siguiente:

Este supuesto se da cuando en un negocio jurídico aparece como parte un sujeto (interpuesto) que es una persona distinta de la verdadera parte (interponente) el interpuesto aparece como parte del negocio, pero no realiza ninguna actividad, no adquiere en realidad ningún derecho, sirve solo de intermediario entre los interesados (interponente y contraparte). Para llegar a este negocio es necesario un concreto acuerdo de simulación (contradecaración) entre las partes del

⁹⁶ROSELLO, Gabriela (2006) *Simulación* en GUERSI, Carlos (Director) *Nulidad de los Actos Jurídicos Civil – Comercial- Penal-Procesal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 105.

negocio simulado y el tercero interponente. El negocio simulado es realizado por una persona (interpuesto) que interviene para ocultar quien hace una enajenación, o quien será el verdadero o definitivo titular de la situación jurídica subjetiva que se transmite. Hay un acuerdo entre todos los partícipes del negocio disimulado (contradecларación). El titular (interponente) de las situaciones jurídicas subjetivas, el intermediario (interpuesto) y la contraparte. Se disimulará que el negocio se celebra entre el intermediario y la contraparte, pero en realidad el negocio se efectuará entre el titular de las situaciones jurídicas subjetivas con el tercero. El intermediario finge intervenir como parte del negocio jurídico simulado.⁹⁷

Ahora bien, corresponde explicar una diferencia de esta figura jurídica con otra figura respecto de la cual se presentan algunos elementos comunes. Nos referimos a la figura de la “**Representación Indirecta**”, la misma que también representa un supuesto de “interposición”. En la representación indirecta se manifiesta cuando un agente celebra el negocio en nombre propio, pero en resguardo de los intereses de un tercero, el cual no es mencionado en la celebración del negocio jurídico. En ese sentido, “dicho resguardo de intereses de un tercero” puede o no ser conocido por la contraparte, lo cual es irrelevante, toda vez que lo importante es los efectos jurídicos del negocio surtirán entre las partes celebrantes y so se extienden al tercero. En un segundo momento, le corresponderá “al sujeto interpuesto” celebrar un nuevo negocio con el sujeto que representó de manera indirecta, a efectos de transferirle los derechos y obligaciones que correspondan.

En nuestra legislación, la representación indirecta se encuentra regulada dentro del contrato de mandato a través del “mandato sin representación” (artículos 1809° y 1810° del Código Civil), en los que se establece:

Artículo 1809.- *El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato.*

Artículo 1810.- *El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.*

Sobre la representación indirecta el profesor Fernando Vidal Ramírez señala que:

⁹⁷ Morales Hervías, Rómulo (2003) En: *Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 611 y 612.

La representación indirecta se configura, pues, cuando quien interviene en el acto representativo manifiesta su voluntad como si lo celebrara en nombre propio, o recibe una declaración de voluntad, también como si actuara en nombre propio, y, en ambos casos, sin poner de manifiesto que está cuidando intereses ajenos. (...) El representante que actúa como un representante indirecto es quien adquiere los derechos y obligaciones que derivan del contrato celebrado, teniendo, respecto a tales derechos u obligaciones, únicamente una posterior obligación de transmitirlos, atribuirlos o destinarlos al representado.⁹⁸

Habiendo efectuado las definiciones antes mencionados, las principales diferencias que encontramos entre la representación indirecta y la simulación relativa por interpósita persona:

(i) En el negocio por interpósita persona, existe un acuerdo de todos los intervinientes, es decir, todos conocen que existirá un acto de simulación en el sujeto (s); mientras que en la representación indirecta, la contraparte (distinta al representante) puede o no conocer que el agente (representante) actúa en resguardo de intereses de un tercero.

(ii) En el negocio celebrado con representación indirecta, los efectos del negocio se extienden únicamente entre las partes celebrantes del negocio, de ninguna manera se extienden al poderdante o representado; mientras que, en la simulación relativa por interpósita persona, al existir un “titular aparente” y “conocimiento de todos los involucrados”, los efectos del negocio se extienden al “verdadero agente”, es decir, a aquel titular de la contradecларación.

(iii) En la simulación relativa por interpósita persona para que los efectos del negocio se extiendan al “verdadero agente”, no se requiere de un acto posterior, mientras que, en el negocio con representación indirecta, para que los efectos se extiendan al representado sí se requiere de un nuevo negocio jurídico entre éste y su representante.

(iv) Finalmente, en la simulación relativa por interpósita persona, existe un “animo de engaño (*animus simulandi*)”, es decir, el aspecto subjetivo de los intervinientes es crear una situación aparente, mientras que, en el negocio con representación indirecta, no existe

⁹⁸VIDAL RAMIREZ, Fernando (2005) *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 313-314.

ningún ánimo de engaño, pues, las partes se obligan entre ellos y los efectos del negocio se quedan en ese ámbito *inter partes*.

Los efectos de la simulación entre las partes:

Consideramos importante señalar de antemano los efectos que pueden o no generar los negocios jurídicos simulados es un aspecto controvertido en doctrina, pues algunos autores señalan que este tipo de negocios no genera ningún efecto legal, pero otros señalan lo contrario. No obstante la precisión efectuada, debemos de indicar que en el marco de un negocio simulado, las partes simulantes no buscan engañarse a sí mismas, toda vez que estos realmente son consientes de sus intereses y de lo que buscan con el supuesto de apariencia. En ese contexto, entre ellos regirá –indudablemente- la voluntad real.

Sobre esto último señalan los profesores Marcelo Planiol y Jorge Ripert (en traducción del Dr. Mario Díaz Cruz), lo siguiente:

En términos generales, la simulación no constituye una causa de nulidad. Esto ha sido definitivamente aceptado por la doctrina (...) y la jurisprudencia (...). Todo contrato cuya causa u objeto sean lícitos obliga a los que hubiesen consentido (art. 1134). La ley debe asegurar el respeto a la palabra empeñada y por ello, cuando el art. 1321 decide que los contra-documentos carecen de efectos respecto a los terceros, declara que sí los surten entre las partes. Por consiguiente, la simple simulación puede hacerse valer por una de las partes contra la otra y las relaciones entre ellos se regirán por el convenio secreto y por la realidad de los hechos.⁹⁹

Por su parte, señala el Dr. Francesco Galgano:

Razonando desde la lógica abstracta, se deberá concluir que el contrato simulado es nulo: no hay contrato válido sin declaración de voluntad de las partes, y el contrato simulado, precisamente por ello, es un contrato no querido. Siguiendo esta lógica abstracta la jurisprudencia habla de nulidad del contrato simulado, y la misma conclusión llegan también prudentes doctrinas; ni siquiera ha faltado un autor que incluso ha entendido que “el contrato simulado debe considerarse jurídicamente inexistente (...). Sin embargo, es un hecho que el Código civil califica no como nulo sino como ineficaz el contrato simulado (art. 1.414) al distinguir la acción de simulación de la acción de nulidad (art. 2.653, n.4 y n.6) y lo que es más importante, regula la simulación de modo absolutamente distinto de la nulidad (...). Además,

⁹⁹PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., p. 467.

quien se expresa en términos de nulidad termina posteriormente constatando que la simulación, a diferencia de la nulidad, no puede ser declarada de oficio por el Juez, que no es susceptible de conversión, y que, por el contrario, admite confirmación.¹⁰⁰

En consecuencia, el negocio jurídico simulado no puede generar efectos entre las partes, respecto del negocio creado en apariencia. Esto debido a que en una compra venta, no se llegó a transferir la cosa, esto es, el sujeto no se despojó del supuesto derecho transmitido. No obstante lo anterior, consideramos que determinados efectos jurídicos sí se generan entre las partes, esto debido a que en el acuerdo simulatorio, las partes han podido reglamentar la existencia de determinados derechos y obligaciones. Incluso el propio Código Civil reconoce una acción indemnizatoria derivada del negocio simulado (artículo 2001°, inciso 2). Siendo esto así, discrepamos cuando el autor Francisco Ferrara afirma que: “Ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda como antes y los cambios ocurridos en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad y de contenido real”¹⁰¹.

El contradocumento:

Es usual que en los supuestos de celebración de negocios jurídicos con simulación absoluta (también con simulación relativa), exista un contradocumento que permita –de una u otra forma- dotar de cierta confianza a las partes contratantes a efectos de que ésta no sea quebrantada. El contradocumento contiene el acuerdo simulatorio, en el cual las partes no sólo reconocen la figura de la simulación, sino que, además reglamentan sus obligaciones e incluso atribuciones.

Es importante precisar, además, que en la figura de la simulación (sea absoluta o relativa) siempre existirá un acuerdo simulatorio entre las partes, pero ello no siempre se verá reflejado en la existencia de un contradocumento, entendido como el respaldo material que contiene el acuerdo simulatorio. El contradocumento, será entonces el acuerdo simulatorio material que recoge la reglamentación de intereses de las partes simulantes, en el que manifiestan la apariencia del negocio, en todo en parte, según se trate de una simulación absoluta o relativa, en la que explican los alcances de la simulación. Es importante precisar que el contradocumento no es un acto diferente al negocio simulado que se muestra como

¹⁰⁰GALGANO, Francesco., op. cit., pp. 338-339.

¹⁰¹FERRADA, Francisco, op. cit., p. 287.

realidad, sino que es una parte y/o etapa de todo el proceso simulatorio. La ventaja del contradocumento radica en la facilidad que tiene para acreditar la simulación. Como lo dice el Dr. Francesco Messineo: “Si el acuerdo simultarorio está redactado por escrito, resultará más fácil la prueba de su existencia para quien dispone del documento que lo contiene o consiga apoderarse de él. Tanto cada una de las partes del contrato simulado, como un tercero perjudicado podrá beneficiarse de él.”¹⁰²

Al respecto, el Dr. Guillermo Borda hace la siguiente definición:

El contradocumento es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado.

Por lo común, se otorga al mismo tiempo que el acto aparente; pero esta simultaneidad no es un requisito esencial, puesto que puede haberse otorgado antes o después del acto. Lo necesario no es una simultaneidad material, sino intelectual, según la expresión muy citada de Demolombe; en otras palabras, lo que importa es que el contradocumento exprese la verdadera voluntad de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente; pero si la nueva declaración de voluntad significa en realidad una modificación de la anterior, ya no se estará en presencia de un contradocumento, sino de un acto nuevo.¹⁰³

En esa misma línea, señala el profesor Louis Josserand:

Hay que formular, sin embargo, dos observaciones, que destacarán la exacta significación del principio:

A. El acto simulado no puede tener más fuerza que si hubiera hecho ostensiblemente; si el engaño no es una causa de nulidad, no podría convertirse, por lo menos en tesis general, en una fuente de ventajas (...). Si, pues, la convención secreta presenta un vicio independiente de la simulación cometida con ocasión de la misma, debe ser considerada como nula; así ocurriría si emanase de un incapaz o si fuese contra una regla de orden público; se puede hacer clandestinamente lo que la ley permite hacer abiertamente, pero nada mas.¹⁰⁴

¹⁰²MESSINEO, Francesco, op.cit., pp.54.

¹⁰³BORDA, Guillermo A, op. cit., p. 164.

¹⁰⁴JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 228.

Siendo el contradocumento, un elemento importante como “prueba” de la simulación (absoluta o relativa), ésta debe reunir ciertas características y/o requisitos. Así señala el autor argentino Jorge Mosset Iturraspe:

- a) Debe ser firmado por las partes o por la parte a quien se opone. Vale decir, entonces, que el contradocumento puede instrumentar tanto un negocio jurídico bilateral como una declaración unilateral. No requiere términos sacramentales, ni formas especiales, cuando es redactado por instrumento privado. (...)
- b) Debe referirse al acto celebrado por las partes con simulación absoluta, relativa, total, parcial, lícita o ilícita, explicando el sentido verdadero del negocio.
- c) Puede extenderse antes, simultánea o posteriormente a la celebración del negocio simulado, requiriéndose sólo que exista unidad de vinculación entre ellos, “simultaneidad intelectual”¹⁰⁵

Entonces el contradocumento no necesariamente existe siempre dentro de la figura de la simulación, pero tampoco cabe duda alguna que constituye la prueba por excelencia que acredita un negocio jurídico simulado, por ello, el contradocumento es estudiado en la doctrina dentro del sub capítulo de la “prueba de la simulación”¹⁰⁶. El contradocumento deberá ser firmado por las partes simulantes, pues, ésta recoge la voluntad de celebrar un negocio con esas características y deberá estar vinculado directamente con el negocio que se creó o se va a concretar en apariencia. Cuando no exista contradocumento, se deberá recurrir a otros medios para acreditar la existencia de esta figura, tales como testigos, pericias, declaración de parte, prueba indiciaria o incluso una presunción judicial.

Criterios de interpretación de la voluntad:

Tradicionalmente siempre ha existido una aguda discusión sobre la forma de interpretar los negocios jurídicos. En tal sentido, se discute si se debe lograr conocer la “voluntad interna” o en todo caso “la voluntad declarada”. Consideramos que resulta utópico pretender conocer únicamente la voluntad interna, toda vez que en algunos casos es difícil qué es lo que en realidad quiso una persona, ya que ello pertenece al fuero interno. Por ello es que la voluntad interna y la voluntad declarada son las que en conjunto deben ser objeto de análisis, debiendo ponerme un mayor énfasis en ésta última.

¹⁰⁵ MOSSET ITARRASPE, Jorge, op. cit., pp. 37-38.

¹⁰⁶ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., p. 475.

Sobre la postura que asumimos, es importante lo que menciona el Dr. Gastón Fernández Cruz:

(...) Sin embargo, la gran mayoría de autores contemporáneos están hoy de acuerdo que la labor interpretativa debe regirse por una concepción objetiva, que identifica la labor del intérprete en la búsqueda de la común intención de las partes que otorga un valor objetivo al contrato deducible de las declaraciones y conductas de las partes. En ese sentido, ha señalado bien FERRI que al interpretar el contrato se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes y ésta “(...) al significar un punto de encuentro o combinación de dos voluntades distintas, no coincide necesariamente una con la otra, si con la suma de ambas, sino con algo que está fuera de cada una de ellas. (...)

Repárese entonces que siempre deberá ser objeto de interpretación una declaración de voluntad y, por lo tanto, no puede pretenderse por vía interpretativa entrar a la conciencia de los sujetos, pues, su fuero interno sólo a ellos pertenece y sólo a ellos lo conocen. (...)

Finalmente, la evolución de la teoría del negocio jurídico hacia la hoy mayoritariamente conocida y aceptada “Teoría Preceptiva del Negocio”, en donde el negocio jurídico no es ya un simple supuesto de hecho que contiene declaraciones de voluntad, sino un precepto social, entendido como una autorregulación de intereses privados socialmente útiles o socialmente razonables, no enervará la afirmación de que objeto de interpretación es siempre la declaración de voluntad que, para el caso en concreto, deberá estar referida al análisis de la común intención de las partes objetivada en el acuerdo contractual.¹⁰⁷

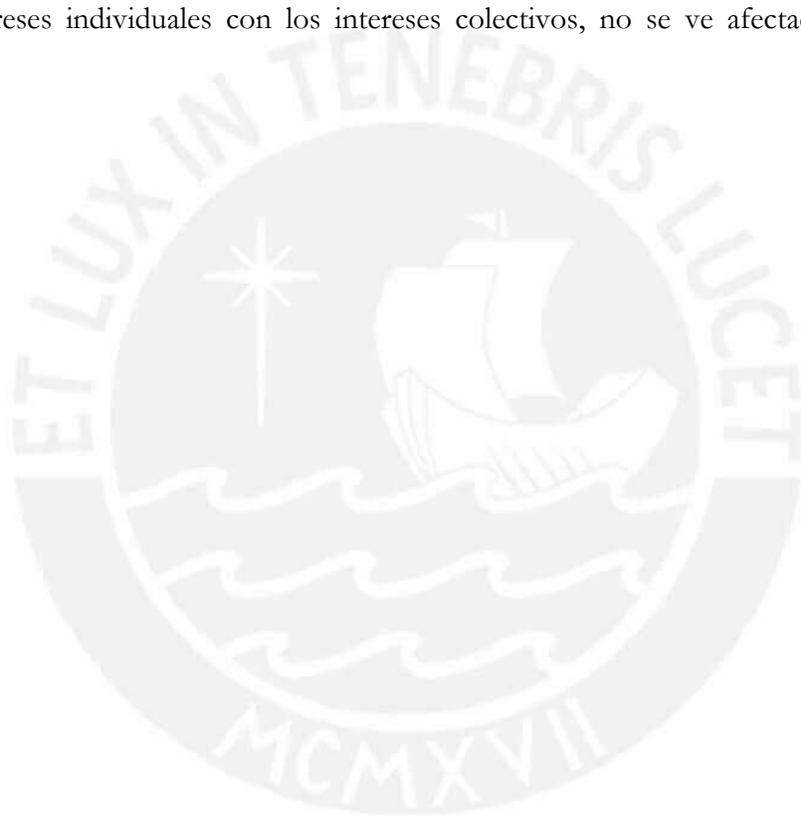
En esa misma línea, señala el Dr. Leysser León:

Porque en el Perú no ha escapado a la propagación de tesis inquisidoras del voluntarismo, que no denotan más que una resonancia de los comentarios (...) Se ha escrito en tal sentido, que el voluntarismo constituye “una concepción completamente individualista y artificial de los comportamientos del hombre que producen consecuencias legales. “Individualista” porque se deja de lado toda valoración social y normativa, y “artificial” porque se pretende hacer creer que es en la voluntad del individuo donde reposa la esencia del concepto mismo de acto jurídico.¹⁰⁸

¹⁰⁷ ALPA Guido, FERNANDEZ CRUZ Gastón y otros (2003) *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano*. Lima: Ara Editores, pp. 730 - 732.

¹⁰⁸ Ídem., pp. 836-838.

Por lo expuesto, consideramos importante señalar que a nuestro juicio la simulación del negocio jurídico es un acto voluntario y consciente, en el que existe un reglamento de intereses entre las partes simulantes (acuerdo simulatorio), pero sobre todo, es una clara manifestación de la autonomía privada, esto es, una manifestación de la libertad de los individuos que –en el marco de su soberanía negocial- no necesariamente afecta el orden social y que en muchas ocasiones puede tener cierta utilidad para las personas, sin que se afecte los derechos o intereses de terceros. Cabe traer a colación un comentario efectuado por el profesor Ángel Falzea, quien señala que debe existir una compatibilidad del sistema de intereses individuales con el sistema de los intereses comunes.¹⁰⁹ Entonces, si no nos encontramos frente a una simulación ilícita, consideramos que la compatibilidad o armonía de los intereses individuales con los intereses colectivos, no se ve afectada ni tampoco amenazada.



¹⁰⁹FALZEA, Ángel (1997) “El negocio jurídico y autonomía individual”. Traducción de Rómulo Morales Hervias. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2007, No. 58, p. 263.

CAPITULO SEGUNDO

“La simulación como mecanismo de creación de apariencia negocial y de sus efectos”

Consideramos importante determinar cuál es la naturaleza de la simulación como figura jurídica; en tal sentido, en el presente capítulo vamos a sostener que la simulación no es sino un mecanismo para generar “apariencia negocial”, explicando además cómo es que siempre existe una finalidad en la realización de este tipo de actos, lo que en doctrina denominan la *causa simulandi*. En esa misma línea, sostendremos los efectos –que a nuestro criterio- pueden generar los negocios jurídicos simulados (aún cuando estemos frente a una simulación absoluta), de tal manera que ello podría ser un punto de partida para justificar porqué no en todos los casos se deba considerar nulos este tipo de negocios, más aún cuando pueden tener cierta utilidad.

1) La simulación del negocio jurídico: un mecanismo para generar un supuesto de apariencia negocial.-

En primer lugar, debemos dejar en claro que la simulación es un medio para generar un supuesto de apariencia negocial, un negocio jurídico imaginable, el mismo que necesariamente contiene un acuerdo de voluntades de los intervinientes, quienes, a través de dicho acuerdo, regulan y/o reglamentan los alcances del negocio simulado, plasmando intereses, atribuciones y su finalidad. Erich Danz, señala por ejemplo que en los negocios jurídicos simulados se presenta un cambio de palabras que sólo tienen valor aparente¹¹⁰. En ese sentido, consideramos que no es tan correcto señalar que a través de la simulación “no existe una voluntad”; por el contrario, el negocio jurídico simulado constituye un acto netamente voluntario, empero la voluntariedad está orientada, justamente a crear una situación de apariencia, que textualmente no se encuentra regulada como tal en nuestro ordenamiento, pero sí es recogida por el mismo; siendo una clara manifestación de ello lo regulado por ejemplo en el artículo 2014° del Código Civil Peruano, en la cual se regula “*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se*

¹¹⁰DANZ, Erich (1955) *La interpretación de los negocios jurídicos*. Traducción d Francisco Bonet Ramos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 24.

anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. (...)”.

Existen otros ordenamientos jurídicos que sí regulan la figura de la simulación como un supuesto de apariencia; así por ejemplo el BGB en su parágrafo § 117 establece: “Si una declaración de voluntad que debe dirigirse a otro, se hace de acuerdo con éste solo en apariencia, es nula”¹¹¹. Esto es recogido en las definiciones que, sobre esta figura, realizan autores alemanes, como es el caso de Von Tuhr, quien, al definir la simulación del negocio jurídico, señala que a través de esta figura únicamente se trata de “despertar; a los ojos de tercera persona, la apariencia de una declaración válida y eficaz”.¹¹²

Autores como G. Ripert y J. Boulanger, también definen a la simulación “entendida de manera más amplia, la simulación es el hecho de crear una falsa apariencia en la conclusión de un contrato.”¹¹³ En esa misma línea, Giuseppe Stolfi también sostiene que la simulación “presupone únicamente: -Inteligencia o acuerdo entre dos personas. Estructurar un acto que se cumple sólo en apariencia.”¹¹⁴

En esa misma línea, el autor italiano Angelo Falzea señala al respecto:

En principio la doctrina concuerda en considerar que la apariencia se relaciona con una situación jurídica y, más precisamente, con un derecho subjetivo: se habla, justamente, de *apariencia jurídica*, de *apariencia del derecho*, de *apariencia de la situación jurídica* o, con una expresión específicamente construida, de *apparentia iuris*. Una situación jurídica *aparenta* existir, aunque realmente no existe. Esta circunstancia de aparentar pero no ser, hace que entren en juego intereses humanos relevantes que la ley no puede ignorar. El problema consiste, entonces, en identificar el significado jurídico del fenómeno, y su categoría teórica correspondiente. (...)

Partiendo de la inmediata sugestión etimológica del término, se puede observar que la apariencia es un apareamiento: el apareamiento de lo irreal como real. (...)

¹¹¹ MORALES HERVIAS, Rómulo, op. cit., p. 302.

¹¹² VON TUHR, A, op., cit, p. 160.

¹¹³ G. RIPERT Y J. BOULANGER (2003) La simulación. En QUICENO ALVAREZ, Fernando (compilador) *La Simulación en los Actos Jurídicos*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial jurídica bolivariana, p. 543.

¹¹⁴ STOLFI, Giuseppe, op. cit., p. 155.

Advertimos, entonces, que la apariencia tiene una estructura compleja. Ella es- anotémoslo vagamente, por ahora- un quid relacional: el aparecimiento es un transparentar, un fenómeno que aparece a través de otro fenómeno.¹¹⁵

Por su parte, señala el Dr. Mendoza del Maestro que: “(...) la figura de la apariencia es aquella situación de hecho que manifiesta como verdadera una figura jurídica inexistente y que por causa de error excusable de quien de buena fe confía en dicha situación, genera un nuevo derecho a costa de la propia realidad.”¹¹⁶ En esa misma línea, el autor nacional Juan Espinoza Espinoza señala que: “En la situación de apariencia, nos encontramos frente a una situación compleja, en la cual concurren una situación real y una aparente. En este caso, en virtud del principio de seguridad del tráfico jurídico, se protege al tercero que, de buena fe ha confiado razonablemente, en la situación de apariencia, no pudiéndose oponer la situación real.”¹¹⁷

Por su lado, los autores franceses, Henry y Leon y Jean Mazeud señalan:

La simulación es una manifestación de la teoría de la apariencia. Los terceros tienen el derecho de averiguar la realidad tras la apariencia.; es la acción decorativa de simulación. Pero poseen igualmente el derecho –y en esta dirección la apariencia es verdaderamente creadora de derecho- de invocar la apariencia, de imponerles a las partes las consecuencias de un acto que no han querido celebrar. (...) ¹¹⁸

No obstante lo anterior, Ferrara señala que el negocio simulado es diferente al acto aparente, pero a su vez reconoce que el acto aparente se deriva muchas veces de un contrato simulado, generalizado por la costumbre y tolerado por la jurisprudencia.¹¹⁹. Comentando la posición de Ferrara, Mariano Gagliardo afirma que: “lo cierto es que, a la hora de aplicar los distingos, no puede soslayarse que la simulación es el hecho de crear una falsa apariencia en la conclusión de un contrato y en el art. 955, del Código Civil, una

¹¹⁵ FALZEA, Angelo (1997) *El principio jurídico de la apariencia*. Traducción de Leysser León. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Lima, 2006, No. 59, pp. 182-183.

¹¹⁶ MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto (2013) *La fe pública registral y la falsificación de documentos*. Inédito, p. 25.

¹¹⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, op. cit., p. 337.

¹¹⁸ MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD, op. cit., p. 118.

¹¹⁹ FERRADA, Francisco, op. cit., p. 109.

de las notas legales que configuran la simulación, precisamente, es obrar “bajo la apariencia de otro” (...).”¹²⁰

De otro lado, la jurisprudencia peruana no ha sido ajena a esta consideración. Con fecha 12.06.2008, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema emitió la sentencia casatoria en el expediente Cas. 1147-2008 UCAYALI, la cual fue publicada en el diario oficial El Peruano el 03.09.2008, en la cual señaló lo siguiente: “Y la causal de nulidad referida a la simulación absoluta es una manifestación concreta de la apariencia jurídica intencionalmente creada, es decir, cuando el negocio simulado por decisión de las partes aparenta la existencia de una reglamentación negocial que en realidad no es querida (...).”¹²¹

En esa misma línea, En la Casación No. 1297-Arequipa, la Corte Suprema estableció que el acuerdo simulatorio: “está dirigido a dar creación a un acto sin contenido, ya que en la voluntad de los simulantes no existe intención de que el acto produzca efectos jurídicos más allá del propósito de engañar a los demás; la simulación es absoluta porque el acuerdo simulatorio recae en la existencia del acto; es decir, que no existe voluntad real de celebrar un acto jurídico y sólo en apariencia se celebra detrás del acto aparente no existe ningún acto jurídico”¹²².

Debemos señalar que la apariencia como figura jurídica cumple determinadas funciones, así señala el Dr. Jorge Vega Soyer, que “la apariencia cumple dos funciones: una de tipo privado, consistente en la defensa de la buena fe, derivado de haber creído en una circunstancias unívocas determinadas; y otra de orden público, destinada a dar carta de naturaleza a una realidad necesaria para que no queden afectados determinados valores, tales como el tráfico jurídico y su seguridad en las adquisiciones a non domino.”¹²³

¹²⁰ GAGLIANO, Mariano (2008) *Simulación Jurídica*. Buenos Aires: La Ley, p. 179.

¹²¹ EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE (2008) Nulidad de Acto Jurídico: falta de manifestación, simulación absoluta y objeto física o jurídicamente imposible. *RAE Jurisprudencia*. Lima, Octubre 2008, Tomo 7, pp. 155-163.

¹²² EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE (2010) La nulidad del acto jurídico por simulación absoluta. *RAE Jurisprudencia*. Lima, Diciembre 2010, Tomo 30, pp. 51-56.

¹²³ VEGA SOYER, Jorge (2008) “La protección a la apariencia jurídica” En CASTILLO FREYRE, Mario (coordinador) *Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 298.

En atención a lo antes indicado, podemos afirmar que la simulación absoluta (y también la relativa) de un negocio jurídico, constituye un mecanismo para crear una situación de apariencia negocial, a través del cual se quiere dotar de realidad algo que en el fondo es irreal o imaginable, no obstante ello, existe un acuerdo simulatorio real y dotado de voluntariedad, ergo, de autonomía privada. Es indudable que las personas muchas veces se ven en la necesidad de crear una “apariencia” y aún en ese contexto, se pueden producir y reconocer determinados efectos jurídicos.

Recordemos que la autonomía privada es una manifestación de la libertad individual que las personas gozan por ser inherente a ellas y que sólo se ve limitada o restringida por el ordenamiento jurídico, siempre que exista una justificación razonable para dicha limitación; sólo en ese supuesto la limitación a la autonomía privada gozará de legitimidad; como, por ejemplo, cuando se afecta el orden público. En efecto, la autonomía privada sólo debe ser limitada cuando existan fundamentos de un orden mayor, en caso contrario, debe ser dotada de todas las atribuciones para que se pueda crear situaciones reales o situaciones de apariencia, pero con total responsabilidad y teniendo en claro que ello puede generar confianza en los terceros, quienes podrían adquirir derechos derivados de la situación aparente y que sobre ello no podrán oponer la situación de apariencia.

Así señala Angelo Falzea: “Sobre el plano individual la libertad se coloca como pretensión del hombre de gobernar su propio destino, determinando las metas a alcanzarse e imponiéndose a sí mismo la disciplina para realizarlas. Autorrealización y autodisciplina componen en su asociación el fenómeno de la autonomía, que es en conjunto, autogestión de intereses y autoresponsabilidad.”¹²⁴

Bajo este marco de ideas, debemos afirmar que la simulación absoluta como mecanismo que crea una situación de apariencia jurídica o de apariencia engañosa, no puede ser utilizada de manera indiscriminada o irresponsable, sino todo lo contrario, propugnamos que dicha figura sea utilizada de manera diligente y en casos justificados, sin que se afecte derechos e intereses de terceros; tampoco puede afectarse el orden público, entendida ésta como “(...) normas jurídicas que el estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de

¹²⁴ FALZEA, Ángelo., op. cit, p. 264.

ser necesario recurrir a ellas.”¹²⁵ Ahora bien, las normas de orden público –como toda norma- debe estar sustentada en criterios razonables aceptados por casi toda la colectividad, de acuerdo a la realidad social, de lo contrario no permitirá el avance de una sociedad, pues, como lo sostiene Henry Carhuatocto, las normas de orden público “son normas inderogables e insustituibles pues constituyen la base para la existencia y conservación del orden social, político, económico y moral de una sociedad.”¹²⁶

Ahora bien, el Dr. Santos Cifuentes, comentando los alcances del acuerdo simulatorio señala que:

(...) de común acuerdo, producen solamente la apariencia externa de la conclusión del negocio jurídico y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio.
(...)

En doctrina se han sostenido diversas tesis acerca de la naturaleza de este acuerdo. En la doctrina francesa clásica y aún moderna, ha prevalecido el criterio de que ese acuerdo y el negocio simulado son dos actos jurídicos diferentes, que se vinculan en el sentido de que aquél – el acuerdo simulatorio- modifica, altera o suprime los efectos del negocio simulado”.¹²⁷ Tampoco podemos desconocer que el acuerdo simulatorio tiene en la práctica una función “instrumental”, esto es, constituye un instrumento o medio que sirve para acreditar la existencia de un negocio simulado, ello dentro de un proceso judicial por ejemplo, empero la mayor relevancia del acuerdo simulatorio es, a nuestro juicio, que a través de ella las partes restan eficacia al negocio y se comprometen a no ejecutar aquello que naturalmente correspondería ejecutar. Nos explicamos. Si Ana realiza simuladamente (en forma absoluta) una compra venta con Bertha, en la que la primera es la vendedora y la segunda es la compradora, correspondería que Bertha pueda usar, disfrutar e incluso disponer el bien. En dicho acuerdo simulatorio, ambas partes acuerdan por el contrario, que Bertha en ningún caso podrá ejercer ninguna de aquellas atribuciones, reconociendo además Ana que nunca recibió precio alguno. En el caso, se aprecia nítidamente que dicho acuerdo serviría en principio para acreditar la existencia de un supuesto de simulación absoluta (aspecto instrumental del acuerdo), empero, fundamentalmente dicho acuerdo simulatorio acredita que las partes no quieren dotar de efectos a dicho contrato de compra venta.

¹²⁵ RUBIO CORREA, Marcial (2008) *Título Preliminar del Código Civil*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 94.

¹²⁶ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry (2010) *El Fraude y La Simulación en la Contratación Laboral*. Lima: Editora Jurídica Grigley, p. 58.

¹²⁷ CIFUENTES, Santos (1988) *Código Civil y leyes complementarias*. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 388 - 732.

Sobre lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede colegir que la declaración simulatoria que emiten las partes, como ejercicio de la autonomía privada, termina generando una situación de apariencia negocial, la cual responde a determinadas motivaciones, tal como se explicará en el acápite siguiente. En este esquema, el acuerdo simulatorio –como lo dice Massimo Bianca- asume el carácter negocial “en cuanto determina el contenido negativo del contrato estipulado o el contenido diferente que el contrato debe tener entre las partes”¹²⁸, pues con ello regulan los alcances del negocio jurídico simulado.

2) La simulación del negocio jurídico no constituye un supuesto de ausencia de fin. -

Tal como se ha indicado en el acápite precedente, desde nuestro punto de vista la simulación absoluta genera un supuesto de apariencia negocial. En esa línea, podemos afirmar que no constituye un supuesto de ausencia de causa o ausencia de fin, por lo que en las líneas siguientes explicaremos las razones de nuestra afirmación.

En principio, debemos de indicar que en la doctrina existen posiciones diversas sobre la regulación de la “causa” como elemento del negocio jurídico, toda vez que el artículo 140° del Código Civil únicamente establece como requisito de validez al “fin lícito”, sin hacer referencia a la “causa”; por su parte, el artículo 219° del mismo cuerpo normativo establece que un supuesto de nulidad absoluta del negocio es cuando se presenta un supuesto de “fin ilícito”, sin hacer referencia nuevamente al concepto de causa. Lo cierto del caso, es que desde nuestro punto de vista, el análisis del “fin” como elemento del negocio jurídico necesariamente está vinculado al concepto de la “causa”, tal como lo sostiene Lizardo Taboada.¹²⁹ Aunque en la doctrina nacional, existen posiciones muy respetables y opuestas a las del autor en mención, así por ejemplo, el profesor Leysser León, afirma que si las normas ya hacen referencia al objeto del negocio jurídico es redundante hablar de causa o fin lícito, haciendo referencia expresa al artículo 1403° del Código Civil la cual establece que “*La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita*”. Así continúa señalando el profesor Leysser León:

¹²⁸ BIANCA, Massimo., op.cit, p. 718.

¹²⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo (2002) *Nulidad del acto jurídico*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grigley, p. 113.

¿Qué es lo que debe ser lícito según ley entonces? ¿El fin, ya sea que este concepto se entienda o no como “causa”? ¿O el objeto? ¿O ambos? ¿O no tiene importancia? Las discusiones de este tenor son completamente estériles, desde luego. Creo que los esfuerzos de nuestros autores deben apuntar hacia la elaboración de una categoría general de “negocio jurídico ilícito”, para lo cual bastaría –si se observa bien- mantener la sanción de nulidad contra los negocios que sean contrarios a las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres, a la vez que impulsar y orientar en todos los niveles el recurso a estas dos importantes cláusulas normativas generales (“orden público” y “buenas costumbres”).

130

Ahora bien, de las diversas definiciones que existen sobre la causa, coincidimos con una definición contemporánea que realiza el profesor Rómulo Morales quien señala que la causa “es la finalidad concreta que el ordenamiento jurídico toma en consideración para otorgar efectos jurídicos o para denegarlos”¹³¹. Lo cual implica que en todo negocio jurídico debe existir un nivel de análisis específico de los motivos con relevancia jurídica que tuvieron las partes para celebrar el negocio en concreto y que adquirirán protección o rechazo del ordenamiento legal, dependiendo si se trataron de motivos lícitos o ilícitos. Así, por ejemplo, queda claro que cuando algunos herederos declarados como tal celebran actos de disposición del patrimonio hereditario excluyendo a otros herederos no declarados aún, ello constituye un supuesto de causa o fin ilícito, pues, se busca perjudicar a estos últimos, por ello en ese escenario, el ordenamiento legal no puede reconocer “efectos jurídicos válidos” a tales actos de disposición.

Otro enfoque de causa es el que hace referencia el profesor Lizardo Taboaba, al explicar la teoría neocausalista dual que existe preponderantemente en Francia y que plantea el entendimiento de la causa desde una óptica objetiva y también subjetiva. Según esta teoría:

La causa objetiva la entienden dentro de dicha orientación en los mismos términos que la tesis clásica, es decir, como el motivo o móvil abstracto, o típico, impuesto por la naturaleza del contrato, que determina al deudor a contraer su obligación; mientras que la causa subjetiva es concebida como el motivo concreto, impulsivo y determinante, por lo general

¹³⁰ LEON HILARIO, Leyseer y otros (2014) *El negocio jurídico*. Lima: Fundación M.J Bustamante de la Fuente, pp. 72-73.

¹³¹ MORALES HERVIAS, Rómulo (2006) *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grigley, p. 264.

común a las dos partes contratantes que han decidido la celebración del contrato; de forma tal que se pueda llegar a sancionar con nulidad los contratos que tengan una causa ilícita.¹³²

Dicho lo anterior, el autor Italiano Michele Giorgianni afirma sobre los supuestos de ausencia de causa, lo siguiente:

“La exigencia de una causa, como “requisito” del negocio queda plenamente satisfecha en los negocios que tienen en sí mismos su propia causa, es decir, en aquellos en los que la “función” satisface al mismo tiempo la exigencia causal. En ellos puede, por tanto, hablarse de falta de causa” cuando el negocio celebrado por las partes no desarrolla una función que el ordenamiento reconozca como idónea “para realizar intereses mercedores de tutela” (...) o cuando –tratándose de negocios típicos- ocasiona tal alteración en el esquema predispuesto por el ordenamiento que pierde aquella idoneidad”¹³³

En ese orden de ideas, coincidimos con Lizardo Taboada, quien señala que “no se puede construir una noción de causa completamente desvinculada de las motivaciones de los particulares al celebrar negocios jurídicos. Es decir, debemos de considerar no sólo la óptica objetiva (aspecto legal del negocio) sino también la óptica subjetiva (motivaciones concretas y determinantes de los sujetos del negocio). En esa línea, afirma el mencionado autor:

En conclusión, el valor o significado social de un negocio jurídico o contrato, no puede ser nunca consecuencia de una posición individualista del derecho, sino únicamente de una concepción social realista del mismo; no se puede, pues, desconocer la trascendencia o el valor social de cada manifestación de la autonomía privada de los particulares, no se le puede concebir únicamente como declaraciones de voluntad abstractas completamente desvinculadas de la realidad social. (...) Se debe examinar el valor social de cada manifestación de la autonomía privada, debe examinarse si las partes han buscado utilizar la

¹³² TABOADA CORDOVA, Lizardo (1996) *La Causa del Negocio Jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grigley, p. 11.

¹³³ GIORGIANNI, Michele (1976) “La causa del negocio jurídico. Estudio de derecho italiano y comparado”. En: *Revista de Derecho Notarial*. Madrid, No. NCIII-XCIV, p. 113.

estructura negocial o contractual para la obtención de algún resultado social ilícito o inmoral, o que no merece la protección jurídica por ser socialmente absurdo.¹³⁴

Afirmado lo anterior, podemos concluir que los negocios jurídicos simulados de manera absoluta solo crean supuestos de apariencia negocial, pero no constituyen un supuesto de ausencia de fin, en la medida que no se va a poder a analizar si el negocio cumplió o no con la función que el ordenamiento le reconocía como idónea y que, por tanto, merezca la protección y/o tutela de los intereses de las partes, por cuanto, es lógico que en la simulación absoluta las partes no buscan la celebración del negocio jurídico, sino únicamente establecer en el exterior una apariencia de negocio.

Así por ejemplo, cuando Juan transfiere su inmueble a Pedro a través de un negocio con simulación absoluta (compra venta), no busca generar el traslado jurídico del bien, sino simplemente que los terceros asuman que el propietario del bien es Pedro, lo cual no se materializa sino a través de la creación de una “apariencia”, mediando entre ambos agentes simulantes un acuerdo simulatorio, es decir, un reglamento de intereses que puede establecer derechos y obligaciones entre ellos en relación al negocio simulado y a su comportamiento frente a terceros. Es decir, poco o nada les importará a las partes simulantes ni tampoco al derecho, analizar la función propia del “traslado real de inmueble”, pues, ello no es objeto de la simulación absoluta que realizan, ni siquiera de manera indirecta. Por el contrario, la apariencia jurídica, como afirma Bustos Pueche, está constituida por una situación verosímil pero contraria a la realidad; “verosímil porque objetivamente la información ofrecida a terceros se expone adornada de signos externos que permiten pensar a cualquier persona prudente que coincide con la realidad, que es veraz (...).”¹³⁵

No obstante lo anterior, en la presente investigación buscamos que los reflectores se orienten a analizar de una manera diferente la “simulación absoluta lícita”, es decir, aquella en el que las partes realizan simuladamente determinados negocios en las que no se busca afectar el orden público ni intereses de terceros, es decir, existe un motivo positivo en la realización de tales conductas, por tanto, no debería considerarse *per se* su nulidad como lo sanciona actualmente nuestro Código Civil; sin embargo, en ello no ingresa a tallar la

¹³⁴ TABOADA CORDOVA, Lizardo, op. cit., pp. 655-656.

¹³⁵ BUSTOS PUECHE, José Enrique (1999) *La Doctrina de la Apariencia Jurídica*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L, p. 21.

valoración del ordenamiento jurídico en relación a la función concreta del negocio propiamente dicho, por no tratarse de un negocio verdadero.

3) Sobre la causa simulandi:

De otro lado, debemos hacer hincapié que un sector de la doctrina refiere que los negocios jurídicos simulados conllevan consigo la denominada “*causa simulandi*” la misma que tiene una relación directa con la finalidad lícita o ilícita con el que se realizan este tipo de negocios jurídicos.

Así el Dr. Santos Cifuentes, definiendo la denominada causa de simulación, señala que:

(...) es el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe, o a presentarlo en forma distinta de la que le corresponde. En ambos casos la simulación genera un doble orden de relaciones: a) entre las partes el acuerdo simulatorio (relaciones denominadas internas), y b) entre las partes del negocio simulado y los terceros (relaciones denominadas externas). Ese doble orden de relaciones tiene que ser adecuadamente distinguido y ellas coexisten, de algún modo en razón de la licitud o ilicitud de la causa simulandi. Porque si el fin, la intención, el móvil determinante de la simulación es lícito, es decir, no causa perjuicio a los terceros, el acuerdo simulatorio y, en su caso, el negocio disimulado (...) vincula a las partes con carácter obligatorio (...). En cambio, si el fin o el móvil determinante de la simulación fuere ilícito, es decir, si hubiere sido concertada en perjuicio de derecho de terceros, estos podrían siempre atacar el negocio simulado para tornarlo ineficaz. (...) ¹³⁶

En ese contexto, si se celebra un negocio jurídico simulado con la finalidad de evadir el pago de los tributos al fisco o para evadir el pago del crédito de un tercero o para afectar a la sociedad de gananciales, estaríamos frente a un supuesto de “*causa simulandi*” ilícita y, por ende, dicho negocio podrá ser cuestionado por el tercero perjudicado.

Cabe traer a colación algunos otros pronunciamientos emitidos por los tribunales peruanos en los que se demostró la existencia de una *causa simulandi* negativa o ilícita, declarándose la nulidad de aquellos negocios simulados.

Exp. 499-51-Lambayeque, Ugaz v. Ugaz, R.S 14-08-1952-Perú en Vega Vega 1998,272:

Es nula la venta realizada por el deudor alimentario quien transfiere un bien inmueble a su empleada doméstica, la cual carece de capacidad económica para solventar la adquisición.

¹³⁶CIFUENTES, Santos, op.cit., p. 955.

Tal venta sólo tiene por objeto enervar el derecho de alimentos de la cónyuge e hijos del vendedor. Otro indicio importante de la simulación es que el apoderado del vendedor en el juicio de alimentos, es también apoderado del comprador en esta acción.

Exp. 1625-47-La Libertad, Núñez v. Muñoz, RS 22-10-1946-Perú en Vega Vega 1998,273

Es nulo el contrato de compra venta al haberse probado en juicio que el único propósito de los contratantes era simular una transferencia patrimonial con el fin de burlar derechos alimentarios. En el presente caso el vendedor enajena un inmueble a favor de su hermana con posterioridad a ser notificado con la demanda de alimentos, pero continúa ejerciendo todos los catos de dominio. Generalmente los contratos simulados se celebran entre personas muy allegadas, lo cual facilita el engaño a terceros.¹³⁷

No obstante ello, la “*causa simulandi*” puede ser lícita, cuando por ejemplo, un padre para estimular que su hijo trabaje o estudie una profesión transfiere sus bienes a un tercero a través de negocios jurídicos simulados; o cuando, por ejemplo, el empresario transfiere sus bienes a un tercero, a efectos de no ser víctima de extorsión o secuestro de diversas organizaciones delictivas o cuando pone determinados bienes a nombre de un tercero para evitar que sus familiares, por ejemplo, le soliciten mutuos y/o préstamos, siendo ello una situación que busca ser evitada por el agente. Podemos afirmar entonces que la causa simulandi es el “móvil” que tienen las partes para celebrar un negocio simulado, el motivo y/o el porqué para crear una apariencia jurídica. Nótese, entonces, que la causa de la simulación siempre va existir, pues, es inverosímil creer que las partes simulan un negocio sin ninguna motivación, sin ningún móvil que determine dicho accionar. Es más, en general todos los negocios jurídicos son celebrados por una motivación de las partes contratantes.

Adviértase, además, que la causa de la simulación, en puridad no tiene una definición positiva o negativa, ya que simplemente es el motivo que determina un acto de simulación. Decíamos que en los temas de simulación existe siempre una *causa simulandi*, pues, las partes realizan un negocio jurídico simulado con alguna finalidad (lícita o ilícita). En esa línea, señala el autor argentino Mosset Iturraspe: “la *causa simulandi* es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, el por qué del engaño, es decir, el engaño obedece siempre a una

¹³⁷ TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario (2010) *La Nulidad del Acto Jurídico y Las Incoherencias de su Tratamiento*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante SAC, p. 165.

causa”¹³⁸. Existen algunos autores como Colin y Capitant, quienes sostienen que “un contrato simulado es un contrato sin causa o con causa falsa”¹³⁹; opinión similar es la manifestada por Reynaldo Tantaleán, quien también afirma que “en un negocio jurídico afecto a simulación absoluta falta la causa del acto”¹⁴⁰; sin embargo, consideramos que ello no se puede confundir con la *causa simulandi*, la misma que –reiteramos– sí se presenta cuando se realiza un negocio jurídico simulado, toda vez, que siempre existe una motivación o finalidad para realizar este tipo de actos.

Es posible que la *causa simulandi* forme parte del propio acuerdo simulatorio, por ello es que coincidimos con el autor Francesco Messineo quien señala al respecto lo siguiente:

El acuerdo simulatorio, por tanto, tiene un contenido más o menos complejo (...). El susodicho acuerdo, que puede redactarse por escrito y hasta en acto público” (...) pero que por regla general, es verbal, sirve para preparar y hacer posible la simulación; consiste en establecer cuál es el valor efectivo que tienen las declaraciones de voluntad de las partes, que concurren a formar el contrato simulado y, por consiguiente, cuál es el alcance jurídico que deben tener en simultáneo el contrato, considerado en su unidad, y las ulteriores declaraciones (llamadas contradecaraciones) que fueren eventualmente emitidas”¹⁴¹

En atención a lo anterior y sobre la base de la primacía de la “autonomía de la voluntad”, la simulación de un negocio jurídico, siempre responderá a un motivo o “causa concreta”¹⁴², entendido éste como las razones (o razón) que la parte busca satisfacer con la realización de una conducta. Aquellos motivos no siempre son negativos o perjudiciales, por ello si su finalidad (*causa simulando*) es lícita, entonces no siempre debe ser considerado nulo, toda vez que pueden existir razones fundadas (en mayor o menor grado) y, sobre todo, justificadas para reconocer los efectos de este acto simulado. Al respecto, coincidimos con Jorje Mosset, cuando sostiene que “en la simulación lícita el motivo

¹³⁸ MOSSET ITARRASPE, Jorge, op. cit., p. 39.

¹³⁹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, Traducción de DE BUEN, Demófilo (1943) *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus, p. 160.

¹⁴⁰ TANTALEAN ODAR, op. cit., p. 166.

¹⁴¹ MESSINEO, Francesco, op.cit., pp.459-460.

¹⁴² DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985) *El negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A, p. 228.

determinante se vincula a un interés justificado y aceptable que, a la vez, no causa perjuicio a terceros. Hay engaño, pero no perjuicio, de ahí que se lo califique como inocente.”¹⁴³

El autor argentino Juan Castro Gariboto sostiene que “la simulación es lícita cuando no tiene como fin perjudicar a terceros ni violar el ordenamiento jurídico: el fundamento de esta clase de simulación es el derecho a la reserva que tiene toda persona, con la limitación de no dañar a terceros ni vulnerar el orden jurídico”¹⁴⁴. Por su parte, Giuseppe Stolfi también señala que “semejante acuerdo no tiene en sí nada de ilícito, las partes pueden recurrir a él, por simple ostentación o por motivos de conveniencia social o de susceptibilidad individual que les induzcan a ocultar la verdadera naturaleza del negocio o el estado de sus negocios”¹⁴⁵. Entonces, la simulación del negocio jurídico siempre responde a una causa o finalidad que no siempre es indebida o perjudicial de intereses ajenos, tratándose en ese contexto en una simulación de buena fe. Entonces, como lo dice el profesor Lohmann Luca de Tena “Hay que aclarar, empero, que no es esencial al fenómeno de la simulación que el engaño (...) esté premeditadamente dirigido contra terceros para perjudicarles”.¹⁴⁶ Siendo esto así, nos preguntamos ¿Si en la simulación absoluta no necesariamente se afecta intereses de terceros, debería ser *per se* nulo? Sin adelantar aún una respuesta categórica, consideramos que al parecer la respuesta sería en sentido negativo, con lo cual es cuestionamiento que formulamos en la presente investigación a la regulación actual sobre la simulación absoluta, tendría fundamento, máxime si como lo planteamos, en el día a día se vienen produciendo simulaciones absolutas sin que se cause perjuicio a ningún tercero.

4) De los efectos del negocio jurídico simulado

En este punto, consideramos importante señalar que a nuestro criterio los negocios jurídicos simulados sí generan determinados efectos legales, no obstante tratarse de un supuesto de apariencia negocial; tales efectos se generan no sólo respecto de los terceros, sino también, respecto de las partes.

¹⁴³ MOSSET ITARRASPE, Jorge, op. cit., pp. 39-40.

¹⁴⁴ GARIBOTTO, Juan Carlos (1991) *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, p. 216.

¹⁴⁵ STOLFI, Giuseppe, op. cit., p. 154.

¹⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., p. 364.

Así por ejemplo el propio artículo 194° del Código Civil Peruano, establece que no se afectan los derechos de un tercero cuando de buena fe y a título oneroso adquiere un bien en el que precede un negocio jurídico simulado; el cual es un caso típico en el cual se reconoce efectos legales a ese supuesto de “apariencia negocial”, como lo es la simulación. Sobre esta norma, el Dr. Mendoza del Maestro cita un claro ejemplo, el cual para efectos de la presente investigación constituye un supuesto de reconocimiento de ciertos efectos derivados de un negocio jurídico simulado:

Juan probablemente va ser embargado por la Sunat por unas deudas impagas, por lo que decide viajar al extranjero y le solicita a Pedro realizar una transferencia “simulada” del predio a fin de evitar el embargo. Dicha transacción para otorgarle mayor verosimilitud es elevada a escritura pública e inscrita en el registro correspondiente. Después de unos meses, Pedro desea obtener provecho de dicha adquisición, y dado que tiene la “titularidad” a su nombre celebra una transacción de transferencia de dominio bajo escritura pública con María.

En este caso, en realidad Juan continuaba teniendo la titularidad del bien inmueble dado que no se produjo la transferencia de propiedad, dado que el fin del primer contrato tenía la patología en la ausencia de la causa, es decir no existía una real intención de vincularse, sino sólo un supuesto aparentar un acto de disposición para evitar un embargo. (...)

Así pues, asumiendo que en el caso propuesto se goza de buena fe (el tercero) así como la transacción es onerosa, se configura el fenómeno adquisitivo a *non domino*, gozando estos de inoponibilidad de las pretensiones procesales formuladas por las partes o por los terceros perjudicados¹⁴⁷

El ejemplo citado por el Dr. Mendoza del Maestro, nos permite aseverar que los negocios jurídicos simulados sí son capaces de generar determinados efectos legales sea de forma directa o de forma indirecta. Si bien es cierto que el reconocimiento de determinados efectos se puede deber a diversos factores, como por ejemplo, la protección de la confianza, también es cierto que en el fondo se está reconociendo efectos legales a un negocio jurídico que normativamente está calificado como nulo, evidenciándose una falta de lógica y coherencia en la propia regulación normativa.

¹⁴⁷ MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto, op. cit., p. 27.

Esta postura es reiterada en gran parte de la doctrina, así por ejemplo señala el Dr. Luis Parraguez:

Por ello para estos terceros les resulta inoponible la realidad que oculta la simulación, sea que ella represente la nada (simulación absoluta) u otro acto jurídico (simulación relativa); y sea, asimismo, que pretendan hacerla valer las mismas partes u otros terceros que también han sido perjudicados (...). Al respecto la CORTE SUPREMA DE COLOMBIA ha dicho que (...) la convención simuladora de un negocio jurídico cuando ninguna ha querido celebrarse o cuando se tiene en mira otro contrato, liga a las partes o a sus causahabientes, pero nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente.”¹⁴⁸ Por su parte, el autor Louis Josserand señala que: “por consiguiente la simulación ofrece la singular virtud de que los terceros (...) tienen la elección entre ambos actos contradictorios; de acuerdo a sus intereses, o se atienen al acto ostensible, amparándose en el artículo 321, o se colocan bajo la protección de la contraescritura, ejercitando la acción de la declaración de simulación”¹⁴⁹

La buena fe del tercero en el contexto de la simulación, debe ser entendida como la ignorancia o desconocimiento del acuerdo simulatorio y en razón de la confianza depositada en la apariencia negocial que constituye una simulación desconocida para él, ello en principio; empero, también consideramos que habría buena fe cuando el tercero adquiere algún derecho conociendo del negocio simulado, siempre que sea consciente o compruebe que dicho negocio no causa perjuicio a nadie ni se vulnera ningún dispositivo legal. Esto último sería una conclusión válida, toda vez que la buena fe podría ser interpretada además como “el ser consciente y haber comprobado que un negocio jurídico simulado no afecta derechos de ningún tercero, ni afecta una norma legal, ello no obstante tratarse de un negocio jurídico simulado”; reiteramos que esto sería parte de la autonomía privada.

Otra situación particular se presenta en el siguiente ejemplo:

¹⁴⁸PARRAGUEZ RUIZ, Luis S. (2011) *Algunas reflexiones sobre la simulación en los actos jurídicos* en OSTERLING PARODI, Felipe y otros (coordinadores) *Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Tomo I. Lima: Ideosa, pp. 606 y 607.

CORNET, Manuel, op. cit., p. 547

¹⁴⁹JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 231.

Si “A” con el propósito de evitar ser víctima de una organización delictiva de extorsionadores, transfiere su fábrica a “B” (sólo con ese propósito), lo cual es conocido por “C”, quien está interesado en adquirir la propiedad de la fábrica (y es informado de la simulación existente), no encontramos ningún inconveniente para que la compra venta de la fábrica se haga en forma directa entre “B” y “C”, en la cual seguramente “A”, tomará sus precauciones para recibir el íntegro del precio. En el ejemplo que mostramos es claro que no existe mala fe de los intervinientes, también es nítido que no se ocasiona perjuicio a los terceros. La simulación absoluta realizada entre A y B fue “inocente” y tuvo una finalidad plenamente justificada, esto es, evitar ser víctima de extorsionadores, lamentablemente. El negocio jurídico entre A y B es repudiado por la legislación peruana y es considerada nulo; no obstante ello, consideramos que no existe una razón justificada para que tales negocios (el de A y B, así como el de B y C –este último quien conocía de la simulación) no generen efectos y estos sean reconocidos, pues, consideramos que si en determinados supuestos se protege a los terceros de buena fe frente a una simulación absoluta ilícita (que tuvo por finalidad por ejemplo eludir el cobro de un crédito), por qué no habría que reconocer efectos en otros supuestos en los que no existe una simulación ilícita.

Ahora bien, diversos autores afirman que, en efecto, la simulación absoluta no podría ser considerada como un supuesto de nulidad, en la medida que no es coherente que tratándose de un negocio “nulo” genere determinados efectos legales. Coincidimos con dicha postura, pues, lo regulado en el artículo 194° del Código Civil Peruano, es una clara muestra de los efectos que pueden generar los negocios jurídicos simulados, aún cuando su finalidad o *causa simulandi* sea ilícita (el perjuicio de un acreedor, por ejemplo), toda vez, que la norma en mención, establece una protección para el tercero que adquiere un derecho del titular aparente, siempre que su adquisición se efectúe de buena fe y a título oneroso. En tal sentido, señala el Dr. Rómulo Morales comentando el indicado artículo 194°, lo siguiente:

Si una de las partes formula pretensiones sobre la base de un negocio jurídico simulado, la otra puede pedir jurisdiccionalmente la ineficacia del negocio. Por eso se dice que el negocio jurídico simulado es totalmente ineficaz entre las partes. (...) Así el código civil lo regula como un supuesto de ineficacia estructural (...) Doctrinariamente se indica que es más apropiado hablar de ineficacia porque la falta de eficacia depende sobre todo de la voluntad de las partes: son las partes que en efecto quienes 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 mediante la revocación del acuerdo simulatorio (BIANCA). En efecto, el negocio simulado no está viciado de nulidad por cuanto en la realidad no se está en presencia de un vicio de uno de sus elementos y además porque no es posible que un acuerdo sea nulo entre quienes lo celebraron y produzca al mismo tiempo efectos respecto de los terceros de buena fe que no se vieron perjudicados por la

simulación. Doctrinariamente se indica que es más apropiado hablar de ineficacia porque la falta de eficacia depende sobre todo de la voluntad de las partes.¹⁵⁰

En esa misma línea, el autor nacional Lohmann Luca de Tena afirma que la nulidad que regula nuestro Código Civil para la figura de la simulación (tanto absoluta como relativa) no es plena, en el sentido de afectar absolutamente *erga omnes* y considerar que la apariencia que no produce ningún tipo de efectos jurídicos. Para este autor, mientras la simulación absoluta no sea declarada judicialmente, cumple entonces con un propósito y/o finalidad objetiva, esto es, aparentar como verdadera una situación jurídica falsa, mientras esto subsista, el negocio jurídico simulado producirá todos sus efectos, como si fuera un negocio efectivo y válido¹⁵¹. Esta postura doctrinaria, aunque no es abundante en la doctrina, coadyuva a sustentar en cierta forma la razonabilidad de nuestra postura. En similar corriente de pensamiento encontramos a José Bustos Peche, quien, en su obra sobre la apariencia jurídica, afirma que:

En el extenso campo de la adquisición de derechos, la apariencia jurídica despliega sus efectos a favor de tercero, esto es, a favor de quien fue ajeno a una relación jurídica precedente en la que, sin embargo, se apoya la regularidad de su adquisición. No fue parte en una relación, que en cambio, es causa de la segunda en que sí es parte. La eficacia de la segunda depende de la regularidad de la primera. Como regla general la ineficacia de la primera arrastra la de la segunda. Sin embargo, en estos supuestos en que se aplica la doctrina de la apariencia jurídica, se mantiene la eficacia de la segunda, a pesar de carecer de apoyo en la primera, que resultó ineficaz. El tercero se beneficia de la fuerza sanante de esta institución (...).¹⁵²

Es necesario acotar que, dentro de la simulación, existen distintos tipos de terceros. Así señalan los autores franceses Marcelo Planiol y Jorge Ripert:

No solamente se reputa *terceros* a los que hubiesen tenido en cuenta el acto aparente al contratar y que hubiesen contado con la situación de hecho resultante del mismo, como los que hubiesen adquirido algún derecho real del propietario aparente; son también terceros desde el mismo punto de vista, los acreedores quirografarios del propietario aparente, que puedan enervar la reivindicación intentada por el portador de un contra documento en que se le reconozca como

¹⁵⁰ Morales Hervías, Rómulo, op.cit., p. 616.

¹⁵¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., p. 373.

¹⁵² BUSTOS PUECHE, José Enrique, op.cit., p 23.

propietario, si hubiesen embargado ya el bien en cuestión, sin que pueda tenerse en cuenta si, al tiempo de nacer su derecho de crédito, su deudor era o no propietario aparente. (...)

Pero el contra-documento puede ser opuesto por las partes a los terceros que, al tiempo de contratar con alguna de ellas, hubiesen tenido conocimiento de la simulación. Solamente los terceros de buena fe merecen la protección o trato preferente; por otra parte, la simulación no existe para quien la conoce”.¹⁵³

Como se puede advertir, una corriente doctrinaria contemporánea cuestiona –con argumentos sólidos- que la simulación absoluta de un negocio jurídico se enmarque dentro de la figura jurídica de la nulidad por ausencia de voluntad, pues, por un lado, -contrariamente a lo que se sostiene- sí existe una declaración externa de voluntad, que se muestra a los terceros, así como una voluntad interna, que regula a las partes que intervienen en tales negocios;¹⁵⁴ y, por otro lado, es el mismo ordenamiento legal el que reconoce efectos legales a este tipo de negocios, llegando inclusive a materializarse una sólida protección sobre los terceros en determinados supuestos, al ser ello una de las principales consecuencias al encontrarnos frente a un supuesto de apariencia negocial.

En este punto, consideramos importante diferenciar “el fraude a los acreedores” de la “simulación con fraude a los acreedores”, toda vez que no obstante parecer lo mismo, no lo es así. Es cierto que en muchas ocasiones la simulación es utilizada como un mecanismo para defraudar a determinados acreedores, cuando por ejemplo el deudor se desprende simuladamente de su patrimonio, a fin que su acreedor no pueda cobrar su acreencia. Sin embargo, existen otras ocasiones en las que el deudor transfiere su patrimonio, empero en virtud a un acto real y verdadero, en la que un tercero adquiere voluntariamente algún bien del deudor, como se aprecia no existe ningún acto simulado, es entonces cuando se podría generar un supuesto de ineficacia, empero como se aprecia es un supuesto diferente a la simulación.

A aquel supuesto en el que el deudor dispone de sus bienes sin que medie un acto de simulación es el caso típico de las ventas orientadas a provocar un estado de insolvencia, dado que su contraprestación dineraria resulta siempre mucho más fácil de ocultar o invertir.

¹⁵³PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., pp. 469-472.

¹⁵⁴SCOGNAMIGLIO, Renato, op. cit., p. 258.

De otro lado, entre las mismas partes también se generan efectos, así por ejemplo respecto del caso citado Juan podría demandar daños y perjuicios a Pedro, por haberse producido un supuesto de “violación del acto simulado” y ello está previsto textualmente en el inciso 2 del artículo 2001° del Código Civil Peruano, el cual establece que prescriben a los siete años “*la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*”; es uniforme la aplicación de dicha norma para el caso como el antes mencionado, pues, como bien lo señala el Dr. Juan Espinoza “esta disposición sólo tiene sentido si se entiende como una violación del acuerdo simulatorio y es una responsabilidad entre las partes que lo han suscrito.”¹⁵⁵ Otro supuesto de efecto entre las partes es el referido al transcurso del lapso de diez (10) años luego de la suscripción del negocio simulado absolutamente, toda vez que transcurrido el indicado plazo de prescripción previsto en el inciso 1 del artículo 2001° del Código Civil, entonces podría hablarse de un reconocimiento de los efectos del negocio simulado, toda vez que ya no podría plantearse su nulidad.

El Dr. Francesco Galgano comentando los efectos de la simulación frente a los terceros, señala lo siguiente:

Frente a estos, el contrato puede ser, según los casos, ineficaz o eficaz: es ineficaz respecto de aquellos terceros cuyos derechos son perjudicados por el contrato simulado (...); por el contrario, es eficaz para los terceros que, de buena fe, han confiado en la apariencia creada por el contrato simulado (...). Ambas reglas protegen a los terceros, pero responden a exigencias distintas. La primera tiende a evitar el daño que, con el contrato simulado, se quiere irrogar a los terceros; protege, esencialmente, a los acreedores del enajenante simulado (...). La segunda regla es de aplicación, en materia de simulación, de aquel principio general (...) el de seguridad de la circulación de bienes. (...) con otras palabras, el contrato simulado es eficaz respecto del tercero.¹⁵⁶

Bajo esa misma óptica pueden haber razones justificadas que conlleven a celebrar un negocio jurídico simulado en forma absoluta, en el cual no exista afectación de los intereses o derechos de terceros ni mucho menos se vulnere alguna norma legal, como por ejemplo cuando una persona transfiere simuladamente algunas propiedades que quiere

¹⁵⁵ESPINOZA ESPINOZA, Juan, op. cit., p. 339.

¹⁵⁶GALGANO, Francesco (1992) *El negocio jurídico*. op. cit., pp. 340 y 341.

conservar, a fin de sustraerse a requerimientos que no quiera acceder¹⁵⁷; en ese contexto nos preguntamos cuáles serían las razones para considerar nulo *per se* dicho tipo de negocios simulados? Consideramos que ninguna. ¿Algún tercero podría cuestionar este tipo de actos? ¿cuál sería su legitimidad, si no le afecta en lo absoluto?, son algunas interrogantes que deben tenerse presente en temas como el que proponemos en la presente investigación.

En este contexto, somos de la opinión que en algunos casos la realización de un negocio jurídico simulado podría tener alguna utilidad y en la práctica profesional, así se refleja, por ello discrepamos con lo indicado por el autor argentino Manuel Cornet, quien señala que no puede haber un simulante de buena fe¹⁵⁸; consideramos que no puede confundirse la intención de engañar que se presenta en la simulación con la intención de dañar, son situaciones diferentes; no puede establecerse una generalidad al respecto, no olvidemos que la simulación puede ser inocua, como por ejemplo aquél acto por el cual Pablo dispone de sus bienes (poniéndolos a nombre de un tercero) para evitar ser objeto de peticiones de créditos por parte de sus familiares.

La calidad de dañosa o no de la simulación absoluta de un negocio jurídico dependerá de la finalidad con la que se realiza (*causa simulandi*). Por lo indicado en estas líneas, discrepamos también de lo indicado por el autor Luis Parraguez, quien sostiene que:

(...) en la simulación, aún en los casos en que se la juzga lícita, siempre se produce un abuso de la función instrumental del negocio (...) se le hace servir a la obtención de un fin que no es el suyo, aunque pueda ser perfectamente lícito. Por ello no dejan de tener razón los autores colombianos Ospina y Ospina cuando hacen notar que el empleo de esta figura debería ser siempre sospechosa de fraude, porque no es normal que los particulares, al obrar con delegatarios del legislador en la regulación de sus relaciones sociales, con plena conciencia engañen a los terceros.¹⁵⁹

Otro supuesto de reconocimiento legislativo de la simulación, lo encontramos en el artículo 2001 inciso 2 del código civil vigente del año 2001, el cual establece que:

¹⁵⁷PARRAGUEZ RUIZ, Luis S., op. cit., p. 596.

¹⁵⁸ CORNET, Manuel, op. cit., p.542.

¹⁵⁹PARRAGUEZ RUIZ, Luis S., op. cit., p. 575

“Artículo 2001°.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

(...)

2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.

Este supuesto legislativo reconoce que el incumplimiento de un acuerdo simulatorio entre las partes puede ser fuente de responsabilidad civil entre ellos, en consecuencia, consideramos que entre las partes que acuerdan realizar un negocio simulado sí se producen determinados efectos. Reiteramos que existen determinadas obligaciones que surgen entre las partes, como por ejemplo el no hacer algo o el hacer algo, lo cual normalmente es parte del acuerdo simulatorio, pero en ningún caso dotar de efectos al negocio jurídico simulado.

5) **Sobre inexistencia o no del negocio jurídico simulado.** -

En la doctrina, se señala que la teoría de la inexistencia surgió en Francia, en la que se pretendió que ésta opere de pleno derecho, sin que el negocio jurídico haya tenido real subsistencia jurídica. Apareció esta discusión, frente a los casos de matrimonios de personas del mismo sexo, pues, en Francia a ese supuesto no se podía aplicar la figura de la nulidad, ya que ésta era aplicable frente a supuestos recogidos taxativamente en la ley y el matrimonio para personas del mismo sexo no tenía una sanción de nulidad textualmente regulada.¹⁶⁰ El tesista Sanín Mena describe que ZACHARIAE fue el primer autor francés en formularla, quien reparó que el matrimonio “es esencialmente un contrato celebrado entre un hombre y una mujer (...). Sin esta diferencia de sexos, que es esencial, el contrato matrimonial lógicamente no puede existir. (...) El matrimonio no es nulo, porque esta sanción no se encuentra prevista por la ley (...) pero debe considerarse inexistente (...)”¹⁶¹

En atención a lo indicado en el punto precedente, es importante referir que doctrina se analiza si un negocio jurídico simulado es inexistente o si se trata en realidad de un supuesto de nulidad negocial. De antemano, adelantamos que se trata de una discusión de muy poca relevancia, debido a que la “inexistencia” no se encuentra regulada en nuestro

¹⁶⁰TANTALEAN ODAR, op. cit., pp 76-77.

¹⁶¹MENA PEREZ, Sanín Antonio (1963) *Existencia e Inexistencia y Validez y Nulidad del Negocio Jurídico*. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, p. 10.

Código Civil. Incluso algunos autores franceses también cuestionan esta categoría; así por ejemplo Marcelo Planiol y Jorge Ripert afirman que “No obstante la lógica aparente de la teoría de los actos inexistentes, poca cosa puede aprovecharse de ella. Estimamos equivocada la tendencia a considerar numerosos casos de nulidad como otros tantos de inexistencia y, con mayor motivo, tratar de absorber en la inexistencia todos los casos de nulidad absoluta.”¹⁶²

Se sostiene que la inexistencia de un negocio implica una nula producción del algún efecto legal, pues, simplemente el negocio jurídico “nunca existió”, así señala el autor Werner Flume “De la inexistencia del negocio jurídico sólo hay que decir que, dado que no es ningún acto negocial, al margen de que no surge una reglamentación negocial, tampoco se vincula al acto ninguna consecuencia jurídica de este carácter”¹⁶³

La teoría de la inexistencia, como lo comentamos, surgió en Francia, motivado por una falta de regulación de un supuesto fáctico producido en la realidad, por cuanto, como ocurre en otras legislaciones (en la cual nuestro sistema jurídico no es ajeno), la realidad superó a la legislación, sobre todo cuando existe una regulación taxativa y/o cerrada, en la cual tarde o temprano se generarán vacíos con respecto a los supuestos de hecho que se producen con el pasar del tiempo y que no son previstos por el legislador al momento de la emisión de las leyes, pues, es muy difícil que el ente legislativo pueda prever todas las acciones del hombre, sobre todo en el marco de una sociedad que permanentemente cambia y evoluciona.

No obstante lo indicado, algunos autores señalan que la simulación debe ser reputada como inexistente, entre estos podemos mencionar –como lo cita Eduardo Zannoni- a Llambías, Colmo, Acuña Anzorena y De Gasperi, quienes reconocen a la inexistencia como una categoría de ineficacia distinta de la nulidad. Así dicho autor, citando a Aubri y Rau, indica que: “un acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza u objeto y cuya ausencia hace lógicamente imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente nulo sino como no efectuado (*non ovenu*).”¹⁶⁴

¹⁶²PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., p. 399.

¹⁶³WERNER, Flume., op. cit, p. 646

¹⁶⁴ZANNONI, Eduardo., op. cit., p. 379.

El Dr. Rómulo Morales señala al respecto:

El negocio jurídico inexistente es definido como el acto de autonomía privada imposibilitado de generar efectos y el negocio nulo como supuesto de hecho negocial capaz de producir efectos jurídicos indirectos mediante la conversión a un nuevo supuesto de hecho (Betty, Ferrari y Tommasini). Tal diferenciación es útil para concluir que el negocio jurídico inexistente debe ser analizado como supuesto de hecho irrelevante y el negocio nulo como el supuesto de hecho relevante e inválido (Scognamiglio).¹⁶⁵

Entonces debemos entender la inexistencia del negocio jurídico es igual a “nada”, pues no constituye ningún acto negocial, menos se puede hablar de la producción, reconocimiento o convalidación de algún efecto jurídico. La figura de la inexistencia no cuenta con ningún reconocimiento legal. Por ejemplo, si en el Perú, alguna autoridad municipal permitirá que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio civil, previa publicación de los edictos y cumplimiento de otros requisitos, aquel acto será en el fondo “inexistente”, empero, al no haber alguna regulación sobre la “inexistencia del negocio”, entonces, éste deberá ser cuestionado a través de alguna de las causales previstas para la nulidad del negocio jurídico.

De otro lado, en relación a la figura de la nulidad, señala el Dr. Manuel de La Puente y Lavalle: “(...) la nulidad, en suma, importa ineptitud del medio jurídico para alcanzar el fin práctico determinado que se quería, y no otro. Nada impide, por lo tanto, que el negocio jurídico, aun siendo nulo, esto es, inconducente al fin, considerado como hecho existente por sí y realmente efectuado que no puede destruirse, pueda producir todos los efectos de que es capaz como tal.”¹⁶⁶

Antes de poder esbozar alguna conclusión, consideramos importante precisar que algunos autores encuentran una clara diferencia entre la nulidad y la inexistencia.

¹⁶⁵MORALEZ HERVIAS, Rómulo., op. cit., p. 249.

¹⁶⁶DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2004) “*Conversión del acto jurídico*”. En ESCOBAR ROZAS, Freddy y otros (directores). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, p. 498.

Señala al respecto el Dr. Manuel Cornet:

- La nulidad siempre debe ser declarada, mientras que la inexistencia no requiere declaración.
- El acto nulo produce efectos, mientras no se lo declare como tal. El inexistente jamás produce efectos.
- El acto nulo puede sanearse por el transcurso del tiempo, el inexistente jamás se sana. (...)

Por nuestra parte coincidimos plenamente con el maestro Luis Moisset de Espanes y María del Pilar Hiruela de Fernández, cuando expresan “entendemos que la categoría de actos inexistentes no es viable tanto desde una perspectiva ontológica como jurídica. En efecto, en el mundo del ser algo es o no es; luego, si el acto ya ha tenido existencia como tal (aunque deficitaria) no puede hablarse de nada. Desde un aspecto jurídico, la categoría en estudio deviene igualmente en inaceptable; en nuestro ordenamiento, los actos jurídicos son plenamente válidos, nulos o anulables, la inexistencia no es una categoría contemplada por el derecho privado argentino.”¹⁶⁷

Por nuestra parte, coincidimos con lo indicado en la cita antes expuesta, toda vez que, en el Código Civil Peruano, la categoría de “inexistencia” no ha sido prevista. En nuestro medio, un negocio jurídico puede ser válido, nulo, anulable o ineficaz. Asimismo, es evidente por nuestro análisis expuesto en líneas precedentes, un negocio jurídico con simulación absoluta sí puede generar efectos legales y ser incluso reconocidos; muestra de ello es la regulación contenida en el artículo 194° del Código Civil Peruano y la posibilidad de reclamar una indemnización por violación del negocio simulado, tal como se prevé en el inciso 3 del artículo 2001° del mismo Código. Se sostiene que el negocio inexistente no puede generar efecto jurídico alguno y que en ello radicaría la diferencia sustancial con el negocio nulo. Así señala el autor Reynaldo Tantaléan “En efecto, el negocio inexistente, se distingue del negocio nulo, en el plano de las consecuencias jurídicas: en negocio jurídico inexistente no produce efecto jurídico negocial alguno (...) mientras que es factible hablar de eficacia negocial del negocio nulo.”¹⁶⁸

Precisamos, además, que en nuestro medio existe una asimilación de ambas figuras (nulidad e inexistencia), siendo ello incluso recogido a nivel jurisprudencial. Tal como lo cita el autor Reynaldo Tantaléan, antes citado¹⁶⁹:

¹⁶⁷CORNET, Manuel, op. cit., pp. 551 y 552.

¹⁶⁸TANTALEÁN ODAR, Reynaldo, op. cit., p. 80.

¹⁶⁹Idem, p.77.

La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública, porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido. (Exp- 4530-98-Lima, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 27.01.99)

El acto jurídico afectado de nulidad absoluta se reputa inexistente, nulo ipso iure, por tanto y cualquier acto jurídico subordinado a él es igualmente nulo e insubsistente. (Exp. 1413-90-La Libertad, Vásquez v. Rozas RS 11.11.1991)

La nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho, porque importa la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos. (Casación No, 2514-97-Ica, del 30.04.2001)

Algunos autores también reconocen similitud en el tratamiento de las figuras de inexistencia y simulación, así por ejemplo De Castro y Bravo al referirse a la simulación absoluta indica que ella “supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan sólo a su apariencia engañosa (...). La denuncia de esta simulación lleva a que se declare la inexistencia o nulidad del negocio, por carencia o falsedad de la causa (...).”¹⁷⁰

En atención a lo anterior, debemos ser categóricos en aseverar que la simulación absoluta de un negocio jurídico no puede ser considerado como un supuesto de inexistencia, pues, tales negocios sí pueden generar efectos, incluso el mismo irrespeto de las partes simulantes respecto del acuerdo simulatorio, puede ser fuente de responsabilidad civil. De otra parte, también se reconocen efectos legales a los terceros que a título oneroso adquieren determinados derechos del titular aparente, siempre que actúen de buena fe y esto se encuentra debidamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, discrepamos con el autor argentino Jorge Llambías quien afirma –en forma categórica– que la simulación es un supuesto de inexistencia, por ausencia del elemento esencial como lo es la voluntad, así indica dicho autor:

En suma, el acto simulado no es un acto jurídico por cuanto el consentimiento de las partes no es efectivo. Ha dicho Colmo que “el acto simulado no es un acto jurídico, sino una mera apariencia, una positiva inexistencia, un perfecto no acto jurídico (...) siendo así, en el acto simulado no se tiene un vicio que afecte al consentimiento o la causa, sino una falla total que se refiere al acto íntegro, en cuanto éste en su entera plenitud no es sincero (...) sobre todo en materia de simulación no juega una acción de nulidad, sino una de inexistencia por la cual no se

¹⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, op. cit., p. 348.

deroga ni se anula ni se modifica, ni siquiera se destruye, ni suprime el acto simulado, sino que se hace constar, declarar, que el acto simulado es efectivamente tal, vale decir, es pura apariencia que no existe y carece de cualquier virtualidad.¹⁷¹

Reiteramos que en un esquema de simulación negocial, sí existe voluntad de las partes y es tan importante la misma, que a través de ésta se determina la no producción de efectos entre las partes sobre el negocio simulado. En tal sentido, el acuerdo simulatorio (escrito o no) reglamenta los deberes y atribuciones de las partes que intervienen en el acto. Es entonces la voluntad de las partes, la que determina la existencia de la simulación, por ello, es que no se puede afirmar que no existe voluntad en esta figura legal.

Regresando al esquema nacional, en la que nuestro Código Civil no regula la figura de la inexistencia, consideramos que podría encontrarse en ella una salida para combatir y/o cuestionar determinadas situaciones excepcionales “de manifiesto abuso de derechos de las personas” que se pueden producir en la vida real y que no pueden tener una solución a través del remedio negocial de la nulidad. Un ejemplo lo propone Reynaldo Tantaleán:

En una oportunidad tomamos conocimiento de un caso donde la injusticia primó debido al tratamiento actual de las nulidades negociales. El hecho refiere el incidente de una señora que se casó, y su marido se separó de ella, por lo que se vio en la imperiosa necesidad de demandar alimentos para ella y para sus hijos.

Cuando el marido falleció, la citada señora recurrió a petitionar la pensión de viudez que le correspondía, a efectos de poder subsistir y seguir apoyando a sus hijos. Grande fue su sorpresa cuando, al negársele la pensión, se enteró que estaba divorciada. Averiguando sobre tal situación llegó a dar con el expediente judicial que versaba sobre una separación convencional y divorcio ulterior en donde ella nunca había participado (...). Evidentemente su persona había sido suplantada en el proceso. Y averiguando los posibles remedios ante tal situación, ninguno era factible por la extemporaneidad. Habían pasado más de diez años desde el pseudo-divorcio, por lo que la nulidad del acto jurídico era imposible invocarla y, con mayor razón, la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta.

Como se puede ver, imperó la injusticia en un absurdo afán de aplicación literal y mecánica de nuestro sistema nulificante, apoyados en un trastocado principio de seguridad jurídica.¹⁷²

¹⁷¹LLAMBIAS, Jorge Joaquín (1991) *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Décimo cuarta edición. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Perrot, pp. 519-520.

¹⁷²TANTALEÁN ODAR, Reynaldo, op. cit., p.94.

Como se puede apreciar, al parecer la figura de la “inexistencia”, podría ser evaluada para su aplicación en determinados supuestos, en los que exista una “justificación legítima” y en los que la legislación vigente no encuentre alguna solución. No obstante lo anterior, en el ejemplo antes citado, consideramos que el plazo prescriptorio no transcurrió por lo que sí se podía iniciar una acción de nulidad.

En efecto, el artículo 1993° del Código Civil Peruano es claro en establecer que: “*La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho*”. Entonces, nuestro sistema legal que regula la figura de la rescipción de la acción, no sólo considera el nacimiento de la acción, sino también la “posibilidad de ejercerla”, entendida ésta última como la inexistencia de obstáculos o impedimentos que permitan su libre ejercicio¹⁷³. En este contexto, en el ejemplo, que comentamos, si la esposa no podía ejercer la acción, porque “desconocía absolutamente del proceso judicial fraudulento”, es evidente que estuvo en la imposibilidad de conocer el hecho y, por tanto, no es posible el inicio de ningún plazo prescriptorio, por ello, su acción de nulidad empezaría a transcurrir desde la notificación del rechazo a su pensión de viudez, pues fue en ese momento en el que tomó conocimiento del hecho y, por tanto, desde aquél momento puede accionar.

6) Un problema social: La inseguridad y la simulación como un mecanismo de apariencia contractual con cierto beneficio. -

Nuestra sociedad, hoy en día sufre uno de los peores males sociales como es la “inseguridad social”, a diario se reportan en los distintos medios de comunicación una serie de ilícitos penales contra los ciudadanos peruanos: secuestros, asesinatos a sueldo (sicariato), hurtos, robos, estafas, delitos electrónicos, extorsiones, entre otros delitos, en los que las principales víctimas son las personas que con gran esfuerzo logran tener cierto patrimonio. Sin embargo, muchas de estas personas son víctimas de diversas organizaciones delictivas, quienes con la apertura y comercialización de la información de distintas fuentes que existe hoy en día, logran identificar a aquellos ciudadanos que tienen patrimonio y, por ejemplo, los extorsionan con el pago de cupos, en caso que estos ciudadanos no cumplan con tales pagos son víctimas hasta se asesinan.

¹⁷³ARIANO DEHO, Eugenia (2005) En: *Código Civil Comentado*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, p. 275.

Cito sólo un ejemplo que reportó el Diario Perú 21 el 21/02/2013: “la Sra. Angélica Mendoza Salazar (de 52 años), una próspera empresaria ferretera fue asesinada por un delincuente que llegó hasta su negocio y le disparó tres veces en la cabeza. El hecho ocurrió en Jicamarca, San Antonio de Huarochirí. El cobarde ataque se produjo en las inmediaciones de la ferretería ‘Angélica 1’, donde la mujer fue ultimada frente a uno de sus hijos. Pese a que Mendoza Salazar fue trasladada inmediatamente hasta el hospital central de San Juan de Lurigancho, **los médicos de dicho nosocomio no pudieron hacer nada por salvarla.**

Testigos del ataque indicaron que la víctima **recibía constantes amenazas de muerte de parte de traficantes de terrenos** y, pese a que ya había denunciado el hecho, estos sujetos la extorsionaban con el pago de cupos”¹⁷⁴.

En el caso en mención, la Sra. Mendoza Salazar habría sido dueña de una próspera ferretería y terrenos; esta información cayó en manos de unos delincuentes que al tener dicha información, procedieron a cobrarle cupos, lo cual no fue aceptado por la Sra. Mendoza; ante ello, finalmente, terminaron por asesinarla.

Pero qué hubiera pasado si la Sra. Mendoza – en su debida oportunidad- hubiera transferido simuladamente sus bienes a terceros (mediante negocios jurídicos simulados en forma absoluta). Posiblemente, los delincuentes que la asesinaron no habrían tenido acceso a su patrimonio y tal vez no habría sido víctima de este tipo de organizaciones. Entonces se advierte que en algunos casos los negocios jurídicos simulados en forma absoluta, que no afectan los derechos de terceros ni normas legales, pueden ser de cierta utilidad. Recordemos que la simulación absoluta lícita es reconocida en la doctrina, como se ha explicado precedentemente, por ello es que autores como Manuel Albaladejo al analizar esta figura señala que el fin de engaño (a terceros) no implica el fin de “dañar” ni tampoco “ilicitud”¹⁷⁵.

Otros casos actuales de extorsión se vienen presentando en nuestra ciudad capital, en contra dueños de discotecas y otros negocios, en la que organizaciones criminales acceden

¹⁷⁴ <http://peru21.pe/actualidad/empresaria-ferretera-asesinada-tres-balazos-jicamarca-2118511>. Consulta: el 26 de junio de 2013.

¹⁷⁵ALBALADEJO, Manuel, op. cit, p.173.

a información sobre los propietarios de estos negocios (siendo una posible vía la publicidad registral) y proceden a solicitar los denominados “cupos”, amenazando la vida de estas personas y de toda su familia. Esto es visto y escuchado cotidianamente en los distintos medios de comunicación, sin que el Estado hasta ahora haya puesto en marcha un plan serio para erradicar estos altos índices de criminalidad.¹⁷⁶

No obstante ello, nuestra actual legislación civil sanciona con nulidad todo tipo de negocios jurídicos simulados en forma absoluta y de hechos a nivel jurisprudencial así se ha considerado en diversas oportunidades. A nivel judicial consideran que debe presentarse una disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada, un acuerdo simulatorio y un propósito de engaño para declarar la nulidad de un negocio simulado, empero, no se advierte que sea parte del análisis si dicho negocio perjudica o no a algún tercero, lo cual ciertamente, no lo consideramos correcto.

Consideramos que debe incorporarse un criterio adicional cuando se pretenda analizar controversias sobre este tipo de negocios celebrados con simulación absoluta, el cual – como se ha desarrollado en la presente investigación- no es un nuevo criterio, por cuanto ya nuestro Código Civil de 1936 recogía tales consideraciones al regular la figura de la simulación. Esta regulación lamentablemente fue excluida por nuestro Código Civil de 1984, sin una clara explicación al respecto; este lamento es compartido por algunos autores nacionales¹⁷⁷ y compartido por nuestra parte.

Buscamos entonces captar la atención sobre la denominada “simulación inocente o lícita”, la cual puede tener una utilidad social, debido a que ésta tiene su origen en el orden moral y en intereses particulares legítimos que no pueden ser desconocidos, pues, no existen razones para ello. La simulación lícita puede, entonces, evitar diferencias, evitar conflictos, ayudar a evitar ser víctimas de delitos (en una sociedad tan violenta como la nuestra), buscar beneficios de un tercero (sin perjudicar a nadie) o de uno mismo, esto último, por ejemplo, cuando se busca mantener en el anonimato una determinada capacidad económica y con ello ser objeto de peticiones de préstamos dinerarios o cuando se busca que el público no esté al corriente del avance de nuestros propios negocios.

¹⁷⁶<http://www.larepublica.pe/10-09-2013/granada-de-guerra-estalla-frente-a-la-discoteca-kapital-sur>.

También véase en http://ojo.pe/ojo/nota.php?txtSecci_parent=&txtSecci_id=2&txtNota_id=609433. Consulta: el 10 de noviembre de 2013.

¹⁷⁷ROMERO MONTES, Francisco Javier (2003) *Curso del Acto Jurídico*. Lima: Editorial Portocarrero, p. 201.

Se afirma que las razones justificatorias “no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista, como el punto de vista de la moral, el prudencial, y tal vez el jurídico (...)”¹⁷⁸. Creemos que la utilización de la simulación lícita para evadir ser víctimas de extorsiones o para otros fines positivos, nos concede tales razones justificatorias; ergo, para lograr una valoración positiva del accionar humano, lo cual no puede ser soslayado.

Señala al respecto, el Dr. Leysser León comentando los alcances del Código Civil de 1936: “No hay en el Código Civil Peruano de 1936, coherentemente con el sentido de la norma bajo examen, ninguna disposición que establezca, con carácter general, que los negocios jurídicos sean nulos. La simulación en sí misma no es reprimida por el ordenamiento jurídico; por tanto, los acuerdos simulatorios son válidos y eficaces, a menos que perjudiquen a alguien o se celebren para perseguir un fin ilícito.”¹⁷⁹

Resulta importante acotar que uno de los fundamentos que existen para permitir una regulación como la establecida por nuestro legislador peruano del Código Civil de 1936 es la denominada “libertad de los individuos” o también denominada “autonomía privada”, en consecuencia, en virtud a dicha premisa, los individuos deberían tener plena libertad para poder celebrar negocios jurídicos simulados, sin que ello conlleve la nulidad de tales actos, sobre todo cuando ello no afecta los intereses o derechos de nadie, ni se afecte dispositivos legales.

Así por ejemplo: “A”, para evitar ser extorsionado, transfiere con simulación absoluta su propiedad inmueble a “B”, quien –obviamente- sabe que el bien no es de su propiedad. Pasado un corto tiempo, “C”, se interesa por la compra del inmueble, pero, a su vez, conoce la que la propiedad en el fondo es de “A”, quien vendió simuladamente el predio a “B”, para evitar ser víctima de una extorsión. A efectos de que “C” no pierda la oportunidad de comprar el inmueble, éste no tiene problema alguno en firmar el contrato de compra venta con “B”, pagando el precio a éste, pero –posiblemente- con un cheque de gerencia dirigido a “A”. Bajo la tesis que planteamos, el último negocio jurídico (compra venta entre B y C) debería ser válido y eficaz, no obstante tener como base un

¹⁷⁸ SANTIAGO NINO, Carlos (1985) *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma SRL, p. 126.

¹⁷⁹ LEÓN HILARIO, Leysser, op. cit., 31.

negocio jurídico con simulación absoluta, conocida incluso pro el comprador, pues, en dicho negocio no se afecta los derechos de ningún tercero ni tampoco al orden público. Recordemos que el orden jurídico vela porque se realice y/o produzca el resultado económico que las partes quisieron conseguir¹⁸⁰. En un contexto, como el que planteamos, no vemos impedimento para que ello no se consiga, no obstante que en el camino se haya presentado un negocio jurídico con simulación absoluta; simulación lícita claro está.

Así pues, conforme lo indica el Dr. Leysser León, citando al codificador del Código Civil de 1936, el Dr. Olaechea, indica:

“El anteproyecto considera la simulación como un hecho lícito, siempre que en ella no exista fraude a la ley, o daño al derecho de tercero, partiendo del principio fundamental que garantiza la libre actividad de los individuos, mientras el ejercicio de esa actividad no se oponga a la ley o menoscabe los derechos de tercero”¹⁸¹

No debemos dejar de lado, que diversos autores consideran que la legislación contenida en el Código Civil de 1936 fue mejor que la contenida en el Código Civil de 1984, debido a que en este último trabajo legislativo intervinieron innumerables legisladores, quienes lamentablemente no trabajaron en forma coordinada. Sobre el particular resulta útil el comentario del Dr. Leysser León, quien señala:

No puede negarse que el Código Civil de 1936 es un excelente trabajo desde el punto de vista orgánico; simple es deducir, a propósito, que era más sencillo conciliar cuatro pareceres, que no veinte o más, como se insiste en hacer, en cambio, desde hace cuarenta años, cuando comenzaron a agitarse los vientos de una nueva reforma, la cual hubo de desembocar en el Código Civil vigente.

Para mayor mérito de los artífices del Código de 1936, sus discusiones han quedado registradas en los volúmenes de las actas de sus escritos, muchos de los cuales consignan sesiones realizadas en la biblioteca de la llamada “Facultad de Jurisprudencia” de la Universidad San Marcos.¹⁸²

¹⁸⁰ DANZ, Erich, op. cit., p. 17.

¹⁸¹ LEÓN HILARIO, Leysser, op. cit., p.31.

¹⁸² LEÓN, Leysser (2004) *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el código civil peruano*. Lima: Palestra Editores, p. 67.

En consecuencia, la cita efectuada nos permite reflexionar y poder afirmar que la regulación contenida en el Código Civil de 1936 tenía diversas virtudes. En la presente investigación, hemos sustentado que la simulación absoluta en los negocios jurídicos puede ser de utilidad en un contexto como el que vivimos, razón por la cual consideramos que dicha figura jurídica civil debe ser aplicada considerando una nueva perspectiva, en el sentido que en los casos en los que no se afecte derechos de terceros ni normas legales, debería ser un criterio para no declarar la nulidad de ese tipo de negocios, máxime si – reiteramos- puede ser de cierta utilidad; pudiendo en algunos casos buscar la protección de la integridad personal e incluso la vida misma de las personas, el cual consideramos que constituye un bien jurídico de mayor valor en nuestra sociedad.

Recordemos que ya en doctrina existen autores como la Dra. Luisa Marín Padilla, quien señala: “Pero si el derecho es sinónimo de utilidad y ésta es la medida del Derecho, los medios serán, entre otros, el principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos: *utile per inutile non vitiatur o utile non debet per inutile vitiari*, porque es mucho más conveniente que una disposición, un contrato, un testamento, valgan que no valgan”¹⁸³. Existen entonces fundamentos técnicos-legales para poder sustentar que en algunos casos la simulación absoluta de un negocio jurídico (entiéndase la simulación lícita) no debería ser sancionada con el remedio de la nulidad.

Ya el profesor francés Louis Le Fur señalaba que “(...) el derecho tiene por fin establecer “en el medio social un régimen de seguridad, de tranquilidad en el orden, es decir, la paz en la ciudad, se aplica para moralizar los hechos sociales, se esfuerza para encarnar lo espiritual en lo temporal.”¹⁸⁴ En este marco, consideramos que si la simulación absoluta tiene por propósito que una persona evite ser víctima de las organizaciones delictivas, por medio de actos de extorsiones por ejemplo, entonces, el derecho -a través de dicha figura jurídica- estaría coadyuvando a lograr una sociedad segura y ciertamente pacífica, logrando así uno de sus propósitos. En esta una nueva óptica de la institución de la simulación absoluta lícita, deberían ser las autoridades jurisdiccionales, las que podrían abordar este no menos importante tema jurídico acorde con nuestra realidad actual, ello hasta que exista en algún momento una modificación legislativa.

¹⁸³ MARÍN PADILLA, Luisa (1990) *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. Utile per inutile non vitiatur*. Barcelona: Librería Bosch, p.12.

¹⁸⁴ LE FUR, Louis (1944) *Los Fines del Derecho. Bien común, justicia y seguridad*. Traducción de Daniel Kuri Breña. Tercera Edición. México: Editorial Jus S.A., p.20.

7) Diferencias entre la simulación absoluta lícita y los casos de simulación relativa por interpósita persona. -

En líneas precedentes hemos explicado que la simulación relativa por interpósita persona “consiste en que una persona aparezca como celebrante del acto y destinatario de sus efectos cuando en realidad es otra persona, pues, el que aparece celebrando el acto es un testaferro u hombre de paja, un sujeto interpuesto ficticiamente, ya que el acto realmente se celebra con otra persona, el interponente, y solo en apariencia se celebra con el interpuesto o testaferro”.¹⁸⁵

Existen diversas diferencias entre ambas figuras jurídicas.

- (i) En los negocios celebrados bajo simulación relativa por interpósita persona, **sí existe al momento de la celebración una voluntad de concretar el negocio jurídico**, es decir, las partes buscan que se transfieran derechos y se establezcan obligaciones. De hecho, en la práctica, existe una negociación sobre plazos, forma de cumplir la obligación, modo de hacer pagos e incluso consecuencias del incumplimiento. Lo único que ocurre es que quien aparece como titular de los derechos y obligaciones es un “titular aparente”, todos conocen quién es el titular real.

En cambio, en los negocios con simulación absoluta no existe voluntad real de celebrar el negocio, solo la voluntad de crear una situación de apariencia. Las partes saben que en el fondo no existe ninguna generación de obligaciones ni creación de derechos en relación al negocio que se aparenta, por ello, es una “simulación absoluta”.

- (ii) Otra diferencia es de acuerdo a nuestra regulación civil los negocios con simulación absoluta lícita, no generan efectos jurídicos, pues son considerados nulos; mientras que los negocios jurídicos con simulación relativa por interpósita persona sí generan efectos legales desde su celebración (acorde con nuestra legislación). Nuestra investigación busca que los negocios jurídicos con simulación absoluta no se encuentren sancionados con el remedio negocial de la nulidad, pues, no generan ningún perjuicio a terceros, por tanto, podrían generar determinados efectos legales o no tener inconvenientes en el tracto sucesivo o traslación de bienes.

¹⁸⁵ VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., p.436.

- (iii) Finalmente, en los negocios celebrados bajo simulación relativa por interpósita persona, al ser una forma de simulación relativa, existe un negocio aparente, el cual es el que se presenta al exterior, con la intervención del “sujeto interpuesto”, existiendo otro acto oculto o disimulado, el cual es el negocio con la intervención del “titular real” (contradecларación); mientras que en los negocios celebrados con simulación absoluta lícita, sólo existe un negocio jurídico aparente que se muestra al exterior.

Por lo descrito, consideramos que la simulación relativa por interpósita persona es una figura legal diferente a los casos de simulación absoluta lícita, aún cuando también se puedan presentar supuestos de simulación relativa lícita, toda vez que ambas figuras tienen un tratamiento legal diferente, pero sobre todo porque en el primer caso sí existe una “voluntad” de celebrar un negocio jurídico, lo cual no ocurre en el segundo caso, reiteramos que sólo se busca generar “una situación aparente”, como por ejemplo en los casos en los que el sujeto busca transferir sus propiedades a terceros que en el fondo busca conservar, con la finalidad de evitar ser objeto de requerimientos a los que no quiere acceder¹⁸⁶, lo cual no tiene nada de ilícito, ello entre otros supuestos.

¹⁸⁶Idem, p.437.

CAPITULO TERCERO

“De los fundamentos para no considerar nulos aquellos negocios jurídicos con simulación absoluta”

1) Reconocimiento legislativo a los efectos jurídicos derivados de los negocios jurídicos simulados. -

La nulidad declarada judicialmente trae como consecuencia un efecto retroactivo, aniquilándose directamente el acto (según la teoría tradicional), buscando el regreso al estado anterior a su “celebración”. Para algunos autores, como Joaquín Llambías, los negocios jurídicos nulos crean y transfieren transitoriamente derechos y obligaciones, aunque ello no sea aceptado -en teoría- por la ley, empero, dicho autor sugiere que salgamos del examen menudo de la letra legal, pues, ésta es siempre la etapa menor de la hermenéutica¹⁸⁷.

En el caso de la simulación, como lo dice Guillermo Lohmann, existe una presunción de validez del negocio, mientras no se declare su nulidad¹⁸⁸, declarada ésta la nulidad tiene efectos retroactivos hasta el momento anterior a la celebración del negocio, pues tal como lo dicen los autores Planiol y Ripert “la nulidad decretada judicialmente produce como consecuencia la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de formarse del contrato.”¹⁸⁹

Al respecto, la autora francesa Catherine Thibierge hace referencia a una nueva teoría desarrollada por Japiot, a través de la cual la nulidad produce efectos no sobre el acto mismo, sino sobre sus consecuencias, no obstante, es cuestionado por la propia autora. Al respecto menciona:

¹⁸⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín (2009) *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 48.

¹⁸⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., p. 373.

¹⁸⁹ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., p. 443.

Según los partidarios de la teoría clásica de la nulidad, concebida como un estado del acto, ataca al acto mismo, que se supone no haber existido jamás pues se le aniquila retroactivamente (...)

El gran mérito de la teoría moderna puesta en claro por Japiot consiste en haber desarrollado la idea según la cual la nulidad no es un ataque al acto mismo, sino a sus consecuencias, que la nulidad hace desaparecer. Más exacta que la teoría clásica, esta concepción de los efectos de la nulidad es aún demasiado general en cuanto confunde los efectos de la nulidad con los producidos por las restituciones.¹⁹⁰

Ahora bien, en los capítulos anteriores, hemos intentado explicar –humildemente, por cierto- los alcances de la figura jurídica civil denominada “la simulación”, poniendo énfasis en la regulación que existe actualmente de esta figura en nuestro código civil vigente. Diversos autores han criticado la regulación legislativa actual, al no existir uniformidad y logicidad en cuanto a su regulación, toda vez, que de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 219° del código civil peruano, todo negocio jurídico que adolece de simulación absoluta es nulo; en consecuencia, no debería generar efecto jurídico alguno; sin embargo, existen algunos supuestos en los que estos negocios jurídicos sí terminan generando efectos jurídicos, los cuales son reconocidos por el propio ordenamiento jurídico; estos son los siguientes:

- ✓ Artículo 194 del C.C: Que estable que 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 del titular aparente.
- ✓ Artículo 2001 inciso 2 del C.C: Que estable que prescribe a los siete años, la acción de daños y perjuicios derivado para las partes de la violación de un acto simulado. Incluso sobre esta norma, el profesor Lohmann Luca de Tena realiza un importante comentario sobre la exposición de motivos del anteproyecto del Código, haciendo referencia al autor nacional Fernando Vidal, quien sostuvo que este plazo de siete años, es un plazo especial. “Pero debe interpretarse que se trata de una simulación que no tiene una finalidad perjudicial no ilícita. Las especiales características de la relación

¹⁹⁰ THIBIERGE, Catherine (2010) *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad*. Traducción de Gustavo de Greiff. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.361-362.

jurídica entablada entre los simulantes motivan que el Anteproyecto proponga un plazo prescriptorio especial.”¹⁹¹

Al margen de la crítica que hace Lohmann, pues, finalmente la norma bajo comentario no precisó si dicho plazo era para los supuestos de una simulación lícita o no (a nuestro criterio la acción indemnizatoria podría operar para ambos supuestos); lo cierto es que el legislador reconoce que sí existe una violación del acto simulado, entonces, las partes pueden recurrir al poder judicial (o fuero arbitral, en caso ello se haya pactado en el acuerdo simulatorio) y solicitar el pago de daños y perjuicios. Es evidente, que la acción prevista en dicha norma, constituye un claro “efecto” derivado de un negocio simulado.

Nótese incluso que el legislador, pudo incorporar dicha acción dentro del inciso 4 del artículo 2001° del Código Civil, esto es, como parte de una acción de pagos de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, empero, el legislador decidió excluirlo del campo extracontractual, para darle un tratamiento especial, posiblemente por la “apariencia contractual” que se genera a través de la figura de la simulación.

- ✓ Artículo 2001 inciso 1 del C.C.: Que estable que prescribe a los diez años, la acción personal; con lo cual después de diez años de suscribir el negocio jurídico simulado (en forma absoluta), se reconocerían los efectos legales derivados de un negocio jurídico simulado absolutamente.

En atención, es notorio que el legislador peruano no ha negado la producción de efectos a los negocios jurídicos con simulación absoluta, pues, en determinados supuestos, se reconoce la producción de efectos jurídicos, esto es, prevalece la apariencia jurídica que se crea con la realización de un negocio jurídico simulado absolutamente, en consecuencia, si por ejemplo, A transfiere (bajo simulación absoluta) a B una propiedad inmueble, si B transfiere a título oneroso a C dicha propiedad inmueble, en la que C desconoce la simulación que existe entre A y B, entonces, su derecho no podrá verse afectado con ninguna acción legal de A. En este supuesto, se puede afirmar sin ningún problema que el negocio jurídico simulado terminó generando efectos legales, porque así lo determinó el legislador peruano.

¹⁹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., p. 392.

Lo anterior constituye una consecuencia natural de la simulación absoluta como supuesto de apariencia negocial, empero, que necesariamente debe de contar con una protección legal que permita tales alcances, en tal sentido, podemos afirmar que tanto el negocio simulado y la ley son necesarios que se reconozcan efectos al primero, tal como lo afirma Bustos Pueche, quien señala que “A mi juicio, sin duda no pueden perderse de vista ambos elementos, ley y contrato (...) Hay que hablar, decididamente, de la ley como causa jurídica de la adquisición por el tercero. Es la Ley la que a determinado hecho complejo atribuye el efecto de originar el derecho de un sujeto (el tercero).”¹⁹²

En consecuencia, no se puede sostener más que en nuestro sistema jurídico, los negocios jurídicos con simulación absoluta no generan efectos legales, siendo una falacia pretender sostener lo contrario. En este marco, convenimos en aclarar que la presente investigación no tiene por propósito determinar si la categoría de la nulidad es la correcta para aquellos negocios jurídicos con simulación absoluta o si estamos frente a una categoría de ineficacia como lo sostiene el profesor Rómulo morales¹⁹³. Lo que buscamos es que, al analizarse los negocios jurídicos con simulación absoluta, no siempre sean considerados nulos *per se*, pues, puede reconocerse su validez y sus efectos, cuando estemos frente a simulación absoluta lícita que persigue un propósito positivo, siempre que no afecte derechos de terceros ni vulnere dispositivos legales de orden público. En este contexto, tal como lo señalan los profesores Planiol y Ripert “Todo contrato cuya causa u objeto sean lícitos obliga a los que lo hubiesen consentido. La ley debe asegurar el respeto a la palabra empeñada (...).”¹⁹⁴

Esta constituye a su vez una forma de realzar uno de los postulados del mundo jurídico, como lo es la autonomía privada, la misma que como dice el autor Mariano Gagliardo “es el poder dispositivo negocial que enaltece a la libertad jurídica (art.910 Código Civil) y es en este cauce que el ordenamiento jurídico posibilita a los particulares –dentro de ciertos parámetros- estructuran sus propias relaciones jurídicas”¹⁹⁵

¹⁹² BUSTOS PUECHE, José Enrique (1999), op.cit., p. 142.

¹⁹³ Morales Hervías, Rómulo, op.cit., p. 616.

¹⁹⁴ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, op. cit., p. 467.

¹⁹⁵ GAGLIANO, Mariano, op. cit., pp.38-39.

No obstante lo antes señalado, discrepamos con aquellas posturas que sostienen que la simulación absoluta de un determinado negocio jurídico pueda ser considerado nulo, parcialmente nulo y válido a la vez, pues demuestra una falta de claridad y confusión de la categoría negocial. Así por ejemplo el autor chileno Alvaro Quintanilla, señala que:

Parece *prima facie* inverosímil que un acto puede ser ineficaz para un contratante y eficaz para otro, que el acto puede ser parcialmente nulo, nulo y válido a la vez. Pero este al parecer peregrino fenómeno es simplemente la consecuencia de que la pluralidad de sujetos determina que exista un conjunto de relaciones jurídicas autónomas, de tal manera que nada impide que tengan una eficacia o ineficacia independiente unas de otras. Por lo demás, el artículo 1600 del Código Civil establece que si dos o más personas contratan con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas aprovecha a las otras, de donde resulta que no hay inconvenientes para que el acto sea válido y nulo a la vez: nulo para quienes impetraron la nulidad, válido para quienes no lo hicieron.¹⁹⁶

Ahora bien, no olvidemos que la apariencia negocial, esto es, aquella situación que se muestra como verdadera, no necesariamente persigue fines ilícitos; sin embargo, aún bajo ese posible supuesto (simulación ilícita), el artículo 194° del Código Civil Peruano le reconoce sus efectos de validez, a favor del adquirente a título oneroso de buena fe. Así en el ejemplo mencionado en el párrafo anterior, si A hubiera transferido su propiedad a B, para afectar un crédito de “X”, tampoco se verían afectados los derechos de propiedad recientemente adquiridos por C. Entonces, el legislador peruano ha permitido -en el fondo- que se le reconozcan los efectos legales, a los negocios jurídicos simulados absolutamente, aún cuando estos respondan a un supuesto de simulación ilícita, pero siempre que se cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 194° antes citado.

Puede haber múltiples justificaciones que pueda haber considerado el legislador, para regular aquello que está previsto en el artículo 194° el Código Civil peruano, pero ello no lo podremos saber debido a la falta de una clara exposición de motivos de nuestro actual Código Civil. Sin embargo, todo está direccionado para poder afirmar que el legislador le dio un mayor valor a “la confianza” de los terceros sobre aquella situación irreal, buscando proteger el principio de seguridad jurídica. Ese “mayor valor” reconocido implícitamente por el legislador, significó y significa que se dejó en un segundo plano o en un segundo

¹⁹⁶ QUINTANILLA P, Álvaro., op. cit., p. 298.

orden de prioridad, a la “presencia de una voluntad interna” (pues, la simulación es concebida clásicamente como la discrepancia entre la voluntad y la declaración) en la celebración de los negocios jurídicos para reconocer la validez y efectos legales. También podría decirse que el legislador quiso trasladar al agente la responsabilidad de sus propios actos (o de esa falta de coincidencia con su verdadero querer), evitando algún perjuicio a determinados terceros, protegiendo la buena fe de estos y resguardando el tráfico jurídico.

En este marco, podríamos sostener que el artículo 194° del Código Civil Peruano es una clara muestra de la acogida a la “teoría declaracionista” frente a la teoría volitiva, pues prevalece lo declarado por las partes frente a lo querido verdaderamente por ellas, aunque –precisamos- es una prevalencia atenuada, toda vez que sólo será para un determinado supuesto: (i) presencia de un tercero (es aquel que no figura como parte del negocio simulado, ni personalmente ni representados, excluyéndose además a los herederos) (ii) adquisición a título oneroso y (iii) buena fe del tercero (entendida como la ignorancia de la simulación y, por ende, la confianza en el negocio simulado). La norma bajo comentario termina quebrando el principio de que nadie puede transferir más derecho de los que tiene, *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

El sentido de nuestra investigación, se ve reforzada, si tenemos en cuenta que el negocio jurídico simulado se presume válido y, tal como lo señala Catherine Thibierge “en tanto no se declare la nulidad, el acto permanece válido. Estará solamente viciado por una causa de nulidad.”¹⁹⁷ Esto explicaría entonces, que mientras no se declare judicialmente la simulación, el negocio pueda “producir todos los efectos atados a un contrato válido.”¹⁹⁸

Es decir, consecuencias materiales y objetivas en un mundo real donde prima la autonomía privada por estar ausente el perjuicio de intereses ajenos.

Propuestas como las que formulamos existen, como ya se ha indicado, en la legislación francesa, en la que se considera la simulación absoluta lícita como una figura “neutral”; similar regulación existe en Argentina, en la que autores como Mariano Gagliardo afirman que “la voluntad humana del que contrata un acto jurídico tal como está admitido legalmente, reconoce la tutela del Derecho. El negocio simulado, no obstante sus anomalías quedan en el marco de la autonomía de la voluntad y no es una solución para

¹⁹⁷ THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 363.

¹⁹⁸ Idem, p. 363.

soslayar normas imperativas ni las pautas de la buena fe contractual.”¹⁹⁹ Apreciamos entonces, que en diversas legislaciones la simulación absoluta de un negocio, tiene plena aptitud para generar derechos entre las partes y a favor de los terceros que han obrado de buena fe, reconociéndose, por ende, efectos a los negocios jurídicos simulados, pues, en el desarrollo de la sociedad y en el comercio de bienes y servicios, se prefiere la seguridad en el tráfico jurídico en desmedro de la voluntad real o no en la celebración de un negocio jurídico.

En atención a lo anterior, concluimos que los negocios jurídicos con simulación absoluta y que no afectan intereses ajenos, podrían seguir siendo parte del tracto sucesivo de bienes, siempre que así lo decidan las mismas partes simulantes, con lo cual afirmaríamos que los negocios jurídicos simulados en forma absoluta “**terminan generando efectos legales**”, pudiendo también el tercero adquirente conocer de la simulación, pues, reiteramos, lo que precedió fue una “simulación lícita”.

2) La simulación: expresión de la autonomía privada. -

Como se ha mencionado en líneas precedentes, la autonomía privada no es sino una expresión de la libertad de los individuos para celebrar los negocios jurídicos que respondan a sus intereses, en la cual el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger los efectos queridos por las partes, debiendo establecer limitaciones sólo en los supuestos de afectación del orden público o de intereses de terceros, es decir, el ordenamiento jurídico debe estar orientado a evitar los abusos en el ejercicio de la “autonomía privada”.

Es reconocido que el hombre al nacer goza inherentemente de derechos y prerrogativas innatas a su existencia, a su libertad, siendo una de éstas, la autonomía privada.

Son los particulares los que auto determinan sus derechos y obligaciones dentro de un marco normativo que debe ser respetado, pues, ésta presupone –en principio- la protección de intereses superiores a los de los particulares. En ese sentido, la autonomía privada no es sino una expresión del poder que ostentan los individuos en libertad, a efectos de que puedan satisfacer sus intereses, el cual debe ser ejercido racionalmente respetando los valores sociales, el orden público y las buenas costumbres, de tal manera que este equilibrio permita una convivencia social armoniosa.

¹⁹⁹ GAGLIANO, Mariano, op. cit., pp. 43.

En ese sentido, señala el Dr. Luigi Ferri:

El negocio jurídico no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad. (...)

Se deduce de esto que los negocios jurídicos como manifestación de autonomía privada, son **siempre** actos de ejercicio de poder: tanto los negocios que contienen actos de disposición de derechos patrimoniales como los que determinan el nacimiento de meros efectos obligatorios.”²⁰⁰

En atención a lo anterior, la autonomía privada, como clara muestra de la libertad de los individuos debe ser respetada, pues representa la voluntad de estos y que trasciende incluso ante la muerte del sujeto, como ocurre por ejemplo en el negocio jurídico del testamento. Es de precisar que los efectos del negocio jurídico, como indica Ferri son otorgados por el propio contenido normativo del negocio (brotan a su celebración) y no son asignados por el ordenamiento jurídico, pues ello implicaría que los efectos (de nacimiento, de modificación o de extinción) sean otorgados en un segundo momento, como una adición o en forma sobrevenida, lo cual no responde a la naturaleza misma del negocio.²⁰¹

En ese orden de ideas, consideramos que la realización de un negocio jurídico simulado por parte de determinados individuos es una clara muestra de la existencia del principio de autonomía privada, que no sólo tiene connotación social, sino que tiene trascendencia social, en la medida que el propio organismo ha reconocido la producción de determinados efectos jurídicos que tienen como base la existencia de un negocio jurídico simulado, como se ya ha mencionado en el literal precedente. Dentro de estos efectos podemos mencionar la traslación de derechos a terceros de buena fe que tienen como base previa un negocio jurídico simulado, la acción por daños y perjuicios a favor de las partes derivado de la violación de un acto simulado y la convalidación de todos los efectos legales del negocio simulado después de transcurrido el plazo prescriptorio (10 años).

²⁰⁰ FERRI, Luigi (1969) *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, pp. 43 y 44.

²⁰¹ Ídem, pp. 84 y 85.

Entonces, estaríamos hablando en cierta medida de un negocio jurídico eficaz, pues como lo indica Massimo Bianca, la *“eficacia es la producción de determinados efectos jurídicos (...), el efecto jurídico es una vicisitud jurídica, es decir, el cambio de una situación de derecho”*.²⁰² Es indudable, que si un tercero adquiere una propiedad mediante un contrato de compra venta, precediendo a este negocio uno simulado en forma absoluta, el derecho de propiedad del tercero se mantendrá incólume, entonces, es evidente que el negocio jurídico simulado absolutamente terminó generando efectos jurídicos.

Si bien, ponemos de manifiesto que el negocio jurídico simulado en forma absoluta, es una manifestación del principio de autonomía privada, somos categóricos en afirmar que el ejercicio de este principio debe realizarse en forma responsable y razonable, sin afectar derechos e intereses de terceros, pues, en estos casos sí debe existir una reprobación legal. Entonces, sobre la base de lo expresado- debemos traer a colación el denominado “principio de autoresponsabilidad” reconocido por la doctrina italiana y en virtud al cual, se le otorga al declarante el riesgo de una declaración no conforme con la voluntad real. En efecto, toda declaración (al margen del querer interior) genera confianza en las personas, quienes confían – valga la redundancia- en la seriedad de la actividad negocial y así por ejemplo –como ya se ha mencionado- no se puede afectar a los terceros que actúan de buena fe en la contratación basado o relacionado con un negocio con simulación absoluta. En consecuencia, las partes que realizan negocios jurídicos simulados sobre la base de su ejercicio de autonomía privada, deben actuar con plena “responsabilidad”, sin afectar intereses o derechos de terceros. El principio de autonomía privada está relacionado íntimamente con el principio de “autoresponsabilidad”, tal como lo señala por ejemplo el profesor Massimo Bianca.²⁰³

En esa misma línea, debemos indicar que esta potestad que tienen las personas de poder ejercer su autonomía privada y -sobre esta base- realizar negocios jurídicos simulados sin afectar intereses o derechos de terceros, tendría cierto respaldo incluso en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución de 1993, norma que establece que toda persona tiene derecho *“a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan normas de orden público”*. Nótese que nuestra carta magna hace referencia a “fines lícitos”, dentro de los cuales podríamos enmarcar a la denominada “simulación lícita”, en consecuencia, existiría inclusive una justificación superior y constitucional, a efectos de no afectar siempre con nulidad aquellos negocios jurídicos que fueron celebrados con simulación absoluta pero que no perjudican a nadie.

²⁰²BIANCA, Mássimo., op. cit., p. 545.

²⁰³Ídem, pp. 42 y 43.

3) La utilidad del negocio jurídico simulado que no afecta intereses ajenos. -

Entendido que a través de la simulación “Se trata de fingir una relación de derecho, hacer aparecer como realizado un contrato que no existe, producir una ilusión para por medio de ella conseguir los objetivos que se persiguen”²⁰⁴, debemos ser categóricos en afirmar que la simulación absoluta lícita de un negocio no debe ser reprochada por la ley por medio del remedio negocial de la nulidad, no sólo porque ésta no afecta intereses de terceros, así como tampoco afecta normas de orden público, sino porque además a través de ella, se puede obtener una utilidad para las personas, por ejemplo –como ya se ha expuesto- cuando se busca evitar ser víctima de organizaciones delictivas y, por ello, simuladamente se traslada parte del patrimonio a terceros. En este contexto y estando a la inexistencia de afectación de intereses ajenos, el ordenamiento jurídico no debería considerar nulos estos negocios, por más que no se haya producido modificación alguna de la esfera jurídica de los intervinientes, por lo que el tracto sucesivo de los negocios expost a la simulación, deberían tener una continuidad regular y no debería estar amenazada por ninguna sanción legal, no obstante que los adquirentes hayan conocido los alcances de la simulación del negocio previo, máxime si la buena fe de las partes simulantes existió desde el inicio y aún en la celebración de los negocios venideros.

Por lo anterior, no sugerimos que se produzca una modificación legislativa al artículo 219° inciso 5 de nuestro Código Civil, que establece “*El acto jurídico es nulo: (...) 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.* Lo que proponemos es que se incorpore un criterio adicional para interpretar dicha norma. En ese sentido, la nulidad de un negocio jurídico debería tener por objeto sancionar sólo aquellos negocios simulados en forma absoluta que hayan afectado intereses ajenos, ya sea intereses particulares (entiéndase a los terceros individualizados) o generales (cuando se afecta las normas de orden público y con ello a una colectividad). En caso contrario, no encontramos el fundamento adecuado para justificar la declaración de nulidad de un negocio simulado en forma absoluta que nunca tuvo por propósito causar un perjuicio a nadie ni afectar las normas de orden público. En este marco, la autonomía privada de las personas debe prevalecer, por haber sido utilizada con toda responsabilidad, más aún si en la simulación se encuentra muchas veces una puerta de escape para evitar ser víctimas de la delincuencia que asciende cada vez más en nuestra sociedad.

²⁰⁴ GUERRERO, Mario, op. cit., p. 110.

Como bien se indica, “el derecho regula los momentos o las actividades más importantes de la vida de los individuos o de los grupos en los que estos se integran”²⁰⁵, creemos –con mucha humildad por cierto- que nuestra propuesta se enmarca en aquella definición, por cuanto, procuramos rescatar el aspecto positivo de la simulación absoluta cuando ésta no tiene un propósito pernicioso, siendo una herramienta para regular las actividades de las personas y permitirles llevar una vida más armoniosa, procurando alejarse de las actividades delincuenciales que se producen cotidianamente en nuestra sociedad.

Si bien es cierto que nuestra propuesta podría ir en contra de lo sostenido por voces muy autorizadas en la materia, así por ejemplo el profesor Lohmann sostiene que la simulación absoluta es nula prescindiendo de sus fines²⁰⁶; consideramos -muy respetuosamente- que en la presente investigación hemos explicado y desarrollado las razones del porqué dicha postura no sería aplicable frente a la simulación absoluta inocente, resaltando además la utilidad de ésta para casos particulares como los ya expuestos, en los que lejos causar perjuicios se generan ciertos beneficios para los ciudadanos.

4) Los supuestos de simulación absoluta no deben afectar al Fisco. -

Definitivamente uno de los aspectos que consideramos medulares para sustentar nuestra postura, es la inexistencia de perjuicio a terceros, entre los que se encuentra la no afectación al Estado, específicamente el no perjuicio al Fisco. En ese sentido, es evidente que los negocios con simulación absoluta lícita no son tal, si en su naturaleza o constitución sirven como un medio de evadir el pago de tributos. En esa línea de ideas, cuando se realiza un negocio con simulación absoluta necesariamente para alcanzar la categoría de la “licitud” debe de implicar el pago de los impuestos que deban corresponder como si se tratara de un negocio jurídico real y transparente. Deberán cumplirse, en consecuencia, con el Código Tributario (Decreto Supremo No. 133-2013-EF), la ley de Impuesto a la Renta (Decreto Supremo 179-2004-EF), la Ley de Tributación Municipal (Decreto Supremo No. 156-2004-EF), entre otras normas de naturaleza tributaria.

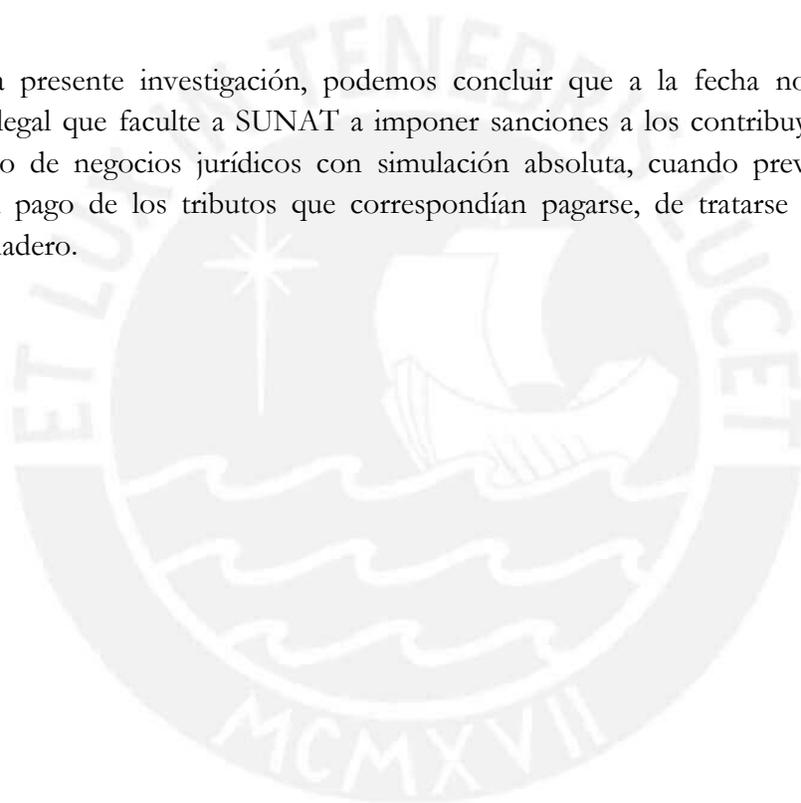
En la medida que se cumplan con los dispositivos legales tributarios, es decir, el pago de los impuestos, tasas y contribuciones, la administración tributaria no se afectaría en lo absoluto. Por ejemplo, en el caso de la transferencia con simulación absoluta de un bien inmueble, se

²⁰⁵PECES-BARBA, Gregorio y otros (2000) *Curso de Teoría del Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., p. 17.

²⁰⁶LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, op. cit., p. 371.

tendrá que pagar el impuesto de alcabala que regula el artículo 21° de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Supremo No. 156-2004-EF), pues, a SUNAT se le informará de la ocurrencia del hecho imponible. Nótese que no existe perjuicio al Fisco, sino por el contrario, un negocio jurídico simulado en forma absoluta termina generando un ingreso a la entidad estatal administradora de tributos, por tanto, SUNAT no iniciaría ninguna fiscalización, mucho menos podría imponer una multa por ese hecho, lo cual tiene pleno sentido si tenemos en cuenta que la simulación absoluta de un negocio jurídico es la manifestación de una autonomía privada, es decir, está en el fuero de los particulares y si éste no busca evadir el pago de los tributos, ergo, no tendría por qué haber alguna injerencia de dicha autoridad administradora.

Luego de la presente investigación, podemos concluir que a la fecha no existe alguna disposición legal que faculte a SUNAT a imponer sanciones a los contribuyentes frente al conocimiento de negocios jurídicos con simulación absoluta, cuando previamente se ha efectuado el pago de los tributos que correspondían pagarse, de tratarse de un negocio jurídico verdadero.



CAPITULO CUARTO

“Reflexiones finales y conclusiones”

El posible aporte de la presente investigación. -

La simulación como figura jurídica ha existido por cientos de años, siendo reconocida incluso desde la época del derecho romano, pues, las personas por determinadas circunstancias o motivaciones han tenido la necesidad de simular. Antiguamente, la simulación era considerada como una figura legal negativa y vinculada al fraude “porque se decía que, al valerse del engaño, su finalidad no podría ser otra que la de defraudar”²⁰⁷; pero hoy en día, como ya se ha explicado, la doctrina reconoce que la simulación tiene siempre dos vertientes: (i) una negativa, que afecta intereses ajenos y (ii) una positiva, libre de toda acción dolosa y que no busca perjudicar a nadie. Estando a que cada una de ellas responde a causas de distinta naturaleza, consideramos que ambas no pueden ser tratadas por igual.

Hemos demostrado, que el legislador peruano al regular el artículo 194° del Código Civil, ha reconocido que incluso la simulación absoluta ilícita (aquella que busca perjudicar a un acreedor, por ejemplo) puede generar efectos legales, ello debido a que a la fuerza que tiene el negocio jurídico simulado en forma absoluta al constituir un caso de apariencia jurídica y, por tanto, genera confianza en el orden social y no puede afectar a terceros que actúan de buena fe. En esa línea de ideas, no encontramos impedimento para que el artículo 219° inciso 5 del Código Civil sea aplicado únicamente para el supuesto de nulidad absoluta ilícita, teniendo en consideración la utilidad y/o beneficios que puede producir en el mundo real, la denominada simulación inocente o lícita, la misma que es celebrada de buena fe por sus intervinientes, por tanto, no debe ser considerada nula *per se*. A ello debemos añadir que nuestra postura considera que en figura de la simulación absoluta sí existe voluntad, empero es una voluntad para simular para crear una apariencia negocial, situación que no necesariamente afecta intereses de terceros.

Entonces, al encontrarnos con la regulación peruana establecida en el artículo 194 del Código Civil, no podemos negar que un supuesto de simulación absoluta (*apariencia de una situación jurídica*) puede generar efectos legales, esto es, la figura de la simulación absoluta puede dar lugar a una situación real, en este caso, justificada porque se procura evidentemente que exista seguridad en el tráfico jurídico y, con ello, proteger los intereses del tercero quien de buena fe ha manifestado una voluntad de contratar sobre la base de

²⁰⁷ GUERRERO, Mario, op. cit., p. 183.

una apariencia (desconocida por aquél), primando entonces la situación aparente sobre la situación real (negocio con simulación absoluta). Así las cosas, resulta siendo razonable que se pueda establecer una apertura en el tratamiento y análisis de la simulación absoluta lícita. En el desarrollo de nuestra investigación hemos encontrado algunos autores que de cierta forma comparten nuestra postura. Así Alfredo Soria Aguilar señala que “(...) si es que las partes pretenden crear una apariencia jurídica distinta a la realidad esta no puede reprobarse por sí misma, salvo que afecte los límites del orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas. Si es que la apariencia es inocua y no afecta la esfera jurídica de ningún tercero, la apariencia será admitida por el derecho sin ningún reparo.”²⁰⁸

Recordemos que la realización de un negocio simulado no es sino –a nuestro entender- una manifestación del principio de autonomía privada, el cual no puede tener limitaciones de parte del estado, salvo que existan razones válidas y justificables (como los intereses de terceros o el orden público). Con esto no buscamos impulsar una utilización desmedida e irrazonable de la figura legal de la simulación, pues, incluso la autonomía privada como señala Angelo Falzea debe tener una base de autodisciplina y autoresponsabilidad.²⁰⁹

Así, por ejemplo, si las partes que acuerdan crear esta situación aparente, deben ser conscientes que si uno de ellos (incumpliendo el acuerdo simulatorio) transfiere el bien inmueble a un tercero de buena fe, el derecho de éste último prevalecerá, pues, la seguridad en el tráfico tiene un valor superior que el acuerdo simulatorio privado. En esa misma línea, no promovemos que la *causa simulandi* del negocio simulado sea perniciosa y/o atentatoria de derechos de terceros, por el contrario, dicha causa deberá responder a un interés justificado y razonable, además podría incluso ser pasible de comprobación. Así por ejemplo, casos en los que por ejemplo, un empleador utiliza simuladamente una modalidad de contratación temporal con un trabajador, cuando en el fondo se trata de una relación laboral de tiempo indeterminado, no pueden ser objeto de protección, pues, se afecta los intereses del propio trabajador, así como la propia normatividad laboral (incurriéndose en el supuesto del literal “d” del artículo 77° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral- Decreto Supremo No. 003-97-TR); así se ha establecido por ejemplo en el fundamento doce de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 06 de marzo del año 2015 recaída en el expediente 03439-2013-PS/TC.

²⁰⁸SORIA AGUILAR, Alfredo y otros (2014) *El negocio jurídico*. Lima: Fundación M.J Bustamante de la Fuente, p. 296.

²⁰⁹FALZEA, Ángelo., op.cit, p. 264.

A nuestro juicio, el concepto de buena fe en el marco de la presente investigación podría ser entendida incluso en el supuesto que el tercero conoce del negocio simulado, empero, es consciente que se trata de una simulación lícita, es decir, que no afecta derechos de terceros ni tampoco el orden público.

De otra parte, nuestro legislador reconoció otro supuesto en el que un negocio jurídico simulado puede generar efectos y esto ocurre al transcurrir diez años desde la realización del negocio jurídico simulado (conforme a la regulación establecida en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil). En principio, luego de transcurrido este tiempo, el negocio jurídico con simulación absoluta se legitima y no podrá ser objeto de una acción judicial de nulidad; prevaleciendo nuevamente la apariencia negocial. Es evidente que este postulado previsto en la norma en mención (inciso 1 del artículo 2001° del Código Civil) tiene mayor sentido y menores cuestionamientos cuando estamos frente a un negocio jurídico con simulación absoluta que no afecta intereses ajenos (simulación lícita). Entonces, el correcto afirmar que nuestro ordenamiento jurídico civil sí ha previsto casos en los que los negocios jurídicos simulados pueden generar efectos legales, valga la redundancia, legalmente protegidos.

En ese orden, un ejemplo interesante sobre simulación lícita que se menciona en la doctrina²¹⁰, es el siguiente: un padre de familia adinerado buscando enmendar una vida disipada de su hijo o para obligarlo a concluir sus estudios universitarios, transfiere todos sus bienes a un amigo de mucha confianza, indicándole a su hijo que su situación económica es muy desfavorable y, por tanto, debe corregir su comportamiento. Al cabo de unos años el hijo concluyó su carrera universitaria, pues, decidió que debía cambiar frente al nuevo contexto familiar; luego de ello, el padre dejó sin efecto el negocio jurídico simulado y sus bienes se revirtieron nuevamente en él. Como se puede apreciar, la simulación absoluta en el presente caso no fue utilizada con ánimo pernicioso, sino todo lo contrario, se logró un objetivo positivo a través de la simulación. ¿Si no existió perjuicio en el acto del padre, por qué dicho negocio debió ser reputado como nulo desde su origen? Reiteramos que no encontramos argumentos sólidos que justifiquen una aplicación indiscriminada del remedio de la nulidad para la figura de la simulación lícita, más aún si esta última es una expresión de la libertad contractual.

En ese contexto, nuestra posición –conforme se ha desarrollado en la presente investigación- no es una postura solitaria y/o aislada, toda vez que dicha regulación existe

²¹⁰Idem, p. 169.

en Argentina, Francia, Brasil, Paraguay, solo por mencionar a algunos países. En esa línea, existe sustento aplicar la regla de no declarar la nulidad de un negocio jurídico con simulación absoluta (neutralidad) cuando no se afecte derechos o intereses de terceros.

Nos preguntamos, entonces ¿por qué la creación de una apariencia de un negocio jurídico que no afecte ningún interés tendría que ser nula? Por el contrario, en la presente investigación hemos descrito cómo nuestra propia legislación reconoce efectos jurídicos a negocios jurídicos simulados en forma absoluta, para determinados casos, por ejemplo, respecto del tercero de buena fe que adquiere un bien inmueble. Consecuentemente la simulación absoluta de un negocio jurídico puede ocasionar una variación del *statu quo* lo cual evidentemente pone de manifiesto la justificación del derecho en la vida en relación, pues fuera de ella carece de objeto²¹¹. No obstante, propugnamos que la tesis que impulsamos sea aplicada bajo claros criterios de razonabilidad y utilidad. En tal sentido, tanto el acuerdo simulatorio oculto como el negocio simulado propiamente dicho (las cuales son partes de un proceso unitario), deben tener propósitos honestos, descartándose plenamente la simulación ilícita en relación al planteamiento que efectuamos.

Resulta ilustrativo señalar que incluso la Corte Suprema en la Casación 735-2006 (Diálogo con la Jurisprudencia No. 38. Enero 2001, p. 241) se ha emitido un pronunciamiento acorde con nuestra tesis, en el sentido de requerir la existencia de un perjuicio debidamente acreditado a efectos de poder solicitar la nulidad de un negocio jurídico simulado.

Lo anterior, guarda coherencia con las definiciones de Francesco Galgano, Hernán Córtez y Francisco Ferrada (véase las páginas 29-31 de esta investigación) en relación al concepto de simulación absoluta, los cuales no incluyen ni consideran que se trate de una figura perniciosa y/o negativa, o como bien lo señala Guillermo Borda, la simulación en sí misma no puede ser considerada ni buena ni mala²¹². En nuestra opinión la realización de un negocio jurídico simulado que no afecta intereses de terceros constituye legítimamente una clara manifestación de la autoregulación de intereses privados que podría generar determinados efectos legales, sobre todo sobre aquellos que, desconociendo la situación de apariencia, contratan basados en la confianza que otorga el sistema legal en el que nos desenvolvemos.

²¹¹ BORDA, Guillermo, op. cit., p. 161.

²¹² GUERRERO, Mario, op. cit., p. 183.

En ese marco, el ocultamiento de negocios y/o de bienes, con el propósito de no ser víctimas de organizaciones delictivas, de no ser víctimas de actos de extorsión, por ejemplo, se puede lograr a través de la utilización legítima y justificable de la figura de simulación. Esta situación fáctica lejos de afectar intereses de terceros o al interés público, conlleva – desde nuestra óptica- una utilidad en nuestra sociedad. Consecuentemente, podemos afirmar que apelamos no sólo al respeto del principio de autonomía privada (por medio de la cual se puede establecer una reglamentación de intereses), sino también a la utilización responsable de esta figura; en la que incluso, por ejemplo, ya los profesores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina señalaban que cuando el comerciante buscaba ocultar sus negocios, ello en sí mismo no tiene un ánimo indebido²¹³. Entonces, buscamos que la utilización de un esquema de simulación absoluta (simulación neutra) constituya una herramienta o un medio que nos permita vivir con una mayor tranquilidad, en síntesis: que tenga una utilidad social.

Es innegable que la simulación como figura jurídica es utilizada en nuestro sistema legal, sobre la base de dos vertientes. Una primera, la simulación ilícita, es utilizada con el propósito de afectar intereses de terceros y obtener una ventaja calificada como “indebida”, pues, dicha ventaja se obtiene a costa de la afectación de un derecho de tercero o del estado, como, por ejemplo, el buscar evadir el pago de impuestos o el pago de una acreencia. Una segunda vertiente, es la simulación lícita, es decir, aquella que no busca afectar ningún interés ajeno, pero sí obtener una ventaja. Evidentemente, que dicha ventaja no podría ser calificada como “indebida”, porque no se sacrifica ni afecta ningún interés ajeno, esto, es podríamos incluso calificar como una “utilización eficiente” de la figura de la simulación absoluta. Así el profesor Alfredo Bullard realizando una definición de eficiencia, afirma que ésta es: “cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra.”²¹⁴

A lo largo de esta investigación, no hemos encontrado razones suficientes que justifiquen el tratamiento igualitario de ambas vertientes; no existen fundamentos sólidos que expliquen razonablemente por qué la simulación absoluta lícita de un negocio deba ser sancionada con el remedio negocial de la nulidad (regulación legal actual); por el contrario, hemos encontrado razones lógicas y legítimas que justifiquen por lo menos un trato diferente que limite la aplicación del remedio de la nulidad a este tipo de simulaciones, más aún cuando genera una utilidad social (regulación que existió en el Código Civil Peruano de 1936).

²¹³OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA op. cit., p. 116.

²¹⁴BULLARD GONZALES, Alfredo (2006) *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores., p. 43.

De otro lado, nuestra investigación se aleja naturalmente de la regulación que existe en el sistema alemán e italiano en relación a la figura de la simulación absoluta. En cuanto al sistema alemán, debido a que en el BGB en el parágrafo §117 sanciona con nulidad la declaración de voluntad aparente y la autonomía privada esta conceptualizado sobre la base de lo establecido en el ordenamiento jurídico. De otro lado, también nos apartamos de la regulación establecida en el sistema civil italiano, toda vez que éste reconoce el negocio jurídico con simulación absoluta como una expresión de ineficacia negocial, ello en el artículo 1414° del Código Civil Italiano. Nuestra tesis, se acerca ciertamente a la regulación establecida en el sistema francés, en el cual se reconoce la neutralidad de un negocio con simulación absoluta. Así, en el artículo 1321° del *Code* se reconoce que las contra-escrituras (*la contré lettre*) tienen efectos entre las partes contratantes, esto es, son negocios válidos y pueden generar determinados efectos. Evidentemente, siempre que nos encontremos frente a un supuesto de nulidad absoluta que respeta la integridad de intereses de terceros y el propio orden público. Ya hemos demostrado que existe cierta contradicción en nuestra legislación civil, pues, mientras el inciso 5 del artículo 219° del Código Civil sanciona con nulidad el negocio jurídico con simulación absoluta (por tanto, sin posibilidad de generar efectos legales), existen otras normas que por el contrario, reconocen efectos legales a ese tipo de negocios, cuando por ejemplo nos encontramos frente a un tercero de buena fe (artículo 194° del Código Civil) o cuando transcurre un tiempo superior a diez años (inciso 1 del artículo 2001° del Código Civil) o cuando se reconoce una derecho indemnizatorio por la violación de un negocio simulado (inciso 2 del artículo 2001° del Código Civil).

A continuación, a modo de materializar los alcances de la presente investigación a la realidad, nos permitimos describir un caso en el que legítimamente se habría utilizado la figura de la simulación lícita como instrumento que permitió no ser víctima de organizaciones delictivas.

Caso Trujillo:

En este estado de nuestra investigación, debemos de acotar que en el ejercicio de la profesión tomamos conocimiento que en Trujillo-Perú durante en el año 2012 una persona dueña de algunos negocios en dicha ciudad (que para el caso llamaremos Pedro), tomó conocimiento que diversos empresarios y/o negociantes venían siendo extorsionados por las diversos organizaciones delictivas que existían y existen en dicha ciudad. Pedro -que no era abogado y, por tanto, desconocía de los tecnicismos de las instituciones jurídicas-analizó el contexto social en el que vivía y consideró que una forma de evitar de ser víctima de aquellas organizaciones delictivas, era trasladando parte importante de su patrimonio a algunos terceros de su entera confianza. En ese marco, decidió optar por dicho camino, de tal manera que conversó con dos de sus familiares. Luego, Pedro acudió a una notaría y,

previa elaboración de los contratos respectivos, decidió poner a nombre de terceros sus principales negocios. Estos terceros eran dos familiares de mucha confianza para Pedro y que residían en el extranjero, los que habrían venido a Perú para la suscripción de los contratos, regresando luego a sus respectivas ciudades fuera del país. En este marco, Pedro transfirió propiedades, acciones y vehículos, encontrando en la “simulación absoluta” un medio para eludir y/o escapar de las organizaciones delictivas. No se buscó nunca perjudicar a nadie, por el contrario, la venta de un inmueble generó el pago del impuesto de alcabala y con ello se generó ingresos al fisco. Hemos conocido por fuentes cercanas a la Notaría que Pedro no ha sido víctima (por lo menos hasta ahora) de los extorsionadores, posiblemente porque la información no es de fácil acceso a estos, pues, Pedro ya no aparece como propietario de diversos bienes (muebles e inmuebles) ante los Registros Públicos. Los dueños (simuladamente) estarían en el extranjero, por ende, fuera de los alcances de los delincuentes locales.

Casos como el expuesto en el párrafo precedente, nos permiten reflexionar sobre la institución de la simulación absoluta y analizar ciertamente su utilidad en nuestra sociedad, cuando ésta no perjudica a nadie.

En el caso planteado, vemos que Pedro y sus familiares al momento de suscribir los contratos de transferencia, utilizaron la figura jurídica de la simulación absoluta, esto es, crearon un supuesto de apariencia negocial, debido a que no tuvieron la voluntad real de generar aquellas transferencias de dominio. Existió, pues, un acuerdo simulatorio y el ánimo de generar un engaño a los terceros. Es indudable que sí existió un proceso volitivo de Pedro y de sus familiares, y decidieron que exista en la realidad una titularidad sobre derechos de propiedad sólo en apariencia, se produjo entonces –voluntariamente– una discordancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna de los intervinientes.

También es indiscutible que se presentó en este caso la denominada *causa simulandi*, esto es, el motivo que determinó la celebración de los negocios simulados. Es de precisar que en el presente caso, la motivación fue “lícita”; pues, no se buscó perjudicar intereses ajenos. Pedro buscó la protección de sus propios bienes jurídicos, representados en la integridad, tranquilidad individual y familiar, buscando evitar ser víctimas de las organizaciones delictivas. En el presente caso, se presenta una justificación legítima para la realización de los negocios simulados, una utilización racional de la figura de la simulación, la que a su vez resulta de elevada utilidad.

Los referidos negocios simulados realizados por Pedro y sus familiares, también han terminado generando efectos entre las partes y ello es indudable. Existe, pues, un acuerdo simulatorio, esto es, un reglamento de intereses de las partes que podría tener como punto de partida el compromiso de no disposición sobre los bienes por parte de los familiares, esto es, el respeto de la palabra empeñada, pues, únicamente se generó una apariencia negocial. En esta línea de ideas, de existir una vulneración del acuerdo simulario, Pedro podría iniciar una acción indemnizatoria, tal como lo establece el artículo 2001° inciso 2 del Código Civil Peruano.

Esta situación de apariencia también al principio no genera efectos respecto de terceros, salvo que estos se vean involucrados con aquellos negocios simulados. Así por ejemplo, si un tercero adquiere el derecho de propiedad de parte de los familiares, el artículo 194° del Código Civil Peruano, les concede la posibilidad de tener sólidos sus derechos, no obstante haber contratado sobre la base de un negocio aparente, siempre que hayan actuado de buena fe. A nuestro juicio la buena fe del tercero también se presentaría, en el supuesto que Pedro y los familiares conversen con los terceros y les expliquen el porqué los derechos de propiedad no están a nombre de Pedro. En efecto, si la simulación no afectó intereses ajenos y es explicada a los terceros, consideramos que no hay razón para que el derecho de propiedad de estos últimos se vea disminuido o amenazado (esto suele ocurrir en muchas ocasiones). Vemos entonces que la simulación absoluta lícita terminó generando efectos, ello por voluntad del mismo legislador peruano. Consecuentemente, la simulación del negocio jurídico no puede ser considerando de ninguna manera como un negocio inexistente.

En caso no se produzca la transferencia de derechos de parte de los familiares de Pedro, esto es, de encontrarnos frente a la simulación absoluta lícita en su estado natural, no encontramos inconvenientes para aquella situación de simulación “exista” o “subsista”, no podría ser reputada nula *per se*, pues, ésta no vulnera intereses ajenos, ni se afecta el interés público. Existe una plena manifestación de la autonomía privada de los intervinientes, quienes a, nuestro juicio, han actuado con total responsabilidad.

Encontramos, entonces, en la simulación absoluta lícita un mecanismo para poder escapar de la delincuencia o, específicamente, de aquellas organizaciones que buscan extorsionar a aquellas personas que son dueños de varias propiedades, a empresarios, entre otros. Es indudable que debido a casos como el producido con Pedro, nos permiten concluir que la simulación absoluta lícita, tiene “cierta utilidad” en nuestra sociedad, por ello, es que su

tratamiento no puede ser igual como los supuestos de simulación absoluta ilícita; estos últimos deberían mantener el tratamiento que se les da en la actualidad.

En esa línea, se puede afirmar que la simulación lícita genera una situación de eficiencia, toda vez que, la realización de tal negocio simulado, lejos de generar un desmedro de un interés ajeno termina mejorando la situación de otra persona. Así en el ejemplo, Pedro adquiere para sí y para su familia mayor tranquilidad en sus actividades comerciales, mayor seguridad, al reducir la posibilidad de ser víctima de alguna organización delictiva, ergo, se crea una situación de bienestar que antes de la realización de los negocios simulados, no existía.

Finalmente, en el desarrollo de la presente investigación encontramos que nuestra propuesta tuvo una regulación, en cierta medida, en el artículo 1094° del Código Civil de 1936, en la que se estableció que la simulación no era reprobada por la ley cuando a nadie perjudicaba, a su vez cuando no tenía un fin ilícito; de tal manera que efectuar una mirada retrospectiva a la regulación que existía en nuestro país en el Código anterior, sobre el tema de simulación, e intentar recoger los aspectos positivos que ésta tenía y que fueron abolidos, sin mayor explicación, en nuestro actual Código (que no cuenta con una exposición de motivos)²¹⁵ consideramos que no es nada irrazonable, más aún cuando ello resulta beneficioso para los tiempos actuales. No olvidemos, que diversos autores consideran que el Código Civil de 1936 fue un buen código, tan es así que incluso el doctor Mario Castillo Freyre afirma que si nos manteníamos con dicho Código “ni el mundo jurídico peruano ni el país se hubiera venido abajo”²¹⁶.

La simulación absoluta, entonces, no debería ser vista con lentes oscuros ni tratada como una figura jurídica negativa, perniciosa, por parte de nuestros operadores jurídicos; pues, proponemos que ésta sea analizada desde su origen, buscando la razón de ser de este tipo de negocios, es decir, cuál fue la *causa simulandi*. Sólo con la realización de ese trabajo y/o esfuerzo se podrá apreciar –en determinados casos claro está- su utilidad e inexistencia de lesión a la ley o terceros.

²¹⁵LEON HILARIO, Leysser (2010) “Universidad y Cultura de la Codificación Civil” En: CHIARA GALVÁN, Eduardo (coordinador) *Análisis del Código Civil a los 25 años de su vigencia*. Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega, p. 154.

²¹⁶CASTILLO FREYRE, Mario (2010) “25 Años del Código Civil” En: VIDAL RAMOS, Roger (coordinador) *Libro de Ponencias del Vº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Grandes Gráficos SAC, p. 35.

Por lo anterior, consideramos que existían razones legítimas para el planteamiento de la hipótesis formulada en la presente investigación. Asimismo, buscábamos encontrar las razones que podrían justificar tener una óptica diferente a la regulación legal, en relación a la figura de la simulación absoluta lícita; buscábamos encontrar los fundamentos que justifiquen la no aplicación del remedio negocial de la nulidad a los supuestos de simulación absoluta lícita; más aún cuando ese tipo de negocios tienen cierta utilidad en algunos casos y son realizados por muchas personas los tiempos actuales. Humildemente, consideramos que hemos cumplido con el propósito de nuestra investigación, encontrando algunas razones idóneas que sustentan la “no nulidad” de los negocios con simulación absoluta lícita, las cuales se han desarrollado en la presente investigación. Creemos finalmente, que el trabajo efectuado no agota el tema investigado y esperamos que la presente tesis sea considerada sólo como una pequeña contribución a este inagotable mundo apasionante del derecho.

Conclusiones:

- El negocio jurídico simulado constituye un mecanismo creador de apariencia negocial (y así ha sido reconocido incluso por la jurisprudencia peruana), empero, puede ser útil para proteger bienes jurídicos de importante valor, como la integridad personal, la libertad o incluso la vida misma de las personas.
- El negocio jurídico simulado es a su vez una manifestación del ejercicio del principio de autonomía privada, en virtud al cual las personas deciden libremente (en el marco de su soberanía negocial) qué tipo de negocios jurídicos celebran y qué alcances y/o efectos deben tener estos; no obstante ello, esta atribución debe ser ejercida teniendo presente el principio de “autoresponsabilidad”.
- El negocio jurídico simulado sí responde a una voluntad interna de los sujetos intervinientes, así como a una declaración externa de voluntad, esta última es la que se muestra a los terceros, quienes confían en la “veracidad” de tales negocios.
- El Código Civil Peruano regula la figura civil denominada la simulación absoluta, ello en su artículo 190°. Asimismo, el artículo 219° inciso 5 del referido Código establece que la sanción (remedio negocial) a dicha figura lo es la nulidad; ergo -en principio- no se reconoce su validez ni tampoco sus efectos legales. Esto aplicaría en principio, para la simulación lícita y la ilícita.

- La realización de un negocio jurídico simulado responde siempre a una “*causa simulandi*”, esto es, a una finalidad que influye en las personas para realizar este tipo de actos; esta finalidad puede ser lícita o ilícita. Esta motivación busca satisfacer determinados intereses individuales.
- Doctrinariamente se reconoce la simulación absoluta lícita e ilícita. La primera no afecta derechos de terceros ni mucho menos alguna ley; la segunda sí puede afectar derechos de terceros o algún dispositivo legal. En ese sentido, la simulación absoluta lícita debería ser recogida como un criterio para no sancionar con nulidad *per se* a aquellos negocios jurídicos simulados en forma absoluta que no afectan derechos de terceros o que no vulneren alguna ley.
- La utilización de la simulación absoluta sin vulneración de intereses ajenos podría generar un supuesto de eficiencia, en el sentido, que podría mejorar la situación del agente que interviene en la simulación, sin afectar en lo absoluto a nadie ni a nada.
- Se considera como elementos de la simulación el propósito de provocar una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado, la divergencia entre lo querido en relación con lo que se declara de manera consciente y el convenio de simulación; empero, debería resaltarse que la trascendencia de no reconocer los efectos legales a este tipo de negocios jurídicos debería ser el perjuicio que se ocasiona a terceros o cuando se vulnera el orden público.
- Existen diversos pronunciamientos judiciales que terminan declarando la nulidad de determinados negocios jurídicos, por el sólo hecho que se aprecie los elementos descritos en la conclusión anterior. A nuestro juicio, tales razonamientos judiciales deberían incluir la comprobación del real perjuicio a terceros o la contravención de algún dispositivo legal, pues, de no presentarse alguno de estos supuestos, no correspondería declarar la nulidad de tales negocios jurídicos.
- Si bien es cierto que el artículo 193° establece que las partes o los terceros perjudicados pueden ejercer la acción por simulación, también es cierto que esta norma está referida a la parte procesal, esto es, “al derecho de accionar”, en teoría el negocio jurídico simulado que no afecta a nadie ni vulnera alguna ley es “nulo” y dicho remedio negocial consideramos excesivo, teniendo en cuenta que existen razones que podrían justificar la vigencia del mismo.

- A lo anterior, hemos demostrado en la presente investigación que la simulación absoluta como tal, no constituye un supuesto de “inexistencia”, toda vez que podría generar determinados efectos legales. Uno de ellos es la eficacia del acto simulado frente a terceros de buena fe, tal como lo regula el artículo 194° del Código Civil Peruano. Asimismo, se reconoce el derecho indemnizatorio en caso de la violación del negocio jurídico simulado (aplicable entre las partes del negocio simulado), tal como se prevé en el inciso 2 del artículo 2001° de nuestro Código Civil.
- Consideramos que el artículo 194° del Código Civil Peruano podría ser aplicado aún frente a aquellos supuestos en los que el tercero conozca que el negocio jurídico es simulado en forma absoluta, en los que el real titular del derecho conozca y autorice el negocio que realizará el titular del derecho aparente, pues, en estos casos consideramos que no existe mala fe, siempre claro está que no se afecte los intereses de terceros, ni se vulneren normas jurídicas.
- El acuerdo simulatorio es aquel concierto de voluntades al que arriban las partes que intervienen en la realización de un negocio simulado, a través de la cual se establecen compromisos u obligaciones de hacer y no hacer entre las partes, respecto del negocio aparente. En nuestra opinión, el acuerdo simulatorio conjuntamente con el negocio simulado genera efectos legales entre las partes, así por ejemplo si una de las partes incumple con el compromiso asumido y transfiere el bien del cual era un titular aparente, entonces, podría estar obligado a resarcir económicamente a su contra parte.
- La simulación absoluta lícita, genera efectos legales entre las partes y sobre terceros, por tanto, podría producirse el tracto sucesivo de bienes y servicios, cuando antecede una simulación absoluta lícita, sin que se considere que el primer negocio jurídico esté viciado de nulidad.
- La simulación absoluta ilícita, aquella que afecta normas de orden público o intereses ajenos, deberían mantener el tratamiento actual, esto es, ser nulos *per se*.
- Consideramos que los negocios jurídicos simulados que no afecten intereses de terceros ni vulneren normas legales, podrían tener cierta utilidad, como por ejemplo el evitar ser víctimas de determinados delitos económicos, lo cual se presenta cuando una persona transfiere sus bienes a terceros.



BIBLIOGRAFIA

Albaladejo, Manuel

1993 *El negocio Jurídico*. Segunda edición. Zaragoza: Cometa S.A.

ALPA, Guido y otros

2003 *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano*. Lima: Ara Editores.

BASADRE GROHMANN, Jorge

1984 *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Atenea.

BATTISTA FERRI, Giovanni

2002 *El negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Lima: Ara Editores.

BETTI, Emilio 1943

Teoría General del Negocio Jurídico. Traducción de A. Martín Pérez. Madrid: Revista Editorial de Derecho Privado.

BIANCA, Máximo

2007 *Derecho Civil. El Contrato*. Traducción Fernando Hinestroza y Edgas Cortés. Lima: Editorial Cordillera S.A.C.

BORDA, Guillermo A.

1986 *Manual de obligaciones*. Octava edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

BULLARD GONZALES, Alfredo

2006 *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

BÜRGERLICHES GESETZBUCH

- 1998 *Código Civil Alemán Comentado*. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Barcelona: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique
1999 *La Doctrina de la Apariencia Jurídica*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry
2010 *El Fraude y La Simulación en la Contratación Laboral*. Lima: Editora Jurídica Grigley.
- CASTILLO CASTILLO, Víctor R.
1963 *Simulación de los actos jurídicos*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho.
- CASTILLO FREYRE, Mario
2010 “25 Años del Código Civil” En: VIDAL RAMOS, Roger (coordinador) *Libro de Ponencias del Vº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Grandes Gráficos SAC.
- CIFUENTES, Santos
1988 *Código Civil y leyes complementarias*. Seis Tomos. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT,
1943 *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducción de Demófilo De Buen y Manuel Cornet. Ocho Tomos. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus.
- CORNET, Manuel
2011 “*Simulación del Acto Jurídico*”. En OSTERLING PARODI, Felipe otros (coordinadores) *Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Dos tomos. Lima: Idemsa.
- CORTÉS, Hernán
1765 *La simulación como vicio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Araujo.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal

- 1954 *Manual elemental de derecho civil*. Segunda edición. Lima: Lumen.
- DANZ, Erich
1955 *La interpretación de los negocios jurídicos*. Traducción d Francisco Bonet Ramos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico
1985 *El negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
2004 “*Conversión del acto jurídico*”. En ESCOBAR ROZAS, Freddy y otros (directores). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley.
- EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE
- 2010 La nulidad del acto jurídico por simulación absoluta. *RAE Jurisprudencia*. Lima, Diciembre 2010, Tomo 30.
- 2008 Nulidad de Acto Jurídico: falta de manifestación, simulación absoluta y objeto física o jurídicamente imposible. *RAE Jurisprudencia*. Lima, Octubre 2008, Tomo 7.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2008 *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FALZEA, Ángelo
1997 “El principio jurídico de la apariencia”. Traducción de Leysser León. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Lima, 2006, No. 59.
- 1997 “El negocio jurídico y autonomía individual”. Traducción de Rómulo Morales Hervias. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2007, No. 58.

- FERRADA, Francisco
1960 *La simulación de los negocios jurídicos.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- FERRI, Luigi
1969 *La autonomía privada.* Traducción de Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado.
- Gaceta Jurídica
2009 *Jurisprudencia Civil de la Corte Superior (2006-2008).* Lima: Gaceta Jurídica.
- GAGLIANO, Mariano
2008 *Simulación Jurídica.* Buenos Aires: La Ley.
- 1992 *El negocio jurídico.* Traducción de Francisco Blasco y Lorenzo Prats. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARIBOTTO, Juan Carlos
1991 *Teoría General del Acto Jurídico.* Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- GARCÍA SAYÁN, Francisco Mareyra
2005 *El acto jurídico según el Código Civil peruano.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GIORGIANNI, Michele
1976 *La causa del negocio jurídico. Estudio de derecho italiano y comparado.* En: *Revista de Derecho Notarial.* Madrid, 1976, No. NCIII-XCIV.
- GUERRERO, Mario
1957 *La Simulación en el Derecho Civil Colombiano.* Bogotá: Editorial Máxima.
- GOMEZ SANTA MARIA, Eduardo

- 1847 *Manual de Derecho Romano*. Madrid: Imprenta de don José María Alonso.
- JOSSERAND, Louis
1951 *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Tres Tomos. Buenos Aires: Boch y Cia Editores.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella
2002 *Jurisprudencia actual V. Con aplicación práctica del Código Civil, del Código Procesal Civil y de la legislación comercial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2001 *Jurisprudencia actual IV. Con aplicación práctica del Código Civil, del Código Procesal Civil y de la legislación comercial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- LE FUR, Louis
1944 *Los Fines del Derecho. Bien común, justicia y seguridad*. Traducción de Daniel Kuri Breña. Tercera Edición. México: Editorial Jus S.A.
- LEON BARANDIARAN, León
1954 *Comentarios al Código Civil Peruano*. Ocho tomos. Lima: Edial Editores.
- LEON HILARIO, Leyseer y otros
2013 *Los negocios Jurídicos Simulados. Introducción a su régimen normativo y praxis en el derecho peruano*. Inédito.
- 2010 “Universidad y Cultura de la Codificación Civil” En: CHIARA GALVÁN, Eduardo (coordinador) *Análisis del Código Civil a los 25 años de su vigencia*. Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

2004 *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el código civil peruano.* Lima: Palestra Editores.

LEON HILARIO, Leyseer y otros

2014 *El negocio jurídico.* Lima: Fundación M.J Bustamante de la Fuente.

LOEWENWARTER, Víctor

1935 *Derecho Civil Alemán.* Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile.

LOHMANN LUCA DE TENA

1994 *El negocio jurídico.* Segunda edición. Lima: Grijley EIRL.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín

2009 *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos.* Buenos Aires: Editorial Perrot.

1991 *Tratado de Derecho Civil. Parte General.* Décimo cuarta edición. Dos tomos. Buenos Aires: Editorial Perrot.

MARÍN PADILLA, Luisa

1990 *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. Utile per inutile non vitiatur.* Barcelona: Librería Bosch.

MAZEAUD, Henry, León MAZEAUD y Jean MAZEAUD, Jean

1960 *Lecciones de Derecho Civil.* Cuatro Tomos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

MENA PEREZ, Sanín Antonio

1963 *Existencia e Inexistencia y Validez y Nulidad del Negocio Jurídico.* Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas.

- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto
2013 *“La fe pública registral y la falsificación de documentos”*. Inédito
- MESSINEO, Franceso
- 2007 *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O Fontánrrrosa y otros. Lima: Osbac SR.Ltda.
- 1953 *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O Fontánrrrosa y otros. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MONTERO BACA, José
1953 *Ejecutoria supremas de derecho civil peruano*. Tomo VII.
- MORALES HERVIAS, Rómulo
- 2006 *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grigley.
- 2006 *“Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”*. En Universidad de Lima. XXV Años Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- 2003 *“Simulación Absoluta”*. En: GURIERREZ CAMACHO, Walter y otros (Comité directivo) *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2002 *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima, Ara Editores.
- MOSSET ITARRASPE, Jorge

- 1974 *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Buenos Aires: Editorial Eriar.
- MUÑOZ SABATE, Luis
1972 *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Barcelona: Editorial Hispano Europea.
- NUÑEZ MOLINA, Waldo
2008 *La simulación del acto jurídico. Teoría y práctica*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA
1994 *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis S.
2011 “*Algunas reflexiones sobre la simulación en los actos jurídicos*”. En OSTERLING PARODI, Felipe y otros (coordinadores) *Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Dos tomos. Lima: Idemsa.
- PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT
1940 *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural S.A.
- QUICENO ALVAREZ, Fernando
2003 *La Simulación en los Actos Jurídicos*. Segunda edición. Bogotá: Editorial jurídica bolivariana.
- QUINTANILLA P, Álvaro
1976 *Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio*. Valparaíso: Edeval.
- RAMIREZ BAQUERO, Edgar
2008 *La Ineficacia en el negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

RAMOS NUÑEZ, Carlos

2001 *Historia del derecho peruano Siglos XIX y XX. La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RIPERT, G. Y J. BOULANGER

2003 “La simulación” En QUICENO ALVAREZ, Fernando (compilador) *La Simulación en los Actos Jurídicos.* Segunda Edición. Bogotá: Editorial jurídica bolivariana.

ROMERO MONTES, Francisco Javier

2003 *Curso del Acto Jurídico.* Lima: Editorial Portocarrero.

ROSELLO, Gabriela

2006 *Simulación en GUERSI, Carlos (Director) Nulidad de los Actos Jurídicos Civil –Comercial- Penal-Procesal.* Buenos Aires: Editorial Universidad.

RUBIO CORREA, Marcial

2008 *Título Preliminar del Código Civil.* Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTIAGO NINO, Carlos

1985 *La Validez del Derecho.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma SRL.

SAVATER, Fernando

2004 *El valor de elegir.* Barcelona: Editorial Ariel.

SCOGNAMIGLIO, Renato

2004 *Contribución a la teoría del negocio jurídico.* Traducción de Leysser L.León. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.

STOLFI, Giuseppe

1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

TABOADA CORDOVA, Lizardo

2006 *Negocio Jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.

2002 *Nulidad del acto jurídico*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grigley.

TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario

2010 *La Nulidad del Acto Jurídico y Las Incoherencias de su Tratamiento*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante SAC.

THIBIERGE, Catherine

2010 *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad*. Traducción de Gustavo de Greiff. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

2002 *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.

VEGA SOYER, Jorge

2008 *La protección a la apariencia jurídica* en: Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

VIDAL RAMIREZ, Fernando

2005 *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

1996 *Instituciones del libro del Acto Jurídico*". En ARANIBAR FERNANDEZ-DAVILA, Gabriela y otros. *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica)*. Tres tomos. Lima: Cultural Cuzco.

VON TUHR, A.

2007 *Tratado de las obligaciones*. Traducción de W. Roces. Granada: Editorial Comares, S.L.

WERNER, Flume

1998 *El Negocio Jurídico*. Traducción de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle. Cuarta edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

ZANNONI, Eduardo

1986 *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

