



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**



**SUPUESTO DE NEGOCIO SIMULADO CONTENIDO EN LA  
SIMULACIÓN ABSOLUTA Y EN LA SIMULACIÓN RELATIVA  
REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO CATEGORÍA DE  
INEFICACIA FUNCIONAL DEL NEGOCIO JURÍDICO**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO  
DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y  
COMERCIAL**

**PRESENTADO POR:**

**Bach. Ada Gabriela Muñoz Duran**

**ASESOR:**

**Dr. Ericson Delgado Otazu**

**CUSCO-PERÚ**

**2020**



**DEDICATORIA**

*A mi hermana Edith, por ser mi luz inquebrantable en los  
momentos más oscuros.*



## AGRADECIMIENTO

*A Dios por sobre todas las cosas.*

*Mi agradecimiento al Dr. Ericson Delgado Otazu,  
asesor de esta tesis, por su buena disposición,  
dedicación y calidad humana.*

*Mi agradecimiento a los docentes de la maestría  
por sus valiosos aportes, y por incentivar me a  
cumplir esta meta con su excelente  
profesionalismo.*

## RESUMEN

La presente investigación estudia los fundamentos por los que el supuesto de negocio simulado, contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa, debe ser considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, en contraposición a lo establecido en el Código Civil, que regula al negocio simulado, considerándolo un supuesto de ineficacia estructural, y por tanto causal de invalidez del negocio jurídico, problemática planteada en vista de la imprecisa regulación normativa en relación a la figura de la simulación, asimismo por la coexistencia de dos teorías incompatibles como son: la teoría de la nulidad y la teoría de la ineficacia del negocio jurídico simulado, en el mismo cuerpo normativo. Para tal efecto, los objetivos planteados están dirigidos a analizar las razones jurídicas y doctrinarias que sustentan el criterio por el cual el negocio simulado ha sido incluido dentro de los supuestos de ineficacia estructural del negocio jurídico, posición adoptada por nuestra legislación vigente y por un sector de la doctrina, de la misma manera establecer las razones jurídicas y doctrinarias que fundamentan su categorización como un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico. En el desarrollo de la investigación se consideraron como principales fuentes documentales: los estudios doctrinarios, la jurisprudencia y la legislación nacional y comparada, cuyo análisis ha permitido determinar la existencia de tres puntos en controversia: *i) la formación de la voluntad jurídica, ii) la causa subjetiva del negocio simulado, iii) la finalidad del negocio simulado.* Los resultados de la presente investigación determinaron que el supuesto de negocio simulado ha sido estructurado de manera correcta en observancia de los elementos, presupuestos y requisitos prescritos por ley para su validez, por lo que no constituye una categoría de ineficacia estructural. En cuanto a sus efectos jurídicos se concluye que su ineficacia obedece a la voluntad de las partes contratantes, por lo que constituye una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, motivo por el cual se plantea su modificación legislativa.

**PALABRAS CLAVE:** *Negocio simulado, simulación absoluta, simulación relativa, ineficacia funcional, negocio jurídico.*



## SUMÁRIO

A presente investigação estuda os fundamentos pelos que, o suposto de negocio simulado contido na simulação absoluta e na simulação relativa deve ser considerada como uma categoria de ineficácia funcional de negocio jurídico, em contraposição ao estabelecido no código civil que regula o negocio simulado considerando isso um suposto de ineficácia estrutural e por tanto é o causal de invalidez de negocio jurídico, problemática exposta em vista da imprecisa regulação normativa em relação a figura da simulação, assim como a coexistência de duas teorias incompatíveis como são: A teoria da nulidade e a teoria da ineficácia do negocio jurídico no mesmo corpo normativo. Para tal efeito os objetivos expostos estão dirigidos a analisar as razões jurídicas e doutrinarias que sustentam o critério pelo qual, o negocio simulado foi incluído nas premissas de ineficácia estrutural do negocio jurídico, posição adotado por nossa legislação vigente e por um setor da doutrina, assim como definir as razões jurídicas e doutrinarias que fundamentam sua categorização como um suposto de ineficácia funcional do negocio jurídico. No desenvolvimento da investigação se consideraram como principais fontes de documentos: Os estudos doutrinários, a jurisprudência e a legislação nacional e comparada, cujas análises nos permitiram determinar a existência de três pontos de controvérsia: *i)* A formação da vontade jurídica; *ii)* A causa subjetiva do negocio simulado; *iii)* A finalidade do negocio simulado. Os resultados da presente investigação determinaram que o suposto negocio simulado tem sido estruturado de maneira correta em observância dos elementos supostados e requisitos prescritos por lei para sua validade, pelo que não constitui uma categoria de ineficiência estrutural. Em quanto aos seus efeitos jurídicos, se conclui que sua ineficácia obedece a vontade das partes contratantes, pelo que o negocio simulado constitui uma categoria de ineficácia funcional do negocio jurídico, motivo pelo qual se requiere sua modificação legislativa.

**TERMOS-CHAVE:** *Acordo de simulação, simulação absoluta, simulação relativa, ineficácia funcional, negócio jurídico.*



## ÍNDICE

|   |            |
|---|------------|
| <b>DEDICATORIA</b>  | <b>II</b>  |
| <b>AGRADECIMIENTO</b>   | <b>III</b> |
| <b>RESUMEN</b>  | <b>IV</b>  |
| <b>SUMÁRIO</b>  | <b>V</b>   |
| <b>INTRODUCCIÓN</b>   | <b>10</b>  |
| <b>CAPÍTULO I</b>   | <b>15</b>  |
| <b>EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN</b>                 | <b>15</b>  |
| <b>1.1. Planteamiento del Problema</b>                          | <b>15</b>  |
| 1.1.1. Formulación del problema                                 | 18         |
| 1.1.1.1. Problema Principal                                     | 18         |
| 1.1.1.2. Problemas Secundarios                                  | 18         |
| <b>1.2. Objetivos de la investigación</b>                       | <b>18</b>  |
| 1.2.1. Objetivo General   | 18         |
| 1.2.2. Objetivos Específicos                                    | 19         |
| <b>1.3. Justificación del estudio</b>                           | <b>19</b>  |
| <b>1.4. Metodología aplicada al estudio</b>                     | <b>21</b>  |
| 1.4.1. Enfoque del estudio                                      | 21         |
| 1.4.2. Tipo de investigación jurídica                           | 22         |
| <b>1.5. Hipótesis de Trabajo</b>                                | <b>22</b>  |
| <b>1.6. Categorías de Estudio</b>                               | <b>23</b>  |
| <b>CAPÍTULO II</b>  | <b>24</b>  |
| <b>DESARROLLO TEMÁTICO</b>                                      | <b>24</b>  |
| <b>SUBCAPÍTULO I</b>  | <b>24</b>  |
| <b>2.1. EL NEGOCIO JURÍDICO</b>                                 | <b>24</b>  |
| 2.1.1. Origen y evolución del negocio jurídico                  | 24         |
| 2.1.2. El negocio jurídico en la normativa peruana              | 27         |
| 2.1.2.1. Antecedentes legislativos                              | 27         |
| 2.1.3. La autonomía de la voluntad privada                      | 35         |
| 2.1.3.1. Los límites a la autonomía de la voluntad privada      | 36         |
| 2.1.4. La estructura del negocio jurídico                       | 38         |
| 2.1.4.1. Elementos esenciales ( <i>essentialia negotii</i> )    | 38         |
| 2.1.4.2. Elementos naturales ( <i>naturalia negotii</i> )       | 40         |
| 2.1.4.3. Elementos accidentales ( <i>accidentalia negotii</i> ) | 40         |
| 2.1.4.4. Los elementos  | 41         |
| 2.1.4.5. Los presupuestos                                       | 41         |
| 2.1.4.6. Los requisitos   | 42         |
| 2.1.5. Clasificación de los negocios jurídicos                  | 43         |
| 2.1.5.1. Actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales       | 43         |
| 2.1.5.2. Actos recepticios y no recepticios                     | 44         |



|                              |  |            |
|------------------------------|--|------------|
| 2.1.5.3.                     | Actos patrimoniales y extra patrimoniales _____  | 45         |
| 2.1.5.4.                     | Actos onerosos y gratuitos _____   | 45         |
| 2.1.5.5.                     | Actos principales y actos accesorios _____   | 46         |
| 2.1.5.6.                     | Actos puros y modales _____  | 47         |
| 2.1.5.7.                     | Actos de ejecución instantánea y actos de tracto sucesivo _____  | 48         |
| 2.1.6.                       | Requisitos de validez del negocio jurídico según el Código Civil de 1984 _____                                 | 50         |
| 2.1.6.1.                     | Capacidad _____  | 50         |
| 2.1.6.2.                     | Objeto _____   | 52         |
| 2.1.6.3.                     | Causa fin _____  | 54         |
| 2.1.6.4.                     | Forma _____  | 55         |
| 2.1.7.                       | La voluntad _____  | 56         |
| 2.1.7.1.                     | Estructura de la voluntad jurídica _____   | 57         |
| 2.1.7.2.                     | La declaración de voluntad _____   | 58         |
| 2.1.7.3.                     | Formas de declaración _____  | 62         |
| 2.1.7.4.                     | Teorías acerca de las relaciones entre la voluntad y su declaración _____                                      | 62         |
| 2.1.7.5.                     | Criterio adoptado por el Código Civil _____  | 67         |
| <b>SUBCAPÍTULO II _____</b>  |  | <b>69</b>  |
| <b>2.2.</b>                  | <b>LA SIMULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO _____</b>  | <b>69</b>  |
| 2.2.1.                       | Evolución histórica _____  | 69         |
| 2.2.2.                       | Legislación nacional _____   | 75         |
| 2.2.2.1.                     | Código Civil de 1852 _____   | 75         |
| 2.2.2.2.                     | Código Civil de 1936 _____   | 76         |
| 2.2.2.3.                     | Código Civil de 1984 _____   | 77         |
| 2.2.3.                       | Nociones conceptuales de simulación _____  | 78         |
| 2.2.4.                       | Naturaleza jurídica _____  | 80         |
| 2.2.5.                       | Características de la simulación _____   | 82         |
| 2.2.6.                       | La estructura de la simulación _____   | 85         |
| 2.2.6.1.                     | Contrato simulado _____  | 85         |
| 2.2.6.2.                     | Acuerdo simulatorio _____  | 85         |
| 2.2.7.                       | El Contradocumento _____   | 89         |
| 2.2.8.                       | Actos susceptibles de simulación _____   | 90         |
| 2.2.9.                       | Clases de simulación _____   | 91         |
| 2.2.10.                      | Efectos de la simulación _____   | 100        |
| 2.2.10.1.                    | La simulación respecto a las partes _____  | 100        |
| 2.2.10.2.                    | La simulación respecto a los terceros _____  | 107        |
| 2.2.11.                      | La acción de simulación _____  | 117        |
| 2.2.12.                      | La prueba de la simulación _____   | 121        |
| 2.2.13.                      | Simulación y otras figuras _____   | 123        |
| 2.2.14.                      | Razones doctrinarias por las cuales el negocio simulado es un supuesto de invalidez del negocio jurídico _____ | 127        |
| 2.2.15.                      | Análisis crítico _____   | 135        |
| <b>SUBCAPÍTULO III _____</b> |  | <b>144</b> |
| <b>2.3.</b>                  | <b>PATOLOGÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO _____</b>   | <b>144</b> |
| 2.3.1.                       | Ineficacia del Negocio Jurídico _____  | 145        |
| 2.3.1.1.                     | Nociones preliminares _____  | 145        |
| 2.3.1.2.                     | Eficacia del negocio jurídico _____  | 148        |
| 2.3.1.3.                     | Ineficacia del negocio jurídico _____  | 150        |
| 2.3.2.                       | Ineficacia estructural del negocio jurídico _____  | 153        |
| 2.3.3.                       | La invalidez del negocio jurídico _____  | 154        |
| 2.3.3.1.                     | Diferencias entre nulidad y anulabilidad _____   | 160        |
| 2.3.3.2.                     | La nulidad _____   | 163        |
| 2.3.3.2.1.                   | Causales de nulidad _____  | 166        |



|   |   |            |
|---|---|------------|
| 2.3.3.2.2.  | La acción de nulidad  | 175        |
| 2.3.3.2.3.  | Efectos jurídicos del negocio jurídico nulo   | 177        |
| 2.3.3.3.  | La anulabilidad   | 178        |
| 2.3.3.3.1.  | Causales de anulabilidad  | 180        |
| 2.3.3.3.2.  | Acción de anulabilidad  | 216        |
| 2.3.3.3.3.  | Confirmación  | 218        |
| 2.3.3.3.4.  | Ratificación  | 219        |
| 2.3.4.  | La ineficacia funcional del negocio jurídico  | 220        |
| 2.3.4.1.  | Definición de ineficacia funcional  | 220        |
| 2.3.4.2.  | Características de la ineficacia funcional  | 222        |
| 2.3.5.  | Causales de la ineficacia funcional   | 223        |
| 2.3.5.1.  | Rescisión   | 223        |
| 2.3.5.1.1.  | La rescisión en el Código Civil Peruano   | 231        |
| 2.3.5.1.2.  | El estado de necesidad  | 233        |
| 2.3.5.1.3.  | El estado de peligro  | 235        |
| 2.3.5.1.4.  | Efectos de la rescisión   | 235        |
| 2.3.5.2.  | Resolución  | 236        |
| 2.3.5.2.1.  | Efectos de la resolución  | 238        |
| 2.3.5.2.2.  | La resolución por incumplimiento  | 240        |
| 2.3.5.2.3.  | Resolución por imposibilidad sobrevenida  | 244        |
| 2.3.5.2.4.  | Resolución por excesiva onerosidad sobrevenida  | 247        |
| 2.3.5.3.  | Inoponibilidad  | 249        |
| 2.3.5.3.1.  | Tipos de inoponibilidad   | 254        |
| <b>CAPÍTULO III</b>   |   | <b>260</b> |
| <b>RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS</b> |   | <b>260</b> |
| 3.1.  | Razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico | 260        |
| 3.2.  | Estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa   | 262        |
| 3.3.  | Razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico   | 263        |
| 3.4.  | Necesidad de modificación legislativa   | 266        |
| 3.5.  | Consideración general   | 268        |
| 3.6.  | <b>ANÁLISIS DE HALLAZGOS</b>  | <b>270</b> |
| 3.6.1.  | Primera categoría de estudio: Negocio simulado  | 270        |
| 3.6.2.  | Segunda categoría de estudio: Estructura del negocio simulado   | 274        |
| 3.6.2.1.  | Estructura del negocio simulado   | 275        |
| 3.6.2.2.  | Los supuestos de negocio simulado regulados en el Código Civil  | 279        |
| 3.6.2.3.  | Los efectos jurídicos del negocio simulado  | 284        |
| 3.6.3.  | Tercera categoría de estudio: Naturaleza jurídica de la ineficacia del negocio jurídico.  | 286        |
| <b>CONCLUSIONES</b>   |   | <b>291</b> |
| <b>RECOMENDACIONES</b>  |   | <b>293</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>                                 |   | <b>294</b> |
| <b>ANEXOS</b>   |   | <b>298</b> |
| <b>ANEXO 1</b>  |   | <b>299</b> |





|                |            |
|----------------|------------|
| <b>ANEXO 2</b> | <b>300</b> |
| <b>ANEXO 3</b> | <b>301</b> |

## INTRODUCCIÓN

La simulación es la figura contractual por la cual, las partes contratantes crean de manera intencional una apariencia negocial ante terceros, con la finalidad de camuflar la realidad contractual o de crear una figura contractual que en realidad no existe. El contrato aparente o simulado no producirá efectos entre las partes, esta ineficacia es regulada mediante el acuerdo simulatorio.

En el ordenamiento jurídico nacional se han regulado dos tipos de simulación que son la absoluta y la relativa. Se presenta simulación absoluta cuando en el acuerdo simulatorio se conviene, no constituir entre las partes un negocio disimulado de fondo, es decir convienen crear la apariencia de efectos jurídicos que en realidad no se quieren. Por otro lado la simulación relativa implica la creación de una apariencia negocial para camuflar otro tipo contractual distinto (negocio disimulado), que producirá efectos jurídicos únicamente entre las partes contratantes, regulación convenida en el acuerdo simulatorio.

El Código Civil vigente ha regulado de manera distinta estas dos modalidades de simulación, así tenemos que el artículo 219° inciso 5 establece como causal de nulidad: “5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*”, en concordancia con lo establecido en los artículos 190° y 193°, sin embargo en el caso de la simulación relativa, el artículo 221° inciso 3 regula como causal de anulabilidad: “3.- *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero*”.



Esta diferencia de criterios ha generado confusiones en la doctrina así como en el tratamiento jurisprudencial, resulta cuestionable que aun cuando ambos tipos de simulación tienen el mismo contenido: **el supuesto de negocio simulado**, tengan un diferente tratamiento normativo. En todo caso queda claro, que la opinión del legislador es considerar al negocio simulado como una categoría de ineficacia estructural o invalidez del negocio jurídico, sin embargo existe otro sector de la doctrina que en contraposición señala que el negocio simulado no tiene un defecto en su estructura y ha sido conformado de forma correcta, por lo que debe ser considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

Sumado a esta controversia, los artículos que regulan la figura contractual de simulación en el Código Civil presentan contradicciones, por una parte el artículo 219° inciso 5, el artículo 190° y el artículo 193°, se han redactado en clara defensa a la teoría de la nulidad del negocio simulado, sin embargo el artículo 194° establece la inoponibilidad de la simulación, propugnando la teoría de la ineficacia del negocio simulado. Como se desprende de su análisis, ambas teorías resultan incompatibles al referirse a una misma figura contractual como lo es la simulación, por lo que resulta trascendental clarificar su naturaleza, adoptando una posición uniforme desde el punto de vista legislativo y doctrinario, que repercutirá directamente en su tratamiento jurisprudencial.



El presente trabajo de investigación tiene por finalidad exponer ampliamente esta problemática, así como determinar las razones por las que el negocio simulado debe ser considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, por lo cual la estructura de la presente tesis consta de tres capítulos:

En el capítulo I se desarrollan los aspectos metodológicos de la investigación: el planteamiento y la formulación del problema, los objetivos de la investigación, la justificación, el método, la hipótesis de trabajo y las categorías de estudio.

En el capítulo II se desarrollan las categorías temáticas que constituyen la parte central del presente trabajo de investigación, elaboradas en base a los valiosos aportes de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional y comparada.

Este capítulo se ha dividido en tres subcapítulos: el negocio jurídico, la simulación del negocio jurídico y las patologías del negocio jurídico.

El subcapítulo I, desarrolla el origen y evolución del negocio jurídico que posibilita entender su naturaleza jurídica a través de las diversas teorías al respecto, así como el desarrollo de sus nociones conceptuales a través del tiempo y espacio, asimismo tratamos el tema de la estructura del negocio jurídico, conocimiento que permitió identificar posteriormente las categorías de ineficacia estructural del negocio jurídico, de igual manera, abordar la clasificación de negocios jurídicos nos ayudó a conocer la ubicación de la figura de simulación como tipo contractual, finalmente el estudio de la voluntad, haciendo énfasis en



su formación y estructura, constituye un tema fundamental para entender el fenómeno de simulación y su categorización como un supuesto de ineficacia del negocio jurídico.

El subcapítulo II, está referido a la simulación del negocio jurídico, donde desarrollamos ampliamente las nociones conceptuales, seguidamente estudiamos la estructura del negocio simulado, uno de los aspectos primordiales de la presente investigación, analizamos los efectos jurídicos de la simulación entre las partes contratantes y frente a terceros, tema estrechamente conexo a la ineficacia funcional del negocio jurídico y finalmente se desarrollan los fundamentos por los que el Código Civil así como un sector de la doctrina, consideran al supuesto de negocio simulado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico, fundamentos que luego de haber sido sometidos a un análisis exhaustivo, han sido rebatidos por el autor de la presente investigación.

El subcapítulo III, estudia las patologías del negocio jurídico, de manera introductoria se analizan los supuestos de invalidez e ineficacia, posteriormente se desarrolla de manera amplia los temas de ineficacia estructural e ineficacia funcional del negocio jurídico, en base a los estudios doctrinarios y a la legislación vigente, se estudia a profundidad las categorías de ineficacia estructural o invalidez: nulidad y anulabilidad, así como las categorías de ineficacia funcional también llamados remedios contractuales: rescisión, resolución e inoponibilidad.



En el capítulo III, se exponen los resultados de la presente investigación, en correspondencia con los objetivos planteados, así como se identifican y cotejan los hallazgos principales en cada una de las categorías estudiadas, extrayendo los fundamentos esenciales por los que el supuesto del negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico reguladas en el Código Civil como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico, en rigor constituye una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, por lo que se confirma la hipótesis planteada en el presente trabajo.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Planteamiento del Problema

La simulación es el fenómeno por el cual las partes convienen en crear una apariencia negocial ante terceros, regulación establecida mediante el acuerdo simulatorio. En el caso de la simulación absoluta y en la simulación relativa el negocio simulado se encuentra estructurado de la misma manera: por el acuerdo simulatorio y el negocio simulado.

La simulación es absoluta cuando se celebra un negocio jurídico cuando en realidad no se constituye ninguno (negocio simulado), este no producirá efectos jurídicos entre las partes; y es relativa cuando aparentemente se celebra un negocio jurídico, realizando en realidad uno distinto, las partes celebran un negocio verdadero que ocultan bajo un tipo contractual distinto, de esta manera la verdadera naturaleza queda en secreto y es aplicable únicamente para las partes. *“Existiendo así en la simulación relativa un negocio simulado y un negocio disimulado”* (Roppo, 2009, pág. 648).

No obstante ambos tipos de simulación poseen la misma estructura, el ordenamiento jurídico ha determinado diferencias en su tratamiento normativo, dichas distinciones establecidas en el Código Civil en cuanto a la simulación absoluta y a la simulación relativa resultan discutibles puesto que la simulación absoluta es considerada como causal de nulidad, mientras que la simulación relativa constituye causal de anulabilidad tal y como lo establecen los artículos 219° inciso 5 y 221° inciso 3 respectivamente. (Morales, 2006, pag.308).



Debemos resaltar que como se desprende de los dispositivos legales referidos hasta el momento, para el legislador la simulación constituye una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico, es decir es considerado como un negocio invalido.

De acuerdo a Morales (2006), la justificación por la que se incluye a la simulación absoluta como causal de nulidad del negocio jurídico, como se encuentra establecido por el artículo 219° inciso 5 del Código Civil radica en una falta de identidad entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada de las partes contratantes (pág. 308).

Sin embargo, a su vez existen disposiciones legales que resultan contradictorias entre sí, es así que de lo establecido por los artículos 191° y 194° podemos inferir que el legislador opto por la teoría de la ineficacia (funcional) del negocio simulado al determinar la eficacia de la simulación frente a determinados sujetos, supuesto que no podría ser aplicable si se considera al negocio simulado como un negocio invalido como refieren los demás artículos ya mencionados.

En nuestra opinión los fundamentos por los cuales se considera que en la simulación existe divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, son incorrectos, lo que existe es un querer aparente, el cual es informado a los terceros y un querer real, el cual se mantiene en secreto entre las partes. Por tanto el negocio simulado presente tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa debería ser considerado como un supuesto de ineficacia funcional más no de ineficacia estructural al haber concurrido todos los





elementos esenciales y necesarios para considerar el negocio jurídico como válido, debiendo tener en cuenta que la ineficacia del negocio simulado no está determinada por un defecto en su conformación de tipo estructural sino por la voluntad de las partes.

Consideramos que la contradicción en la que ha incurrido el Código Civil, es insalvable al tratarse de dos teorías incompatibles entre sí, siendo necesaria la adopción de una sola teoría para reglamentar el supuesto de simulación del negocio jurídico: la teoría que defiende la nulidad del negocio simulado o de lo contrario la que sustenta su ineficacia, puesto que en calidad de operadores del derecho no podemos permanecer indiferentes frente a esta inadvertencia que desde luego conlleva a cometer errores en la práctica del derecho y en el subsecuente desarrollo doctrinario en la materia.

Por estas razones consideramos necesaria la aclaración de las categorías jurídicas de validez, nulidad, ineficacia del negocio jurídico entre otras, reformulando los artículos señalados, lo que propiciara la evolución conjunta de la legislación y la doctrina nacional. De esta manera se podrán superar las confusiones originadas en el pasado por la adopción de criterios que pertenecen a otras legislaciones y a través de la interpretación sistemática impactar de manera positiva en la interposición de demandas, resolución de conflictos y desde luego en los intereses de la comunidad en general.

### **1.1.1. Formulación del problema**

#### **1.1.1.1. Problema Principal**

¿Por qué el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico reguladas en el Código Civil Peruano como una categoría de ineficacia estructural, debería ser considerado en su lugar como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico?

#### **1.1.1.2. Problemas Secundarios**

1° ¿Cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico?

2° ¿Cuál es la estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa?

3° ¿Cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico?

4° ¿Es necesaria la modificación legislativa de los artículos que regulan el negocio simulado en el Código Civil Peruano?

### **1.2. Objetivos de la investigación**

#### **1.2.1. Objetivo General**

Establecer los fundamentos por los que el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del



negocio jurídico reguladas en el Código Civil Peruano como una categoría de ineficacia estructural, debería ser considerado en su lugar como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

1° Determinar cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico.

2° Establecer cuál es la estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa.

3° Determinar cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

4° Analizar si es necesaria la modificación legislativa de los artículos que regulan el negocio simulado en el Código Civil Peruano.

### **1.3. Justificación del estudio**

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

#### **a. Conveniencia**

La investigación es conveniente, debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no se tiene clara la definición de las categorías del acto jurídico como son la nulidad, la anulabilidad, la validez, la ineficacia, entre otras, razón por la cual supuestos como el del negocio simulado se encuentran incluidos en categorías erróneas, por lo que la presente investigación de carácter doctrinario



coadyuvara a que los operadores del derecho tengan un panorama más preciso de dichas categorías y la razón de ser de cada una de ellas.

#### **b. Relevancia Social**

Dicho conocimiento y delimitación correcta de las categorías del negocio jurídico señaladas precedentemente repercutirá directamente en la correcta interposición de demandas por el lado de los abogados litigantes y en la correcta calificación y resolución de controversias por el lado de los magistrados que de manera directa beneficiara a la sociedad en general.

#### **c. Implicancias Prácticas**

Se pondrá en manifiesto su beneficio tanto en la práctica judicial y en la enseñanza del derecho logrando de esta manera que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se orienten hacia un mismo sentido.

#### **d. Valor Teórico**

La presente investigación servirá como ya se ha señalado anteriormente para comprender de mejor manera las categorías del acto jurídico y para identificar las deficiencias en la normativa del Código Civil, así como para que los operadores del derecho tiendan a aplicar una interpretación de la norma utilizando la lógica jurídica y todos los conocimientos del derecho apoyados por la doctrina y no basándose únicamente en la literalidad de la norma.

#### **e. Utilidad Metodológica**

Se obtendrá una utilidad que ayudará a la correcta ubicación del negocio simulado desterrando el concepto de que este deba considerarse como un acto

invalido por no estar correctamente estructurado debiendo ceñirse en su lugar a los efectos del mismo.

#### **1.4. Metodología aplicada al estudio**

##### **1.4.1. Enfoque del estudio**

**Cualitativo:** En tanto que nuestro estudio se basa en el análisis y la argumentación para establecer resultados y no en mediciones estadísticas probabilísticas, dado que como señala Hernández Sampieri (2014), la investigación cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto, por lo que el enfoque cualitativo se selecciona cuando el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados.

##### **1.4.2. Tipo de investigación jurídica**

**Dogmático propositivo:** En primer lugar es una investigación dogmática puesto que tiene por objeto el estudio de una figura jurídica específica, como es el negocio simulado y su regulación normativa en el Código Civil Peruano, haciendo uso de la doctrina nacional y extranjera, así como de la legislación y jurisprudencia desarrollada al respecto, y dentro de este análisis pertenece al subtipo de investigación jurídica dogmática propositiva, en razón de que tiene por objeto en un primer momento la identificación del problema como es la inadecuada categorización del negocio simulado como un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico y su regulación normativa contradictoria en el Código Civil, y en un segundo momento tiene por finalidad proponer su re



categorización y consideración como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, hecho que implica la modificación de los artículos referidos al negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa (Castro Cuba, 2019, pag.37).

#### **1.4.3. Técnicas de Recolección de datos**

##### **a) Técnicas.**

1) Análisis documental: Es la operación que consiste en seleccionar las ideas informativamente relevantes de un documento a fin de expresar su contenido sin ambigüedades para recuperar la información en el contenida.

##### **b) Instrumentos.**

1) Fichas de análisis documental (anexo 2).

#### **1.5. Hipótesis de Trabajo**

Existen suficientes razones jurídicas y doctrinarias para considerar al supuesto del negocio simulado regulado en el Código Civil Peruano contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

## 1.6. Categorías de Estudio

| <b>CATEGORIAS</b>  | <b>SUBCATEGORIAS</b>       |
|--|----------------------------|
| <b>Categoría 1°:<br/>Negocio simulado</b>  | ❖ Naturaleza jurídica.     |
|  | ❖ Simulación absoluta.     |
|  | ❖ Simulación relativa.     |
|  | ❖ Regulación normativa.    |
| <b>Categoría 2°:<br/>Estructura del negocio simulado</b>                               | ❖ Naturaleza jurídica.     |
|  | ❖ Acuerdo simulatorio.     |
|  | ❖ Apariencia contractual.  |
| <b>Categoría 3°:<br/>Naturaleza jurídica de la ineficacia del<br/>negocio jurídico</b> | ❖ Naturaleza jurídica.     |
|  | ❖ Ineficacia estructural.  |
|  | ❖ Ineficacia funcional.    |
|  | ❖ Consecuencias jurídicas. |



**CAPÍTULO II**  
**DESARROLLO TEMÁTICO**  
**SUBCAPÍTULO I**

**2.1. EL NEGOCIO JURÍDICO**

**2.1.1. Origen y evolución del negocio jurídico**

Al respecto en el Quinto Pleno Casatorio Civil (2013), la Corte Suprema ha señalado:

*El negocio jurídico es definido en el Código Civil alemán de 1900 y para ello debe puntualizarse que este <...consolido legislativamente la teoría sobre el negocio jurídico al regularla en la Sección Tercera del Libro II (Parte General). Así, en la exposición de motivos se definió al negocio jurídico como la declaración de voluntad privada, dirigida a un resultado jurídico, que de acuerdo con el orden jurídico se realiza por ser querido (...)>.Lo característico, desde el origen de este cuerpo normativo con relación al negocio jurídico, de donde lo hemos importado, ha sido la gran importancia que se asigna a la voluntad privada a fin de obtener un resultado jurídico, ello es lo propio del negocio jurídico en los términos de Savigny, para quien <(…) el negocio jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar, o extinguir las relaciones jurídicas (...)>. (pag. 35)*

Para delimitar el negocio jurídico, sus elementos y su naturaleza

Jurídica, a nivel doctrinario se elaboraron las siguientes teorías:



**a. Tesis Voluntarista:**

Fue la primera tesis desarrollada en relación al negocio jurídico, estableciendo como premisa el dogma de la voluntad, donde la manifestación de voluntad debía responder a la voluntad interna del sujeto de derecho. Se sostenía por tanto que en el ejercicio de la autonomía privada, las partes contratantes podían reglamentar sus intereses, persiguiendo los efectos jurídicos previstos en la normativa vigente.

Se estableció que el carácter originario del negocio jurídico era la voluntad formada en el fuero interno, dejando en segundo plano a la declaración de la voluntad.

**b. Tesis Declaracionista**

Esta tesis fue naturalmente opositora a la primera, como resultado de la evolución doctrinaria del negocio jurídico, Lehmann citado por Morales (2005) definía al negocio como el supuesto de hecho constituido fundamentalmente por una o más declaraciones de voluntad, que determinaban el efecto del negocio jurídico en relación al contenido de estas declaraciones.

Esta teoría a diferencia de la primera, defendía la prevalencia de la declaración de voluntad, siendo objeto de protección por el ordenamiento jurídico su contenido objetivo, antes que la intencionalidad del sujeto.

Como podemos ver ambas teorías eran extremadamente radicales y absolutistas, las mismas que en los términos descritos son inaplicables en la actualidad.

### **c. Teoría de la Responsabilidad**

La teoría de la responsabilidad, también conocida como teoría intermedia, señalaba que en casos de discrepancia, prevalecería la voluntad declarada en caso dicha discrepancia hubiera sido querida por el autor de la declaración de voluntad, pues si la misma hubiera sido involuntaria debería prevalecer la voluntad interna. Se otorgó prevalencia a la responsabilidad de los sujetos del derecho al emitir una declaración de voluntad, asumiendo las consecuencias jurídicas que derivan de la misma.

### **d. Teoría de la Confianza**

Conforme a lo establecido por esta teoría, ante una discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, debe prevalecer la voluntad interna en caso el destinatario no haya confiado en la declaración de voluntad del otorgante, por haberse percatado de la falta de coincidencia, caso contrario si el destinatario confió en la declaración, y no pudo advertir discrepancia alguna, prevalecerá la voluntad declarada.

Esta teoría estaba fundamentada en la seguridad jurídica y la buena fé contractual.

### **e. Teoría Preceptiva**

De acuerdo a esta teoría, el negocio jurídico tiene como origen el comportamiento preceptivo de las partes contratantes, en otras palabras, mediante la manifestación de voluntad expresada en el negocio jurídico, los sujetos de derecho auto reglamentan sus intereses en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir emiten un mandato de carácter privado, acto que luego es dotado por el Derecho de los efectos jurídicos que correspondan de



conformidad a la función económico-social que caracteriza su tipicidad.

#### **f. Teoría Axiológica**

Mediante la cual, el negocio jurídico es considerado un valor de carácter privado que debe ser confrontado con el sistema de valores de carácter público establecido por el ordenamiento jurídico.

Así entonces, la compatibilidad entre estos dos valores debe determinarse en un momento posterior a la celebración del negocio jurídico, declarándose válido si es sustentado en los valores establecidos por un sistema legal determinado.

#### **g. Teoría Normativista**

Con relación a la teoría normativista, esta sostenía que el negocio jurídico debía ser considerado como una norma jurídica, constituyendo fuente del derecho positivo, por tanto las partes contratantes a través del contrato ejercen un poder creador de normas jurídicas de naturaleza privada, siendo fuente de las obligaciones contractuales.

### **2.1.2. El negocio jurídico en la normativa peruana**

#### **2.1.2.1. Antecedentes legislativos**

##### **El Código Civil de 1936**

El artículo 1075° del Código Civil de 1936 a la letra, señalaba:

*Artículo 1075.- Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita o que no esté prohibida por ley.*



Consideramos que el mencionado artículo mostraba deficiencias, no incluía el carácter más importante que constituye el elemento fundador de un negocio jurídico: **la manifestación de voluntad**, que es justamente la que debe ser expresada cumpliendo los demás requisitos que si estaban establecidos en dicho artículo.

#### **Proyecto de la Comisión Reformadora (1975)**

*Artículo 1.- Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, consentimiento, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley.*

#### **Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dra. Susana Zusman Tinman y Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, 1980)**

*Artículo 1.- El acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular, o extinguir relaciones amparadas por el Derecho.*

*El acto jurídico produce los efectos jurídicos queridos por el agente y los que eventualmente pueda asignarle la ley.*

#### **Proyecto de la Comisión Reformadora (1981)**

*Artículo 1.- Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, declaración de voluntad, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley.*



### **Proyecto de la Comisión Revisora (1984)**

*Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

- 1.- Agente Capaz*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible*
- 3.- Fin Lícito*
- 4.- Observancia de la forma prescrita con carácter necesario.*

Al respecto, la Corte Suprema ha precisado que si bien en los Proyectos de la Comisión Reformadora de 1975 y 1981 se establecieron los requisitos de validez del negocio jurídico fue en la Comisión Revisora de 1984 cuando se incorporó el termino manifestación de voluntad a fin de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, adoptando la teoría declaracionista del negocio jurídico (Quinto Pleno Casatorio Civil, 2013, pag. 44).

### **El Negocio Jurídico en el Código Civil de 1984**

El Artículo 140° del Código Civil de 1984 señala:

*“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

- 1.- Agente capaz (\*)*

(\*) Numeral modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con



discapacidad en igualdad de condiciones, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

- "1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley"*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible*
- 3.- Fin lícito*
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad"*.

El dispositivo legal utiliza la denominación *acto jurídico*, no obstante en atención a su naturaleza jurídica consideramos que el Código Civil ha regulado en su lugar el negocio jurídico. Este problema conceptual se ha arrastrado a la doctrina, donde algunos autores como Torres (2015), sostienen que acto jurídico y negocio jurídico son expresiones sinónimas (pág. 85), criterio que no compartimos.

El criterio por el cual se le asigna al acto jurídico y negocio jurídico una conceptualización análoga, postura defendida por un sector de la doctrina peruana, está basado en la creencia errónea de que todo acto jurídico celebrado por un sujeto de derecho mediante el cual declara su voluntad tiene la capacidad de producir efectos jurídicos, ignorando la categoría de actos jurídicos en sentido estricto como por ejemplo la figura del esponsales, debiendo entender que los negocios jurídicos en merito a la relación jurídica existente entre las partes contratantes, son fuente de derechos y obligaciones vinculantes para estas por lo que corresponde afirmar que son capaces de producir efectos jurídicos, por tanto el negocio jurídico resulta precisamente la figura jurídica que regula el Código Civil (Castillo, 2015, pags. 53-54).



En nuestra opinión la mejor forma de corregir estos errores referentes al uso indistinto de acto y negocio jurídico, que consideramos son únicamente conceptuales puesto que la figura que ha regulado el Código Civil de 1984 corresponde al negocio jurídico, es realizando un análisis de las teorías que dieron origen a esta figura jurídica, a través de su comprensión se podrá aclarar el panorama jurídico, y haciendo uso del término correcto se evitaran más confusiones tanto en el desarrollo de la doctrina como en el ejercicio práctico del derecho. Siendo consecuentes con la presente afirmación, en el desarrollo del presente trabajo utilizaremos la acepción *negocio jurídico*, para definir a la figura jurídica establecida en Libro II del Código Civil vigente.

El termino *acto jurídico* forma parte de la teoría francesa, la cual fue concebida en una sociedad donde se presumía que todos los ciudadanos tenían conocimiento de los efectos legales que podía originar el acto jurídico.

Posteriormente con la elaboración del concepto de negocio jurídico de origen alemán como señala Taboada (2016) se denominó *negocio jurídico* a las conductas de los sujetos que producían consecuencias jurídicas, las mismas que eran validadas por el ordenamiento jurídico, si existía correspondencia con el propósito jurídico que los determinara, haciendo su aparición la teoría de la voluntad dirigida al efecto jurídico. Asimismo se denominó *actos jurídicos en sentido estricto* a los comportamientos que aun cuando producían efectos jurídicos no respondían a lo querido por los sujetos, sino que eran atribuidos específicamente por el ordenamiento jurídico, por la sola realización del comportamiento voluntario (pág. 52).



Como consecuencia directa de la evolución de la teoría del negocio jurídico podemos decir que en la actualidad este concepto ya no se utiliza. Recordemos aquí que es el derecho quien establece la valoración de un acto humano elevándolo a la categoría de negocio jurídico en atención a valoraciones sociales, con el propósito de tener una sociedad establecida y ordenada. Consideramos que estos errores conceptuales plasmados en el Código Civil son producto del intento de adecuación de instituciones jurídicas concebidas en otros sistemas, sin haber sido previamente analizadas de manera integral y adaptadas a la realidad nacional.

En suma concordamos con la definición de negocio jurídico que hace Taboada (2016) afirmando que constituye una manifestación de la autonomía privada destinada a la autorregulación de los intereses particulares de las partes contratantes, la misma que luego de una valoración es reconocida por el ordenamiento jurídico generando los efectos jurídicos otorgados por la norma y los concordantes con los intereses de las partes (pág. 75).

Ahora bien en atención a los conceptos que serán desarrollados más adelante es importante diferenciar a los actos de autonomía privada y los actos jurídicos en sentido estricto, partiendo de la premisa que el acto jurídico es cualquier comportamiento humano relevante, mediante el acto de autonomía privada el sujeto de derecho dispone de su propia esfera jurídica, es así que este tipo de actos tienen la capacidad de crear efectos jurídicos, al desplegar el poder que tienen las partes contratantes para crear una auto reglamentación vinculante entre ellas, a diferencia de lo que sucede con los actos jurídicos en sentido estricto donde el comportamiento del sujeto no determina los efectos que este





vaya a producir aun cuando posea el componente volitivo, sino más bien está sujeto a una fuente externa que está constituida por el ordenamiento jurídico, por lo que la acción del sujeto por sí sola no es capaz de producir efectos jurídicos en su lugar es únicamente necesaria la voluntad del comportamiento para que la norma jurídica le asigne los efectos que le corresponden (Bianca, 2011, pag. 38).

Por tanto, la diferencia entre los actos de autonomía privada y los actos jurídicos en sentido estricto radica en la producción de efectos como consecuencia de la voluntad del agente, es decir el sujeto de derecho determina los efectos jurídicos a producir en uso de su autonomía privada también conocida como la libertad de las partes, sumados a los efectos naturales que otorga la ley, mientras que en los actos jurídicos en sentido estricto los efectos jurídicos son dispuestos por ley independientemente de la voluntad del sujeto pudiendo en muchos casos ser desfavorables para él.

Al respecto el Dr. Castillo (2015) refiere que en los denominados actos jurídicos en sentido estricto las consecuencias jurídicas no obedecen a la voluntad de las partes, es decir los celebrantes no crean una auto reglamentación de intereses, sino que los efectos jurídicos son determinados por la norma solo con la configuración de la declaración de voluntad, como por ejemplo en la figura de los sponsales (pag.46).

El ejemplo clásico utilizado en la doctrina con referencia a los actos jurídicos en sentido estricto es la promesa de matrimonio donde únicamente se requiere la voluntad del comportamiento, sin embargo las partes no pueden

regular los efectos que producirá este acto jurídico es decir no son fuente de contenido normativo porque los efectos ya están dispuestos por ley.

Con relación a la modificación del numeral 1° del artículo 140° del Código Civil, es relevante mencionar que además mediante el Decreto Legislativo N° 1384 se modificaron algunos otros artículos del Código Civil, con la finalidad de tutelar los derechos de las personas con discapacidad, garantizando su derecho al ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás sujetos de derecho, adoptando el modelo social de la discapacidad que plantea que esta no responde a un aspecto inherente de la persona, sino a la interacción entre la deficiencia de la misma y las barreras sociales que impone la sociedad, modelo introducido por la Convención sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad, el mismo que entro en vigencia en nuestro país en el año 2018 (Tantalean, 2019), de manera concreta en cuanto al presente tema, el artículo 141° referido a la manifestación de la voluntad ha sido modificado con el siguiente texto:

***“Artículo 141.- Manifestación de voluntad***

*La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación*



*tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”*

### **2.1.3. La autonomía de la voluntad privada**

Al respecto Morales (2010) señala que la diferencia entre el acto jurídico en sentido estricto y el acto de autonomía privada radica en el poder normativo, es así que mientras el acto jurídico en sentido jurídico encuentra su manifestación en el poder jurídico consistente en la realización de comportamientos mas no en la producción de efectos jurídicos por voluntad, el acto de autonomía privada está constituido por el poder de crear una autorregulación de intereses es decir de vincularse recíprocamente y por tanto de crear normas jurídicas de carácter privado (pág. 40).

Diez-Picazo & Gullon (2002) afirman: *“Cuando se refiere a la persona se llama autonomía privada, que es el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”* (pág. 375).

Por la autonomía privada el sujeto de derechos ejerce un poder creador de un reglamento normativo de carácter privado, a través del cual se producen efectos jurídicos, el reglamento de intereses creado por las partes contratantes es valorado por el ordenamiento jurídico otorgándole la capacidad de producir los efectos jurídicos correspondientes a sus intereses y a la naturaleza del acto.

Dicho de otro modo la autonomía de la voluntad privada se manifiesta en su mayor expresión en los contratos, pues permite que los particulares creen el contenido de los negocios jurídicos que celebran en función de sus intereses, así como otorga la potestad para que las personas establezcan todas las



condiciones y alcances contenidos en estos, teniendo así libertad para el desarrollo de toda clase de relaciones jurídicas en su esfera jurídica, sumada a la libertad de vinculación. Sin embargo esta libertad no puede ser ejercida de manera arbitraria, debiendo ejercer este poder acorde a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico.

En materia de contratos la autonomía de la voluntad privada comprende: la libertad de contratar y la libertad contractual:

- La libertad de contratar referida a la libertad para concluir o no un contrato y la libertad de escoger a la persona del co-contratante.
- La libertad contractual es la potestad que tienen los contratantes para, en libre discusión, establecer el contenido del contrato, elegir libremente el objeto del contrato.

Existen dos principales formas de regulación de la autonomía privada:

- 1) Como fuente de normas destinadas a formar parte integrante del mismo ordenamiento jurídico que la reconoce (por ejemplo, contrato colectivo de trabajo entre entes dotados de autonomía).
- 2) Como presupuesto y *fattispecie* generadora de relaciones jurídicas, previstos o regulados con antelación, y en modo abstracto y general por las normas de aquel ordenamiento jurídico (contrato privado).

#### **2.1.3.1. Los límites a la autonomía de la voluntad privada**

La autonomía de la voluntad privada posee algunos límites regulados por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de prevenir el posible impacto negativo



que este poder jurídico pueda ocasionar si es utilizado de forma desmedida sobre los demás sujetos de derecho o incluso en contra de la parte contratante que lo ejercita, dichas limitaciones están dadas por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres (artículo V del TP), los principios de buena fe, la no interferencia en la esfera jurídica de terceros y el interés social (Torres, 2015, pag. 167).

En concreto, los límites establecidos por el Estado han sido creados con el propósito de proteger a la sociedad de actos abusivos por parte de los ciudadanos que ostentan mayor poder socio económico y paradójicamente estas aparentes limitaciones actúan en protección de los interés y derechos fundamentales de cada individuo, propiciando en buena medida la igualdad en cuanto a iniciativas económicas se refiere, especialmente en los últimos tiempos donde se ha incrementado el tráfico comercial en general.

Es así que como señala el autor: Eric Palacios citado por Torres (2015), esta protección puede materializarse de distintas maneras:

*1.- Lo cataloga como digna de tutela, reconoce y otorga protección. Esta protección puede materializarse de distintas maneras: así es posible que el ordenamiento, al margen de otorgar los efectos negociales típicos, puede también intervenir directamente en el contenido negocial sin afectar la validez del negocio (piénsese en el fenómeno de la sustitución automática de cláusulas negociales); pero también puede cubrir los vacíos generados por la incompleta actividad declarativa de las partes.*

*2.- Lo cataloga como no digna de tutela, no la reconoce, y la toma como*



*social y jurídicamente indiferente, con la que dicho intento práctico estaría desprovisto de reconocimiento jurídico.*

*3.- Pero también puede reprobárselo y combatirlo con los mecanismos jurídicos predispuestos generalmente para la tutela del interés general. Esta hipótesis comprende todos los casos en que se plantean las denominadas sanciones civiles (nulidad, anulabilidad, rescisión, etcétera).*

#### **2.1.4. La estructura del negocio jurídico**

La importancia del estudio de la estructura del negocio jurídico para el presente trabajo de investigación radica en que la revisión de la construcción doctrinaria, respecto a los elementos, presupuestos y requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico, permitirá determinar posteriormente los supuestos de ineficacia estructural y de ineficacia funcional del negocio jurídico.

En ese entender, se hará una breve mención del criterio de estructuración del negocio jurídico defendido por un sector de la doctrina representado por Aníbal Torres Vásquez, Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Espinoza Espinoza, la misma que estudia el negocio jurídico a través de tres elementos: esenciales, naturales y accidentales.

##### **2.1.4.1. Elementos esenciales (essentialia negotii)**

Se entiende como elementos a todos los componentes del negocio jurídico.

El artículo 140° del Código Civil define al acto jurídico como:

*La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, para su validez se requiere:*

1. *Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. (\*)*

(\*) Numeral modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

2. *Objeto física y jurídicamente posible*

3. *Fin lícito*

4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*

Del texto expresado en el Código Civil podemos afirmar que la parte fundamental es la **manifestación de voluntad** y que dicha manifestación debe cumplir los demás requisitos como son: tener plena capacidad de ejercicio, que el contenido del negocio jurídico sea física y jurídicamente posible y que persiga un fin lícito.

En cuanto a la observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad, consideramos que este no debería ser un requisito de validez, puesto que en el artículo 140° el legislador ha establecido los requisitos generales que todo negocio jurídico debe tener para su correcta estructuración, sin embargo la formalidad no es exigida en todo negocio jurídico, sino únicamente en algunos negocios jurídicos, pudiendo citar entre algunos ejemplos a la hipoteca (artículo 1098°), el matrimonio (artículos 248° a 268°), los testamentos (artículo 696°).

#### **2.1.4.2. Elementos naturales (naturalia negotii)**

Son considerados como los efectos jurídicos producidos conforme a la naturaleza de negocios jurídicos específicos, como por ejemplo el saneamiento por evicción en los negocios jurídicos de transferencia de propiedad (artículos 1484° al 1528°).

Sin embargo a diferencia de los primeros, su ausencia no acarrea la invalidez del negocio jurídico, entendidas como las sanciones de nulidad o anulabilidad, puesto que no son necesarios e indispensables para su conformación. Reciben el nombre de naturales porque obedecen a la naturaleza de cada negocio jurídico en particular y son impuestos por ley.

#### **2.1.4.3. Elementos accidentales (accidentalia negotii)**

Llamados más propiamente modalidades, constituyen estipulaciones de carácter accesorio incorporadas al negocio jurídico por la voluntad de las partes en cuanto no afecten o desnaturalicen la esencia o naturaleza del acto.

A diferencia de los dos primeros elementos, que son establecidos por ley (a excepción de la forma que en la mayoría de los casos responde a la liberalidad de las partes), estos elementos son interpuestos por las partes y las más comunes son la condición, el plazo y el modo o cargo. Estos modifican la normal producción de los efectos del negocio jurídico, ya sea señalando un evento incierto y futuro del cual se hace depender su eficacia (condición), limitando esos efectos (plazo) o imponiendo una liberalidad al beneficiario del negocio jurídico (cargo). No afectan su validez, puesto que estos afectan la eficacia, mas no intervienen en la estructura del negocio jurídico.



Por otra parte, la doctrina moderna, representada en el ámbito nacional por Taboada (2002), ha estructurado el negocio jurídico en tres componentes: elementos, presupuestos y requisitos, posición que compartimos.

#### **2.1.4.4. Los elementos**

Considerados como los que le son comunes a todo negocio jurídico y son: la declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad. Con respecto a la formalidad, en la doctrina existe un criterio unánime para no considerarlo como un elemento común a la estructura de todo negocio jurídico, siendo exigido por ley únicamente en cierto tipo de negocios bajo sanción de nulidad o en los casos que las partes lo consideren necesario.

#### **2.1.4.5. Los presupuestos**

Definidos como todo aquello que debe preexistir para la conformación del negocio jurídico, son también llamados como antecedentes o términos de referencia. Los presupuestos comunes para la celebración de todo negocio jurídico son: el sujeto y el objeto.

La razón por las que no son considerados como elementos, sino como presupuestos, responde a que su existencia debe ser pre-existente, es decir no forman parte del negocio jurídico propiamente dicho, ya que el elemento es la manifestación de voluntad, sin embargo sin la existencia del sujeto no existiría una voluntad que pueda ser exteriorizada, lo mismo sucede con la causa. Por consiguiente, por simple aplicación de la lógica sin los elementos y sin sus presupuestos (antecedentes) el negocio jurídico sería inválido.



#### 2.1.4.6. Los requisitos

Finalmente, en la doctrina moderna, se hace referencia a los requisitos como todas aquellas condiciones que deben cumplir tanto los elementos como los presupuestos para que el negocio jurídico formado por la concurrencia de los mismos, pueda producir válidamente sus efectos jurídicos.

En cuanto a la manifestación de voluntad para considerarla válida y como consecuencia directa conduzca a la validez y correspondiente eficacia del negocio jurídico se deben cumplir dos requisitos: El primero referente al proceso de formación de la voluntad, por tanto la voluntad debe encontrarse inafecta de vicios o defectos que condicionen de alguna forma su estructuración, caso contrario el negocio jurídico estará afectado por una causal de invalidez; y el segundo requisito está referido al procedimiento de exteriorización de la voluntad que debe realizarse en estricto cumplimiento de lo determinado por la ley a través de dispositivos legales específicos o lo obligado por las partes contratantes a través de su reglamento negocial (Beltrán & Campos, 2009, pag. 207).

Al hablar de la voluntad libre de vicios, nos referimos a la ausencia del error, dolo, violencia o intimidación en el proceso de formación y manifestación de voluntad, puesto que la presencia de estos, afecta la validez del negocio jurídico por lo que constituye un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico en la modalidad de anulabilidad.

La causa asimismo debe cumplir los requisitos de realizabilidad (posible y determinable), seriedad y licitud, caso contrario el negocio será sancionado

con la nulidad.

### **2.1.5. Clasificación de los negocios jurídicos**

Abordar el tema de la clasificación de los negocios jurídicos nos permitirá determinar la ubicación del negocio jurídico simulado como tipo contractual, coadyuvando de esta forma a determinar su naturaleza. Asimismo debemos mencionar que estaremos desarrollando únicamente los tipos de negocios jurídicos que consideramos más importantes y relevantes para el desarrollo de la presente investigación.

#### **2.1.5.1. Actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales**

Esta clasificación responde al número de participantes en la celebración del acto jurídico. Así tenemos los actos unilaterales, cuando para su formación basta la declaración de voluntad de una persona o parte, sin ser necesaria la aceptación del destinatario; existiendo un único centro de intereses.

Es necesario aclarar aquí el concepto de parte, toda vez que una parte puede estar compuesta por varios sujetos, Morales (2010) refiere: *“la parte es la situación jurídica subjetiva en una relación jurídica”* (pag.3).

Nótese que aunque en algunos de estos casos se puede modificar la esfera jurídica de una persona que no es el autor, mantienen el carácter de unilaterales en razón de que dichas intrusiones no quitan el poder de auto determinarse totalmente a la otra persona.

Por otro lado, los actos jurídicos son bilaterales cuando para su formación se requiere de las declaraciones de la voluntad de dos partes distintas



como por ejemplo en la compraventa.

En el caso de la donación, se debe hacer una precisión, basada en la apariencia de este tipo contractual, podría ser clasificado como un contrato unilateral, sin embargo para su validez, no basta la voluntad del donante, sino que requiere de la aceptación del beneficiario o donatario, por tanto es considerado como un acto jurídico bilateral.

Los contratos bilaterales son también llamados sinalagmáticos, término que proviene de la raíz griega *synallagma* que significa contrato, por tanto, este tipo de contratos está caracterizado por la relación recíproca, vinculante y dependiente entre las partes (Ospina & Ospina, 2015, pag. 60).

Son actos jurídicos plurilaterales los que proceden de dos o más partes. En los actos bilaterales y en los plurilaterales, el consentimiento constituye la base sobre la cual se edifican estos actos, es decir la concurrencia de voluntades para perseguir una finalidad concreta.

#### **2.1.5.2. Actos recepticios y no recepticios**

Esta es una subclasificación de los actos jurídicos unilaterales se funda en el conocimiento o no de la declaración de voluntad, por una persona ajena al declarante (Torres, 2015, pag. 116).

En el caso de los actos no recepticios, estos tienen eficacia sin necesidad de que sea dirigida a un destinatario e independientemente del conocimiento y aceptación del destinatario, por ejemplo, el testamento. En el testamento, el testador dispone de sus bienes en ejercicio de su voluntad y libertad contractual

sin afectar la esfera jurídica ajena.

En cambio en los actos recepticios, su eficacia depende del conocimiento por parte del destinatario de la declaración de voluntad o que éste haya estado en posibilidad de conocerla, en ese estadio final el acto es irrevocable, como por ejemplo la notificación de despido de un trabajador o la revocación de poder.

### **2.1.5.3. Actos patrimoniales y extra patrimoniales**

Esta clasificación obedece al contenido del acto jurídico, el cual puede o no ser de naturaleza económica (pecuniario o patrimonial).

Los actos patrimoniales son aquellos con los que se producen relaciones jurídicas con contenido económico a diferencia de los actos extra patrimoniales o de índole personal que generan relaciones jurídicas personales, no susceptibles de apreciación pecuniaria.

Todos los contratos conforme a la definición de contrato hecha por el artículo 1351° del Código Civil: *El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*, son actos patrimoniales, citamos algunos ejemplos como la compraventa, la permuta, el mutuo, etc.

### **2.1.5.4. Actos onerosos y gratuitos**

Corresponde a una subclasificación de los actos patrimoniales.

Acto oneroso, es aquel del cual se derivan ventajas para ambas partes intervinientes en su celebración. Estamos ante un acto jurídico de naturaleza

onerosa cuando existe un enriquecimiento y un empobrecimiento recíproco de las partes, por ejemplo en la compraventa, la permuta, el seguro.

Acto gratuito (llamado también lucrativo o a título gratuito), es el que beneficia exclusivamente a una sola de las partes, sin contraprestación alguna, por ejemplo, la donación, el comodato, la fianza. Los actos gratuitos se subdividen en actos de liberalidad o beneficencia que son aquellos en los que hay un desplazamiento de valores (ejemplo, la donación que implica un empobrecimiento para el donante y un enriquecimiento para el donatario; el legado) y actos simplemente desinteresados en los que no hay desplazamiento de valores (la fianza).

El artículo 1497° del Código Civil Colombiano señala que el contrato gratuito o de beneficencia se celebra para beneficiar únicamente a una de las partes mientras que la otra sufre un gravamen u obligación a diferencia de lo que sucede en el contrato oneroso donde las partes contratantes se obligan recíprocamente en mutuo beneficio (Ospina & Ospina, 2015, pag. 62).

#### **2.1.5.5. Actos principales y actos accesorios**

Los actos principales existen por sí solos, es decir su existencia no depende de la existencia de otros actos, por ejemplo el matrimonio, la compraventa, el depósito y el mutuo, a diferencia de lo que sucede con los actos accesorios que necesitan de la existencia de otros actos como por ejemplo la fianza, la garantía mobiliaria y la hipoteca.

En la doctrina extranjera, específicamente en la colombiana, representada por Ospina & Ospina (2015) se debate esta definición al señalar



que los contratos no tienen el carácter de accesorios puesto que los contratos como figura jurídica no dependen de otra relación contractual en su lugar consideran que son las obligaciones que emanan de estos las que tienen el carácter accesorio, posición que compartimos y por tanto afirmamos que no existen actos jurídicos que sean accesorios y dependan de otros, cosa que si sucede con las obligaciones (pág. 65).

#### **2.1.5.6. Actos puros y modales**

Referidos a los actos a los que no se le puede incluir y no pueden estar sujetos por voluntad de las partes a una modalidad ya sea condición, plazo, carga o modo, sino que estos reúnen únicamente los elementos, presupuestos y requisitos conforme a la estructura del negocio jurídico de la doctrina moderna, como por ejemplo el matrimonio, la adopción y el reconocimiento de un hijo.

Los actos modales en cambio, son los que además de reunir los requisitos esenciales para su validez, presentan además una modalidad del negocio jurídico que postergan o ponen fin a sus efectos (plazo), o que inciden en la existencia de sus efectos basados en un acto futuro e incierto (condición), o que imponen una obligación a cargo del beneficiario con un acto de liberalidad (carga).

Es necesario señalar que las modalidades del negocio jurídico únicamente inciden en su eficacia es decir en la posibilidad de producir sus efectos más no en su estructura por lo que ambos actos los puros y los modales si han sido estructurados correctamente son perfectamente válidos.

#### **2.1.5.7. Actos de ejecución instantánea y actos de tracto sucesivo**

Esta clasificación se debe a la oportunidad en que se deben cumplir las prestaciones para que el acto jurídico pueda cumplir sus fines económicos o sociales.

El acto es de ejecución instantánea cuando, para que cumpla con su función social o económica, la ejecución de sus prestaciones se realiza en un solo momento, comúnmente en la celebración del negocio o en un momento ulterior. Con estos actos se persigue la satisfacción de necesidades que no son duraderas.

Los actos de ejecución instantánea se subclasifican en actos de ejecución inmediata, actos de ejecución diferida y actos de ejecución escalonada.

El acto es de ejecución inmediata cuando la prestación o prestaciones deben ejecutarse en el mismo momento en que es perfeccionado, por ejemplo una compraventa al contado, en la que el bien y el precio se entregan en el mismo instante en que se celebra el contrato.

El acto es de ejecución diferida cuando las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior, por ejemplo, una compraventa en la cual se difiere la entrega del bien o el pago del precio o ambos hasta el vencimiento de un cierto plazo.

El acto es de ejecución escalonada cuando la prestación única se divide para ser entregada por partes en diversos momentos, por ejemplo, una compraventa a plazos en la que el precio se va a pagar en armadas mensuales.





El acto es de tracto sucesivo (o de duración), cuando la ejecución de las prestaciones de las partes o una de ellas se desarrollan a través de un periodo de tiempo determinado. Con estos actos se persigue la satisfacción de necesidades duraderas. Como por ejemplo el contrato de arrendamiento, de trabajo, de suministro.

Los actos de tracto sucesivo se subdividen en actos de ejecución continuada y actos de ejecución periódica.

Son actos de ejecución continuada cuando la prestación se cumple durante un periodo de tiempo determinado sin interrupción, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado al otorgamiento de la facultad de uso del bien al arrendatario, sin interrupciones, por todo el tiempo que dure el contrato.

Son contratos de ejecución periódica, cuando el deudor debe ejecutar sus prestaciones en ciertos intervalos, por ejemplo un contrato de suministro por el que el suministrante debe entregar una cantidad de bienes cada cierto tiempo, (un laboratorio se obliga a entregar a un hospital una determinada cantidad de medicina los días 15 de cada mes, un agricultor se obliga a entregar a un industrial que fabrica hilos cien quintales de algodón, los días treinta de cada mes por el plazo de dos años).

Habiendo realizado la revisión de algunos tipos de actos jurídicos relevantes para la presente investigación, se concluye que el negocio simulado es un acto bilateral porque intervienen dos o más partes, de contenido patrimonial puesto que tiene contenido económico, puro porque no está sujeto a



una modalidad de acto jurídico, principal porque puede subsistir por sí mismo, y recepticio porque requiere que la manifestación de voluntad sea dirigida a un destinatario y sea de conocimiento de este.

#### **2.1.6. Requisitos de validez del negocio jurídico según el Código Civil de 1984**

Conforme señala el artículo 140° del Código Civil vigente, los requisitos para la validez del acto jurídico son:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. (\*)

(\*) Numeral modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Desarrollaremos brevemente cada uno de ellos, teniendo en cuenta que su análisis nos permitirá determinar si el negocio simulado tiene un defecto en su estructura como señala el Código Civil o si por el contrario estamos frente a un negocio jurídico correctamente estructurado en cuyo caso constituirá un supuesto de ineficacia funcional.

##### **2.1.6.1. Capacidad**

La capacidad es la aptitud del ser humano para adquirir derechos y



contraer obligaciones. Al respecto el artículo 3° del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1384 define la capacidad jurídica señalando a la letra:

*Artículo 3.- Capacidad jurídica*

*Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.*

Ahora bien como se desprende del dispositivo legal referido, dentro del ordenamiento jurídico están reconocidas dos tipos de capacidades: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Varsi (2014), sobre la capacidad de goce refiere:

*Es la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, de tenerlos, contar con ellos. La subjetividad se refiere a la capacidad de goce. Cuando un individuo se torna titular de un derecho, gana la facultas agendi, esto es, el ser humano es elevado a la posición de sujeto de derecho. (pag.97)*

Por lo señalado podemos afirmar que la capacidad de goce es inherente al ser humano desde su concepción, por lo que no puede haber una persona con incapacidad de goce puesto que tanto el ordenamiento nacional como la doctrina sostienen que ninguna persona puede estar privada de todos sus derechos.



En cuanto a la capacidad de ejercicio, está referida a la aptitud que tiene el sujeto para ejercitar por sí mismo sus derechos. Está relacionada con la competencia o idoneidad que se tiene para actuar. A través de esta se permiten crear, regular, modificar o extinguir actos jurídicos.

Según el artículo 42° modificado por el Decreto Legislativo N° 1384, la plena capacidad de ejercicio, se adquiere a los dieciocho años de edad, incluyendo en este supuesto a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con todas las demás personas, en el caso de los incapaces relativos este artículo hace una excepción a la regla, señalando que serán considerados como plenamente capaces los mayores de catorce y menores de dieciocho años en caso de que ejerzan la paternidad y/o contraigan matrimonio.

El artículo 140° exige como primer requisito que el o los sujetos otorgantes de un negocio jurídico tengan la plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles (que sea mayor de edad), además de la capacidad de goce, y de la llamada capacidad natural (capacidad de discernimiento), es decir, que sea completamente capaz.

#### **2.1.6.2. Objeto**

Espinoza, (2010) refiere que el objeto del acto jurídico, engloba a la situación jurídica, entendida como la posición que ocupa el sujeto de derecho frente a la aplicación de las normas jurídicas; la relación jurídica, definida como el vínculo entre dos o más situaciones jurídicas y finalmente el bien, que constituye la materia de la relación jurídica sobre el que recae el poder de los sujetos de derecho (pág. 78).



Por tanto, debemos entender que el objeto del negocio jurídico es la relación jurídica, que a su vez tiene por objeto la prestación, es decir, la conducta que tiene que desarrollar el sujeto del deber, para satisfacer el interés del sujeto del derecho. El objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios y abstenciones. Por consiguiente el objeto del negocio jurídico está integrado en forma sucesiva por los elementos siguientes: 1) La relación jurídica, 2) la prestación y 3) los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones.

Es común la noción de objeto del negocio jurídico como la cosa o bien, como resultado del uso continuo de esta acepción, sin embargo como ya hemos visto el objeto implica mucho más que eso. Ahora bien el artículo 140° del Código Civil señala que el objeto debe ser física y jurídicamente posible esta exigencia está referida a la prestación y a los bienes, servicios y deberes de abstención.

En referencia al requisito de posibilidad del objeto, cuando se trata de prestaciones de hacer o no hacer, el objeto entendido como la acción a realizar debe ser posible de ser realizado tanto física como intelectualmente y en el caso de prestaciones de dar bienes, estos deben existir en el momento de celebración del negocio jurídico o al menos deben presentar la posibilidad de existencia (Torres, 2015, pag. 279).

Asimismo el objeto del negocio jurídico debe ser determinado cuando esta individualizado e identificado no pudiendo confundirse con algún otro objeto y es determinable cuando la prestación y los bienes, servicios y



abstenciones no se han individualizado aun, sin embargo se ha fijado los criterios que permitirán su identificación y determinación futura.

Por ejemplo es nulo el negocio jurídico cuando el objeto es absolutamente indeterminable, como la venta de una casa, que podría ser cualquiera, sin ningún criterio que permita determinarla aun en un futuro.

En cuanto a la posibilidad jurídica, este requisito está referido a la calificación de la prestación, que debe efectuarse con arreglo a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, así como al orden público y las buenas costumbres. La posibilidad jurídica está muy ligada a la licitud, puesto que un acto ilícito jamás sería amparado por un ordenamiento jurídico.

Respecto a la licitud, esta es una valoración que se hace únicamente a la prestación, entendida como la conducta humana a desarrollar en el negocio jurídico, por tanto dicha conducta deberá ser acorde a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, así como al orden público y las buenas costumbres, en caso contrario será reprobada por el sistema legal, no pudiendo otorgar la validez al negocio jurídico.

### **2.1.6.3. Causa fin**

Beltrán & Campos (2009) indican que la causa del negocio jurídico como elemento determinante de este, está referida al propósito buscado por las partes contratantes entendido como el fin de naturaleza privada de los sujetos, el cual se desprende de circunstancias concretas o se encuentra expresamente señalado en el texto del negocio jurídico (pág. 208).



De conformidad con la tendencia causalista del Código Civil, la causa está definida en atención a la teoría sincrética que une a la teoría subjetiva y objetiva, es por ello que la causa fin tiene dos finalidades: Desde el punto de vista objetivo busca la finalidad típica e invariable que motiva a todos los negocios jurídicos del mismo tipo y desde el punto de vista subjetivo responde a las razones individuales y particulares de cada sujeto para celebrar el negocio jurídico.

Finalmente debe hacerse la precisión de que la causa fin debe ser lícita es decir que el motivo determinante de la declaración de voluntad del agente capaz, no sea contrario al ordenamiento jurídico ni al orden público y las buenas costumbres.

#### **2.1.6.4. Forma**

La forma es el requisito de validez referido a la manera o modo como se realiza la manifestación de voluntad. Esta forma o manera es establecida por las partes contratantes en caso de que la ley no haya designado un modo específico, conforme a lo prescrito por el artículo 143°.

La forma, según Leon Barandiaran (1997) *“es esencial para el acto, pues sin forma no caería dentro del ámbito de la vida jurídica”* (pág. 56).

En algunos casos, el Código Civil exige que la manifestación de voluntad se realice de cierta manera bajo sanción de nulidad, es decir de su observancia depende la validez del negocio jurídico. Algunos ejemplos de la exigibilidad de este requisito son: la donación de bienes inmuebles que debe ser otorgada mediante escritura pública (artículo 1625°), y la constitución de



hipoteca, que debe estar inscrita en los Registros Públicos (artículo 1099°).

Se debe tener en cuenta que, la exigencia de la formalidad bajo sanción de nulidad, tiene como finalidad favorecer a las partes para que consideren los beneficios y/o perjuicios que conllevara la celebración del negocio jurídico ya que usualmente mientras más relevancia económica y social tiene el acto mayor es la exigencia de la formalidad. En caso de que la ley exija revestir el negocio jurídico en una forma determinada pero no aplique la sanción de nulidad, esta forma servirá como prueba para acreditar la existencia del acto, sin embargo su inobservancia no determina la invalidez del acto.

#### **2.1.7. La voluntad**

Se aborda el tema de la voluntad en atención al objetivo general de la presente investigación, dirigido a determinar si el negocio simulado constituye una categoría de ineficacia funcional en lugar de ser un supuesto de ineficacia estructural como lo dispone el Código Civil vigente.

Al revisar la doctrina nacional e internacional hemos podido determinar que una de las principales razones por las que se sitúa a la simulación absoluta como un supuesto de nulidad del negocio jurídico es la supuesta divergencia entre la voluntad interna del sujeto de derecho y la voluntad manifestada o declarada en la estructuración de este negocio jurídico, al respecto Ferrara citado por Torres (2015) indica que en la simulación existe una declaración que de manera intencional no coincide con la voluntad interna y no obstante es manifestada, por ende no mantiene identidad con la voluntad real de las partes, por lo tanto el negocio jurídico debe ser considerado como inexistente a través





de la sanción de nulidad ante la ausencia de un elemento fundamental como es la voluntad (pág. 737).

Consideramos importante desarrollar el tema del proceso de formación de la voluntad así como las diversas teorías respecto al papel que desarrolla la voluntad en el negocio jurídico, pudiendo de esta manera arribar a un mejor entendimiento para determinar ultimadamente si es que en el negocio simulado existe divergencia entre la voluntad interna y la declarada y como consecuencia natural si constituye una causal de ineficacia estructural del negocio jurídico o si estamos frente a un negocio jurídico estructurado de forma correcta y que goza de validez.

#### **2.1.7.1. Estructura de la voluntad jurídica**

Son elementos de la voluntad jurídica: el discernimiento, la intención, la libertad y la exteriorización. Con la concurrencia de los tres primeros elementos queda formada la voluntad interna, pero para que esta produzca efectos debe ser declarada.

La voluntad se desdobra en: voluntad interna o negocial y voluntad declarada o manifestación. Pero estos componentes, no deben ser entendidos como dos entidades distintas, separables, sino como dos elementos que constituyen una unidad que denominamos voluntad jurídica.

Para la correcta conformación del negocio jurídico que acarree su validez, se debe considerar a la voluntad a través de los dos componentes que la integran: la voluntad interna o componente volitivo y la voluntad externa o manifestación. El proceso para la formación de la llamada voluntad verdadera



se inicia con el componente subjetivo y se dirige hacia el exterior a través del componente objetivo es decir la manifestación por la cual la voluntad es de conocimiento de los demás, ninguno de estos componentes por si solos es capaz de constituir la voluntad verdadera, por tanto debe existir una correlación y concordancia entre ambos componentes.

Queda claro entonces por lo señalado, que la voluntad jurídica debe conceptualizarse como un todo, integrado por la voluntad interna y la voluntad declarada, ya que ningún negocio jurídico tiene validez solo con uno de los componentes de la voluntad jurídica, es decir una intención no es suficiente puesto que en ese estadio no tiene relevancia alguna para el derecho, y por su parte la declaración de voluntad si bien es considerada el elemento fundamental que da vida a un negocio jurídico, debe responder a una voluntad interna real del sujeto de derecho, que no debe estar afectada por vicios, para de esta manera poder cumplir la función de establecer relaciones jurídicas conforme al interés del sujeto.

#### **2.1.7.2. La declaración de voluntad**

Está definida como el mecanismo por el cual se exterioriza la voluntad interna del sujeto de derecho, y constituye la última etapa del proceso volitivo por medio del cual se podrán formar relaciones jurídicas.

La voluntad declarada, es propiamente el contenido de la declaración de voluntad y es lo expresado a través de la conducta declaratoria (por ejemplo, quiero comprar, quiero alquilar, quiero donar).



La voluntad de declarar está compuesta a su vez por dos voluntades:

- a) **La voluntad del acto externo**, que es propiamente la voluntad de realizar la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad (por ejemplo, quiero hablar, quiero escribir, quiero firmar la escritura pública, quiero levantar la mano en una subasta pública, etc.).
- b) **El conocimiento del valor declaratorio de la conducta**, definida como el conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando una voluntad (por ejemplo, el conocimiento de que hablando, escribiendo, firmando, haciendo un determinado gesto, levantando la mano o realizando un determinado comportamiento, se está declarando una determinada voluntad).

Conforme a lo señalado por la doctrina estos tres elementos conforman la declaración de voluntad: la voluntad declarada; la voluntad del acto externo: es decir la voluntad de utilizar cualquier mecanismo para exteriorizar la voluntad de forma indubitable y el conocimiento del valor declaratorio de la conducta: esto significa la convicción de que realizando una determinada conducta se está manifestando la voluntad interna.

Si uno de estos requisitos falta el negocio jurídico será declarado inválido, la razón no radica en la ausencia de uno de estos elementos *per se*, sino en que frente a su ausencia, no podemos hablar de una **voluntad verdadera** requisito esencial para la conformación de un negocio jurídico válido. Por lo que podemos afirmar que como requisito fundamental el ordenamiento civil exige que la voluntad interna y la declarada sean coincidentes. Sin embargo el Código Civil ha previsto algunos supuestos de



hecho donde la voluntad declarada no corresponde a la voluntad interna o voluntad real, discrepando ambas entre sí.

Taboada (2016) se refiere a esto supuestos señalando que sucede en cuatro casos: en la reserva mental, cuando el sujeto de manera intencional declara una voluntad distinta a la voluntad interna; en la simulación, cuando las partes convienen declarar una voluntad distinta a sus reales voluntades internas con la finalidad de engañar a terceros; en el error obstativo, cuando el sujeto de forma involuntaria declara una voluntad distinta a la voluntad creada en el fuero interno y por último en el caso de la declaración hecha en broma, cuando el sujeto de forma intencional declara una voluntad distinta a su voluntad interna para fines teatrales, jactancia, etc. (págs. 176-178).

Al respecto consideramos que la simulación no debería estar incluida en este grupo de figuras jurídicas que presentan una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, por las siguientes razones:

En el caso de la reserva mental, esta difiere de la simulación en razón de que la parte contratante niega de manera interna la voluntad que ha declarado, por medio de este fenómeno psíquico se evidencia una contradicción entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada (Roppo, 2009, pag. 642).

Es así pues que en el primer caso no existe contradicción, por lo que en la reserva mental si existen dos voluntades contrarias, la del fuero interno y la exteriorizada, a diferencia de la simulación en la que mediante una contradicción las partes deciden y acuerdan que el negocio simulado no produzca efectos entre ellas, y en su lugar convienen los efectos reales y



queridos a producir. En la simulación ambas partes en su fuero interno aceptan el hecho de que el contrato simulado no producirá efectos entre ellas y no obstante, declaran la voluntad de constituirlo con la finalidad de crear una apariencia ante terceros, a su vez diseñan un contrato disimulado que producirá los efectos jurídicos queridos por ambas partes, voluntad que es plasmada en la contradecación. Por lo que consideramos que no existe una divergencia entre la voluntad interna y la manifestación, en su lugar lo que sí existe son dos declaraciones simultaneas: una de carácter positivo y de otra de carácter negativo, que por su naturaleza son incompatibles, sin embargo en ambas existe concordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de cada una de las partes contratantes.

En el caso del error obstativo, la divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, es involuntaria y se refiere a la declaración de una de las partes contratantes, a diferencia de la simulación en la que como se ha hecho referencia, existe un acuerdo de voluntades de naturaleza privada que regula ambas declaraciones de voluntad divergentes, asimismo debemos puntualizar que dicha divergencia es intencional y deliberada.

Finalmente en el caso de la declaración hecha en broma, si bien se realiza de manera intencional, esta emana de una sola de las partes y tal como señala la doctrina es realizada con fines teatrales, didácticos o en broma propiamente dichos sin ninguna otra finalidad, por lo que claramente existe una divergencia entre la voluntad interna y la manifestada, en cuyo caso si es aplicable la invalidez del negocio jurídico.

### 2.1.7.3. Formas de declaración

a. **Expresa (denominada también positiva o directa)**, cuando está orientada de forma directa e inmediata a hacer conocer el designio negocial, por medio de la palabra oral o escrita, hechos materiales, signos inequívocos, gestos indicativos, lenguaje mímico, etc.

b. **Tacita (llamada actuación de la voluntad, comportamiento de hecho, declaración indirecta)**, consiste en el tipo de declaración que se deduce de determinadas conductas ya sean estas positivas, como acciones o negativas, en el caso de omisiones que permiten inferir la existencia del ánimo negocial.

Debemos señalar que en la doctrina nacional se encuentran otros tipos de declaraciones como por ejemplo la declaración recepticia y no recepticia que son en el fondo manifestaciones de voluntad expresas, simplemente difieren en la cognoscibilidad del destinatario, cuyos conceptos ya han sido desarrollados al abordar la clasificación de los contratos.

### 2.1.7.4. Teorías acerca de las relaciones entre la voluntad y su declaración

Las siguientes teorías fueron desarrolladas por la doctrina clásica internacional con la finalidad de dilucidar los problemas de divergencia entre la voluntad y la declaración.

#### a. Teoría de la Voluntad

La teoría de la voluntad (o volitiva), se desarrolló en el S. XIX como resultado de la influencia de la doctrina iusnaturalista y de la escuela histórica, esta doctrina predominó entre los tratadistas franceses y las legislaciones que se inspiraron en el



*Code* (Código de Napoleón). En Alemania se le denominó *Willenstheorie*. Tiene sus orígenes en el derecho justinianeo, canónico y natural y su principal representante fue Savigny. El principio fundamental de esta teoría es el dogma de la autonomía de la voluntad.

Savigny citado por Torres (2015) sostenía que la voluntad y la declaración tenían una relación de dependencia, debido a que la voluntad interna requiere de un mecanismo de exteriorización como es la declaración, y este último sin la voluntad interna se convertiría en una manifestación sin sustento, razón por la cual afirma que ambos elementos mantienen un vínculo natural y no accidental (pág. 144).

Bajo los fundamentos de esta teoría, si se originaba una discrepancia entre la intención o voluntad interna y la declaración, se evidenciaba la existencia de una declaración sin contenido y como tal carecía de relevancia jurídica, puesto que únicamente la voluntad interna era la fuente generadora de negocios jurídicos, por tanto ante esta discrepancia siempre prevalecía el contenido de la voluntad interna sobre la declaración, que bajo este criterio era considerada como una falsa representación de la intención del sujeto.

Con respecto a lo defendido por esta teoría, podemos decir que ofrecía una excesiva protección a la voluntad interna sin considerar que esta, hasta que no sea exteriorizada puede ser cambiante y que la voluntad interna al ser incierta no puede ser garantizada por el Derecho, por tanto la seguridad jurídica que ofrecían los negocios jurídicos era muy débil.



Asimismo, se debe tomar en cuenta que las teorías corresponden a un momento específico en la historia, en este caso los sujetos de derecho, integrantes de una sociedad eran muy cercanos por lo que en la mayoría de los casos sus intenciones eran conocidas, situación que en la actualidad ya no existe, no solo por la diversidad en cuanto a los individuos sino en cuanto a las prestaciones e intereses.

#### **b. Teoría de la declaración**

Fue creada en Alemania a mediados del S. XIX, denominada *Erklärungstheorie*, contraria a la teoría de la voluntad, consideraba a la declaración como el elemento creador de negocios jurídicos y de producción de sus efectos. Para esta teoría la prevalencia de la declaración sobre el componente interno estaba fundamentada en el principio de buena fe y en la necesidad de otorgar seguridad para el tráfico jurídico.

Entre sus postulados se señalaba que la mala fe o culpa del declarante no podía perjudicar al destinatario de la declaración, por lo que el declarante debía actuar con responsabilidad. En caso de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada prevalecía la declaración tal cual había sido recepcionada por el destinatario, por ser la declaración el único hecho social apreciable.

Esta teoría radicalmente opuesta a la teoría de la voluntad en su intento por otorgar extremo poderío a la declaración, no toma en cuenta que la exteriorización puede estar escondiendo una voluntad viciada o aparente, la misma que bajo esta teoría gozaría de protección jurídica. Por lo que sin importar bajo qué condiciones se declara una supuesta voluntad, el declarante





esta forzado a acatarla. En general consideramos que al radicalizar los conceptos se pierde de vista el equilibrio que debe otorgar el ordenamiento jurídico, por cuanto no se puede garantizar a una de las partes y desamparar a la otra.

### **c. Teoría de la responsabilidad**

Existiendo discrepancia entre la voluntad y la declaración el negocio jurídico es inválido. Ihering citado por Ospina (2015) al formular esta teoría se preocupó por determinar la responsabilidad civil cuando los negocios jurídicos hayan sido condenados a la ineficacia, es así que señala que el sujeto de derecho que interviene en la celebración de un acto jurídico garantiza a las demás partes contratantes la validez y la eficacia de dicho acto, debiendo actuar con la debida diligencia y en observancia de lo exigido por el ordenamiento jurídico, por tanto en el caso que dicha persona actúe de forma dolosa o culposa afectando la validez del acto, es responsable por los perjuicios ocasionados y por lo mismo debe indemnizar a las demás partes contratantes afectadas por su proceder contrario a norma (pág. 106).

Cabe señalar que posteriormente esta teoría fue modificada señalando que si la disconformidad proviene del dolo o culpa del declarante y el receptor es de buena fe, el negocio jurídico queda firme, puesto que el declarante no se puede aprovechar de su dolo o culpa para invalidar el negocio en perjuicio del destinatario. Se sindicó como autor de esta modificación a Rosmini citado por Ospina (2015) quien en su libro *Filosofía del derecho* expuso lo siguiente: “*Si falta el consentimiento interno, sin voluntad ni malicia, el contrato es nulo; si falta con voluntad y malicia y externamente se demuestra así, el contrato debe*



*mantenerse*” (pag.107).

#### **d. Teoría de la confianza**

La teoría de la confianza también llamada de la legítima expectativa, otorga un papel preponderante a la declaración aun cuando no exista correspondencia con la voluntad interna del sujeto siempre y cuando el destinatario haciendo uso de una normal diligencia haya confiado en dicha declaración, tutelando de esta manera la confianza del receptor de la declaración.

En el caso de discrepancia entre la voluntad real y la declaración, la validez o invalidez del negocio jurídico está determinada por la existencia o ausencia de la buena fe del destinatario, así entonces el negocio jurídico será declarado como válido si el receptor actuando de buena fe confía en la declaración emitida.

En ese entender es ejemplo de la aplicación de esta teoría lo dispuesto por el artículo 203° del Código Civil que señala: *El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.*

De esta manera el Código Civil advierte que para considerar la invalidez del negocio jurídico y aplicar la sanción de anulabilidad el error debe ser esencial y conocible, protegiendo de esta manera la buena fe con la que ha actuado el destinatario de la declaración.



Se puede concluir que esta teoría postula la prevalencia de la declaración, pero fundamentada en la buena fe con la que debe actuar el declarante la misma que es presumida por los destinatarios, por tanto en su defecto habiéndose evidenciado la culpa de los destinatarios por actuar a sabiendas de una divergencia entre la voluntad y la declaración, el negocio será sancionado con la ineficacia.

#### **2.1.7.5. Criterio adoptado por el Código Civil**

Torres (2015) refiere que el actual Código Civil mantiene una posición mixta, sin embargo ha adoptado de manera predominante la teoría de la declaración, como se evidencia en lo establecido por el artículo 140° al definir el acto jurídico como la **manifestación de voluntad**, revelando la importancia de la declaración, sin embargo también adopta parcialmente las demás teorías, como la teoría de la confianza, cuando tutela la confianza depositada por el destinatario en la declaración, la teoría de la responsabilidad sancionando al declarante cuando ha emitido una voluntad viciada y haciéndolo responsable de los perjuicios causados y finalmente en atención a la teoría de la voluntad cuando establece la sanción de anulabilidad por vicios de la voluntad en el proceso de formación de la misma (pág. 153).

En efecto, el Código Civil mantiene como principio dominante la prevalencia de la declaración, sin embargo este criterio no es absoluto, por lo es correcto afirmar que en la normativa se mantiene una posición intermedia, muestra de esto es que en el artículo 140° se define al acto jurídico como la manifestación de voluntad mas no únicamente como la declaración, puesto que



a pesar de reconocer el valor innegable a la voluntad exteriorizada, la manifestación comprende mucho más que una declaración, estando compuesta también por la conducta de las partes mostrada tanto anterior como posteriormente a la celebración del negocio jurídico.

Asimismo en el Código Civil están establecidas las figuras de vicios de la voluntad, la buena fe y otras que serían incompatibles con la teoría de la declaración abordada de forma absoluta. Finalmente como ya se ha dicho anteriormente, consideramos que un criterio radical y absolutista no favorece el desarrollo del Derecho y sus instituciones, puesto que es un deber del ordenamiento jurídico otorgar protección a ambas partes en el contrato, por todo lo señalado podemos decir que el Código Civil adopta la teoría de la declaración preponderantemente sin dejar de lado la importancia de la voluntad y acogiendo también a las teorías intermedias de la responsabilidad y la confianza.



## SUBCAPÍTULO II

### 2.2. LA SIMULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

#### 2.2.1. Evolución histórica

##### a. Doctrina

Señala el Dr. Leysser León citado por Ortiz (2016):

*En el Derecho Romano, en efecto, existía una regulación sobre la simulación en los siguientes términos: (...) nuda el 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. (pag.10)*

Núñez (2014) por su parte señala que la figura jurídica de la simulación, efectivamente tiene un antecedente en el Derecho Romano, más precisamente en el Derecho Justiniano donde en el siglo V se reconoció una categoría general sobre la simulación destacando las figuras jurídicas de *venditio donationis causa* (donación disfrazada de donación) y *locatio donationis causa*



(donación disfrazada de arrendamiento por precio extremadamente bajo) entre otras (pág. 304).

Es así que debe prestarse atención a manera de ejemplo a la siguiente figura:

*Venditio donationis causa.* Donde se presentaba el disfraz de una venta, pero en realidad existía la intención de realizar una donación, y se resolvía de la siguiente manera: La donación realizada entre conyuges bajo la modalidad de contrato oneroso es considerada nula, sin embargo la venta real con precio inferior es válida hasta donde este corresponde al valor de la cosa transmitida, siendo nula tan solo por lo que respecta al exceso, *quatenus facta est locuopletior.*

Ferrara citado por Ortiz (2016) señala que en el Derecho Romano, la sanción de nulidad impuesta a la simulación no estaba fundamentada en un criterio psicológico y subjetivo como es la ausencia de la voluntad, o la falta de identidad entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada, en su lugar se cuestionaba y desde luego sancionaba la falta de correspondencia con la realidad, es decir desde un punto objetivo la simulación era nula y por tanto no producía efectos jurídicos porque el acto jurídico simulado no reflejaba la realidad (pág. 6).

De todo lo señalado podemos inferir que para el Derecho Romano la sanción de nulidad impuesta al negocio simulado estaba fundamentada en que el contenido de este no coincidía con la realidad, siendo incapaz de producir efectos, por consiguiente podemos afirmar también que no se abordó ningún cuestionamiento frente a la divergencia de voluntad como si se hizo en el



posterior desarrollo doctrinario.

En cuanto a la presencia de la figura de simulación en la doctrina francesa, específicamente la desarrollada en los siglos XVII y XVIII, Nuñez (2014) refiere que uno de sus principales representantes *Argenterie* identificó las figuras de simulación absoluta (*absolue*) y simulación relativa (*relative*) definiendo esta última como el encubrimiento de una relación contractual de la cual derivan obligaciones que si existen en realidad entre las partes, bajo la apariencia de un negocio simulado (pág. 312).

#### **b. Codificación**

El Código Francés de 1804 constituye el primer antecedente legislativo conteniendo un enunciado en lo que se refiere a la prueba documental, señalando en su artículo 1321º: *las contraescrituras no pueden surtir efecto sino entre las partes contratantes; no producen efecto contra terceros*. El mismo que fue modificado en el año 2000 (Ley 2000-230) con el siguiente texto: *Los pactos secretos solo podrán tener efecto entre las partes contratantes; no tendrán efectos contra terceros*.

Ortiz (2016) refiere que de acuerdo a lo señalado por el artículo 1321º del Código Francés referido a los efectos de las contra-escrituras, se puede determinar que la regulación normativa francesa no sanciona con la invalidez al negocio simulado, vale decir nulidad o anulabilidad, mas al contrario, del dispositivo legal se desprende que lo regulado en este documento es válido y surte efectos únicamente entre las partes (pag. 45).

De este texto podemos inferir, que en Francia se le otorgaba validez al



negocio simulado, refiriéndose de manera específica al contradocumento que constituye actualmente la única prueba de la simulación. Así también reafirmamos que para dicha legislación éste era únicamente válido entre las partes del negocio simulado, siendo ineficaz ante terceros. Estos conceptos serán desarrollados más adelante en el presente capítulo.

En Alemania el BGB regula la nulidad de los negocios simulados, en su artículo 117° señalando:

*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 disimulado.*

Larens citado por León y por Ortiz (2016) refiere, que la simulación se hace presente por acuerdo entre las partes, cuando convienen generar una apariencia ante terceros que no tendrá los efectos jurídicos correspondientes a la naturaleza del negocio. Por esta convención las partes reconocen lo declarado sin embargo no le otorgan valor real (pág. 46).

De lo mencionado por los autores, podemos decir que el derecho alemán busca hallar en el negocio simulado la verdadera intención de las partes más allá de lo expresado de manera literal y dado que las partes convienen en no dotar de efectos jurídicos aplicables a ellas al negocio simulado, pues su real intención es que este sea nulo, el ordenamiento jurídico aplica la sanción de nulidad en concordancia con la intención de las partes.





Merece una mención aparte el actual Código Italiano en los artículos 1414° al 1417° que ha desarrollado de manera más amplia la figura jurídica de la simulación señalando principalmente los efectos de la simulación entre las partes y respecto de terceros, así como la prueba de simulación.

Torres (2015) refiere que la principal nota distintiva en la normativa plasmada en el Código Civil Italiano, es la sanción de ineficacia en lugar de la nulidad al contrato simulado, tal y como lo establece el artículo 1414°, de igual manera en el artículo 1415° se estableció la inoponibilidad a los terceros de buena fe que adquirieron del titular aparente y la protección a los acreedores de buena fe del titular aparente, sobre actos de ejecución de bienes objeto del contrato a través de la prohibición de oposición del negocio simulado por parte de los contratantes conforme lo establecido por el artículo 1416° (pag. 751).

Para explicar de mejor manera esta afirmación podemos recurrir a un ejemplo clásico en la doctrina donde A y B convienen en simular una venta donde A transfiere una propiedad a B, sin embargo B en un acto de liberalidad y aprovechamiento vende el bien a C quien lo compra de buena fe confiando en la apariencia, es decir pensando que B es el propietario del bien, en este caso ni las partes del negocio simulado (A y B), ni sus herederos, ni sus acreedores pueden oponer la simulación al comprador C, esto significa que no pueden intentar hacer valer la simulación ante el adquirente de buena fe. Si el negocio simulado en verdad fuera nulo, lo sería tanto para las partes como para los terceros, sin embargo no causa efectos entre las partes pero sí ante los terceros, y es más, la legislación protege al tercero que adquiere a título oneroso y de buena fe. Por tanto podemos decir que los efectos están dados por las partes simulantes



quienes deciden que el acto en apariencia habiendo sido estructurado correctamente, observando todos los requisitos de validez establecido por ley, no produzca efectos jurídicos sobre ellas.

En ese contexto, señala León citado por Ortiz (2006), comentando al autor italiano Bianca que la sanción de nulidad aplicada a la simulación no tiene fundamento, en razón de que el propósito fraudulento no constituye un requisito para la configuración de la simulación. Con relación a la ineficacia que considera es el efecto jurídico idóneo aplicable a la simulación, señala que las partes son las encargadas de regular la producción de efectos jurídicos del contrato simulado determinando si no debe tener efectos o debe tener efectos distintos a los aparentes (pág. 50).

En Sudamérica es notable el desarrollo del Código Argentino, que tiene un amplio desarrollo de la figura de la simulación en los artículos 955° a 960°. En este punto, es relevante precisar que en dichos artículos se señala que si la simulación no viola ninguna ley ni perjudica a terceros no puede ser anulada (artículo 957°), es decir se reconoce la validez del negocio simulado siempre y cuando no perjudique los intereses de terceros, ni contravenga el ordenamiento jurídico. Asimismo se habla también sobre la prueba de simulación señalando que el contradocumento será requerido para probar la simulación a excepción de si existiese circunstancias indubitables de su existencia.



## 2.2.2. Legislación nacional

### 2.2.2.1. Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 en su artículo 1329° estableció que la venta simulada era nula, 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, el artículo 1744° determinó que *“las obligaciones que nacen de una pérdida de juego disfrazadas bajo una forma legal, son nulas”*.

De lo normado en el Código de 1852, podemos referir, que si bien no se abordó de manera específica la figura jurídica de la simulación, si se hizo referencia a ésta, aunque de manera muy incipiente, siendo al menos hasta este momento el criterio general, la nulidad del negocio jurídico simulado.

El Código de Procedimientos Civiles del año 1912, 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”*.

En tal sentido, comenta Leysser León citado por Ortiz (2016):

*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. (pág. 13)*

Este último criterio normado en el Derecho adjetivo resulta en inicio contradictorio con lo dispuesto en el Código Civil de 1852, sin embargo es la única disposición normativa de ese entonces que desarrolla el tema del negocio simulado y más específicamente del contradocumento, dotando al contenido del mismo de validez y eficacia.

#### **2.2.2.2. Código Civil de 1936**

El Código Civil de 1936 reguló la simulación de los actos jurídicos en el título III de la sección primera del libro de derecho de obligaciones, adoptando el mismo criterio del Código Argentino en su artículo 957° en cuanto a la validez del negocio simulado siempre y cuando tenga un fin lícito y no perjudique a terceros. Es así que tenemos lo dispuesto por los artículos 1094° y 1095°:

*Artículo 1094°: La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito.*

*Artículo 1095°: 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.*



Debemos señalar adicionalmente que la simulación fue asimilada como un vicio de la voluntad, así lo establecía el 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.*

Ambas disposiciones normativas resultaban contradictorias; por una parte otorgando validez al negocio simulado y por otra parte configurándola como una causal de anulabilidad del negocio jurídico.

Asimismo, se habla sobre la acción de simulación señalando que es imprescriptible entre las partes; pero se aplicara a los herederos de ellas la regla del artículo 874°. Finalmente debemos resaltar que en este ordenamiento se establece que el beneficio de la inoponibilidad se otorga únicamente cuando la adquisición se haya realizado a título oneroso y de buena fe (artículo 1097°). Por lo que la acción de simulación procede contra quien adquiere de forma gratuita o de forma onerosa de mala fe.

### **2.2.2.3. Código Civil de 1984**

El Código Civil actual hace por primera vez en el ordenamiento jurídico nacional una definición de las figuras jurídicas de simulación absoluta y relativa, asimismo en este se evidencia una influencia del Código Italiano en sus artículos 1415° y 1416°, reformulando el enunciado establecido en el artículo 1097° del Código de 1936 referente a la procedencia de la acción de simulación, en este caso se establece de manera expresa las condiciones que exige la norma para dotar al tercero adquirente de la protección de la inoponibilidad.



La diferencia fundamental con lo establecido en el Código Civil de 1936, está referida a la sanción de nulidad impuesta a la simulación absoluta prescrita en el artículo 219° inciso 5, este criterio se aplica de manera indiferente a si este es un negocio jurídico lícito o ilícito, o si afecta o no los derechos de terceros. Asimismo se ha elaborado un tratamiento normativo diferenciado a la simulación absoluta y a la simulación relativa, estableciendo como causal de nulidad a la simulación absoluta (artículo 219° inciso 5) y como causal de anulabilidad a la simulación relativa, cuando el acto real que lo contiene afecte derechos de terceros (artículo 221° inciso 3), criterio cuestionable en vista que ambos tipos de simulación están contenidos por la misma estructura: **el supuesto de negocio simulado.**

En cuanto a la imprescriptibilidad normada en el anterior código, el actual Código Civil de 1984 refiere que siendo la simulación una causal de nulidad (artículo 219°, inciso 5), la acción de simulación prescribe a los diez años (artículo 2001° inciso 1), en este punto se hace referencia, de acuerdo a lo establecido en el Código a la simulación absoluta y en el caso de la simulación relativa cuando el acto real perjudica el derecho de un tercero (artículo 221°, inciso 3), la acción prescribe a los dos años (artículo 2001°, inciso 4).

Finalmente debemos puntualizar que a diferencia de lo prescrito por el artículo 960° del Código Argentino no se regula la prueba de simulación.

### **2.2.3. Nociones conceptuales de simulación**

Bianca (2011), refiere que el elemento esencial de la simulación es la creación de una apariencia negocial de manera intencional por acuerdo de las



partes contratantes, por tanto mediante dicho acuerdo las partes aceptan que la declaración de voluntad que realizan no presenta identidad con la realidad contractual que los vincula (pág. 715).

Por su parte Roppo (2009) señala:

*El interés de las partes de simular es el interés de crear una apariencia contractual con conforme con la realidad contractual efectivamente querida: comúnmente porque la realidad contractual, si es conocida exteriormente crearía problemas que las partes pretenden evitar precisamente escondiéndola bajo una diversa apariencia. (pag.639)*

Ferrada citado por Ortiz (2016) nos dice que la simulación puede perseguir tanto una finalidad lícita como ilícita tal y como sucede con cualquier tipo contractual, por tanto la creación de una apariencia contractual ante terceros que no coincide con la realidad, puede obedecer a diversos fines que en tanto no causen daño a terceros se deberán considerar como legítimos (pág. 31).

En efecto la esencia de la simulación es la creación de una apariencia ante terceros, por voluntad de las partes de mutuo acuerdo y desde luego de manera intencional con la finalidad de camuflar la realidad contractual o de crear una figura contractual que en realidad no existe, que puede ser lícita o ilícita en razón de la motivación de las partes contratantes. Para graficar esta figura jurídica citaremos algunos ejemplos:

- A quiere vender una propiedad a B, sin embargo la preocupación de B es que con el paso del tiempo esa propiedad pase a ser parte del patrimonio común entre él y su esposa, por lo que conviene con A para realizar una simulación

de un contrato de donación, cuando la realidad contractual es un contrato de venta.

- B quiere acceder a un crédito hipotecario sin embargo no tiene una propiedad que garantice el mismo, por lo que le pide a A que simulen la venta de una propiedad para tener la apariencia de solvencia económica.

En el primer caso estamos frente a la figura de simulación relativa del negocio jurídico, donde la donación constituye el contrato simulado, por otro lado la compraventa viene a ser el negocio disimulado y la contradecларación es el acuerdo por el cual las partes convienen en crear una apariencia contractual distinta a la real a través del contrato simulado así como la producción de los efectos jurídicos del negocio disimulado, los mismos que recaerán únicamente entre las partes simulantes.

En el segundo caso hablamos de una simulación absoluta del negocio jurídico donde la venta de la propiedad constituye el contrato simulado y la contradecларación es el acuerdo por el cual las partes convienen en crear una apariencia contractual que en realidad no existe, para la obtención de una calificación crediticia favorable, no habiendo un negocio disimulado de fondo.

#### 2.2.4. Naturaleza jurídica

Al respecto, en la doctrina no existe una posición unánime, habiéndose formulado diversas teorías las cuales pasaremos a desarrollar:

- a) La doctrina francesa:** Para esta doctrina la simulación era concebida como un acuerdo de voluntades, por medio del cual se determinaban efectos aparentes a un negocio, seguido de un segundo acuerdo de carácter privado que





contenía los reales efectos jurídicos que el negocio jurídico iba a producir por voluntad de las partes, los cuales podían modificar o eliminar los efectos jurídicos de la primera convención de voluntades. Los autores franceses Planiol & Ripert precisaban que ambos actos debían ser contemporáneos y el segundo acto por su naturaleza debía permanecer en secreto y se le denominaba contradocumento (Nuñez, 2014, pag. 325).

**b) La doctrina alemana:** Para esta teoría la esencia de la simulación no descansa como lo sostiene la doctrina francesa, en la consideración de dos convenciones contradictorias que se suceden en el tiempo, de las cuales, la segunda tiene por objeto modificar o destruir los efectos de la primera, sino que ella consiste en un acto o convención integrado por una declaración y una contradecларación simultaneas que por neutralizar recíprocamente sus efectos, dan como resultado un negocio jurídico sin efecto alguno.

**c) La doctrina italiana:** Guerrero citado por Núñez (2014) determina que el fenómeno contractual de la simulación consta de un solo acto compuesto por dos elementos de naturaleza independiente: el primero de naturaleza publica creado con la finalidad de generar una apariencia contractual ante terceros y el segundo de naturaleza privada creado con la finalidad de desplegar la verdadera voluntad de las partes contratantes y reflejar la realidad contractual (pág. 326).

De todo lo señalado podemos concluir, que la simulación constituye un solo acto mediante el cual se regulan dos aspectos, con la existencia de una declaración y una contradecларación simultaneas: una declaración en la que las partes convienen crear una apariencia ficta de un contrato con la finalidad de



engañar a terceros, la cual será exteriorizada y tendrá todos los elementos propios del mismo y una contradecación en la cual se manifiesta el negocio jurídico real que se pretende encubrir o disimular el cual será mantenido en reserva y tendrá efecto únicamente entre las partes contratantes. Cabe puntualizar que en los dos momentos tanto en la declaración del negocio simulado, así como en la declaración de voluntad expresada en el acuerdo simulatorio, las partes tienen la voluntad interna de producir un negocio aparente, voluntad que es exteriorizada y manifestada y a su vez tienen la voluntad de mantener en secreto la realidad contractual, voluntad que es manifestada en la contradecación. Por tanto podemos afirmar que las voluntades internas y externas de las partes en ambos momentos son concordantes.

### **2.2.5. Características de la simulación**

Las principales características de la figura jurídica de la simulación son:

- a) El contenido del negocio simulado o aparente de carácter público no tiene efecto entre las partes simulantes, siendo únicamente aplicable entre ellas los efectos jurídicos de la realidad contractual encubierta.
- b) Si el otorgamiento del negocio jurídico simulado tiene como consecuencia la afectación de terceros, estos pueden solicitar la validez del negocio real.
- c) Los terceros de buena fe que confiaron en la apariencia contractual, pueden solicitar la validez del negocio aparente. (Bianca, 2011, pag. 716-717)

Asimismo continúa señalando el autor (2011): *“los elementos que caracterizan la simulación son la apariencia contractual y el acuerdo*



*simulatorio, es decir, el entendimiento sobre el significado aparente en todo o en parte, del contrato” (pág. 716-717).*

Por otra parte Núñez (2014) difiere de la posición de Bianca, y señala: que la simulación esta caracterizada por el fin de engañar a terceros, el término “engaño” no implica la acción de lesionar los intereses de terceros sino que esta orientado a la creación de una ficción. El segundo elemento característico de la simulación es el acuerdo simulatorio.

Al respecto realizaremos una breve definición de estos términos que serán desarrollados ampliamente cuando tratemos la estructura del negocio simulado.

**El acuerdo simulatorio**, característica común entre las dos teorías y esencial para la figura de la simulación, se encuentra contenido en la contradecларación o contraescritura. Es el acuerdo de voluntades por el cual las partes convienen en otorgar efectos simulados, ficticios o aparentes al negocio exteriorizado, así como se conviene otorgar los efectos jurídicos queridos al negocio real y disimulado, efectos que serán aplicables únicamente para las partes contratantes.

**El fin de engañar a terceros:** Cámara citado por Torres (2015), refiere que el engaño no se debe asimilar con el concepto de fraude, sino más bien con el de la creación de una apariencia que no corresponde con la realidad. Por tanto el engaño puede responder a una finalidad lícita o ilícita no siendo requisito para la configuración de la simulación del *animus nocendi* o intención de dañar (pág. 733).



El artículo 957° del Código Civil argentino señala “*la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*”, texto adoptado de forma íntegra por el artículo 1094° del Código Civil Peruano de 1936, no obstante en el Código Civil actual no se hace mención a este criterio, consideramos que esto un error, puesto que el reconocimiento expreso de que el negocio simulado lícito está amparado por el ordenamiento jurídico, debilitaría la tesis de considerarlo como un supuesto de nulidad del negocio jurídico, deslindándolo así de la figura jurídica del fraude.

**Apariencia contractual**, está definida como la finalidad del negocio simulado.

Por todo lo señalado, compartimos el criterio de Bianca (2011) al señalar como únicos elementos configurativos de la simulación a la apariencia contractual y el acuerdo simulatorio (págs. 716-717), puesto que como ya se ha referido antes aunque a menudo se asocia el termino engaño con fraude y este se ha popularizado por el uso de la simulación para fines ilícitos, lo cierto es que la doctrina nacional reconoce la existencia de simulaciones lícitas, debiendo entenderse el termino *engañar* como el mecanismo por el cual se hace verosímil una apariencia contractual, puesto que a través del engaño a terceros las partes podrán alcanzar los fines propuestos con la simulación, como ejemplos podemos señalar al comerciante que finge realizar cuantiosas ventas de un producto para incentivar su comercialización, o la persona acaudalada que finge liberarse de su patrimonio para no ser blanco de actos delincuenciales.

## **2.2.6. La estructura de la simulación**

La estructura de la simulación comprende dos elementos: el contrato simulado y el acuerdo simulatorio.

### **2.2.6.1. Contrato simulado**

El contrato simulado o aparente, es el creado por las partes simulantes mediante el cual se construye una apariencia negocial ante terceros, posee dos características: la primera de carácter positivo por medio de la cual por voluntad de las partes se crean efectos jurídicos aparentes ante terceros y en cuanto al carácter negativo este se manifiesta a través de la autorregulación de los efectos jurídicos donde las partes simulantes determinan que el contrato aparente no producirá efectos jurídicos entre ellas (Roppo, 2009, pag. 640).

### **2.2.6.2. Acuerdo simulatorio**

El acuerdo simulatorio, constituye el elemento fundamental para la configuración de la simulación, está constituido por la voluntad de las partes contratantes, las cuales de común acuerdo determinaran la doble reglamentación del contrato, en la primera se dispondrán las relaciones entre las partes simulantes y en la segunda las relaciones entre las partes y los terceros (Torres, 2015, pag. 733).

El acuerdo simulatorio representa la esencia de la simulación y como tal exige el consentimiento de todas las partes contratantes del negocio simulado. El acuerdo simulatorio puede existir también en un negocio unilateral recepticio, acordando por ejemplo, el declarante con el destinatario de la



declaración, de no reconocer los efectos de la declaración.

Como se desprende de lo precisado la simulación no podría darse en negocios unilaterales no recepticios puesto que el acuerdo simulatorio es necesario para la simulación.

En relación a la discusión doctrinaria para determinar la naturaleza del acuerdo simulatorio, respecto a si tiene naturaleza negocial o de lo contrario constituye una simple declaración de conocimiento, Bianca (2011) refiere, que en el acuerdo simulatorio en un primer momento, únicamente se reconoce el carácter simulado de las declaraciones emitidas en el contrato simulado; sin embargo en un segundo momento se regulan los efectos jurídicos que producirá el contrato real materia de encubrimiento los mismos que recaerán en la esfera jurídica de las partes simulantes, convirtiendo al acuerdo simulatorio en un instrumento por medio del cual se crean, modifican y reglamentan efectos jurídicos adquiriendo así el carácter de instrumento negocial (pág. 719).

Esta afirmación se desprende del hecho de que en el acuerdo simulatorio no solo se realiza una descripción de la circunstancia, sino en su lugar se determina los reales efectos jurídicos que produce el negocio disimulado, es decir la realidad contractual fuera de la apariencia, solo aplicable a las partes.

No obstante el acuerdo simulatorio tiene carácter negocial, no reviste una forma prescrita por ley, usualmente se redacta un documento conocido como contradecларación o contraescritura, el mismo que contiene el acuerdo simulatorio. Este documento que puede tener carácter público o privado, podrá servir en un futuro como prueba de simulación. Finalmente debemos indicar



que dicho acuerdo simulatorio debe realizarse de manera simultánea con el negocio simulado para que este tenga validez.

Precisamente el acuerdo simulatorio, es uno de los elementos distintivos entre la simulación y las figuras jurídicas de reserva mental y del error obstativo, a menudo incluidos en el mismo grupo por un sector de la doctrina representada por Taboada (2016), que sostiene que la simulación adolece de divergencia entre la voluntad interna y la declarada cuando refiere que la falta de correspondencia entre la voluntad declarada y la voluntad interna se da en cuatro casos: en la reserva mental, cuando el sujeto de manera intencional declara una voluntad que no corresponde con la voluntad formada en el ámbito interno; en la simulación, cuando las partes convienen declarar una voluntad distinta a sus voluntades reales con la finalidad de engañar a terceros; en el error obstativo, cuando el sujeto de manera involuntaria declara una voluntad distinta a su voluntad real y por último el caso de la declaración hecha en broma, que se realiza para fines teatrales o análogos (pág. 176-178).

Al respecto Roppo (2009) puntualiza que la diferencia entre la simulación y la reserva mental radica en la contradecación, documento por el cual las partes simulantes aceptan el carácter aparente o ficto de las declaraciones contenidas en el contrato simulado estableciendo que este último no surtirá efectos entre las partes, y de la misma forma determinan los efectos jurídicos reales derivados del contrato real que reconocen, a diferencia de lo que sucede con la reserva mental donde como resultado de un fenómeno psíquico el sujeto no reconoce en el fuero interno la declaración de voluntad que realizó, en este caso concreto, la reserva mental resulta indiferente para el destinatario basándose



únicamente en la declaración (pág. 642).

Continua señalando Roppo (2009) que en el caso del error obstativo y la simulación existen dos puntos distintivos; en la simulación la divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada existe en ambas partes contratantes a diferencia de lo que sucede con el error obstativo donde la divergencia proviene únicamente de una de las partes; y el segundo punto distintivo está referido a la intencionalidad de la divergencia en el caso de la simulación mientras que en el error obstativo dicha divergencia es involuntaria (pág. 642).

En efecto, compartimos estas distinciones entre simulación, reserva mental, y error obstativo: en el primer caso la reserva mental no se asemeja a la simulación, porque en primer lugar no existe acuerdo simulatorio, requisito esencial de la simulación, además la voluntad interna del sujeto no está siendo manifestada por lo que solo existe la declaración en un solo sentido, siendo indiferente esta situación para el destinatario, puesto que solo ocurre en el ámbito interno del declarante, ahora si la reserva mental fuera manifestada y en ausencia de un acuerdo simulatorio estaríamos frente a dos declaraciones contradictorias de la misma parte, pudiendo ser invalidada la primera o en su defecto frustrar la formación del negocio jurídico.

En ese entender, Acosta (2010) señala que en el caso de la reserva mental únicamente una de las partes contratantes encubre la verdadera voluntad frente a la otra, circunstancia que no se encuentra presente en la simulación donde ambas partes contratantes camuflan la realidad contractual ante terceros y por tanto resulta inoponible a los terceros de buena fe que confiaron en la



apariencia del negocio simulado. Si bien la reserva mental es causal de nulidad del matrimonio en el Derecho canónico, no sucede lo mismo en el Derecho civil donde la reserva resulta indiferente para el destinatario (pág. 385).

En el caso del error obstativo sucede lo mismo en cuanto a la ausencia del acuerdo simulatorio sin el cual no se puede hablar de simulación sumado a que en este caso la declaración de voluntad errónea no es intencional y solo proviene de una de las partes. Siendo requisito para la simulación que la voluntad aparente sea intencional y que provenga de ambas partes contratantes.

### **2.2.7. El Contradocumento**

Es el documento por el cual consta por escrito el acuerdo simulatorio, éste tiene carácter privado y constituye la prueba de simulación, es requisito para su operatividad que este sea simultaneo al otorgamiento del negocio jurídico simulado, aun cuando esta sincronía no se dé materialmente si es necesario que sea simultaneo a nivel intelectual (Borda citado por Ortiz, 2016, pág. 61).

Mosset citado por Ortiz (2016) señala los requisitos del contradocumento:

- a) Debe encontrarse suscrito por todas las partes contratantes, en términos generales no requiere el cumplimiento de una forma determinada y puede instrumentar tanto un negocio jurídico bilateral como una declaración unilateral.
- b) Debe versar tanto sobre el negocio simulado en cualquiera de sus variantes, como sobre el negocio jurídico real develando la realidad contractual.
- c) Se requiere que este haya sido extendido en sincronía con la celebración del



negocio simulado al menos a nivel intelectual (pág. 62).

En suma podemos decir que el contradocumento constituye la única prueba fehaciente de que la simulación ha existido realmente, el cual contiene todas las estipulaciones del acuerdo simulatorio, por lo que debe constar por escrito y debe expresar la verdadera voluntad de las partes, es decir la realidad contractual y los efectos de esta entre las partes, en relación a lo señalado por Mosset citado por Ortiz (2016) respecto a la existencia de un contradocumento en los actos unilaterales, a simple vista parece una conclusión errada sin embargo recordemos que los actos unilaterales se dividen a su vez en recepticios y no recepticios, pudiendo ser simulados los primeros, siempre y cuando en el acuerdo simulatorio expresado materialmente en el contradocumento figure el consentimiento de declarante y destinatario (pág. 62).

### **2.2.8. Actos susceptibles de simulación**

La mayoría de los actos jurídicos pueden ser simulados con excepción de los que versan sobre derechos indisponibles que no pueden ser valorados económicamente y por los cuales se persigue además del interés de las partes, intereses sociales de protección del bien común como por ejemplo los derechos de familia (Torres, 2015, pag. 735).

En atención a lo señalado podemos decir que el límite puesto por el ordenamiento jurídico está fijado en atención a los intereses sociales y de orden público. Consideramos correcta esta delimitación pues cuando hablamos de los derechos de familia nos referimos a instituciones muy delicadas y que deben



responder a la protección de los sujetos de derecho como en el caso del matrimonio y la adopción donde el derecho juega un papel garantista.

Además, la doctrina concuerda en que no puede haber simulación en los actos de potestad del Estado, en esta delimitación también se encuentran las personas jurídicas, puesto que al constituir una ficción legal, es decir tener una existencia ideal y por tanto requerir al Estado para su constitución no pueden realizar negocios simulados, estando este campo reservado únicamente para actos realizados entre particulares y cuando el contenido de este sea de carácter patrimonial (Núñez, 2014, pág. 356).

### **2.2.9. Clases de simulación**

#### **a. Simulación de persona**

Esta clase de simulación llamada también de interposición de persona, se manifiesta cuando la declaración se hace aparentemente a favor de un determinado sujeto; mientras que en la realidad está destinada a otro.

Graficando este supuesto de manera general podemos decir que es cuando A realiza un negocio simulado con B, pero en realidad quiere suscribir un negocio con C, quien no figura, pero es mencionado en la contradecación. Al sujeto con el cual se realiza en apariencia el negocio jurídico (B) se le denomina interpuesto, prestanombre, hombre de paja, testaferro, cabeza de turco. Este sujeto que aparece en la declaración es el sujeto simulado o aparente (B) y el otro que no figura es el sujeto real o disimulado o interponente (C).

La interposición de persona se da en tres casos:

#### **a1. La convención de testaferro o interposición simulada de persona,**



por la que interviene un tercero que aparentemente toma el lugar de una de las partes del negocio jurídico también llamada por un sector de la doctrina como interposición ficticia.

Bianca (2011) refiere que ante la falta de identidad entre el interviniente real en el contrato y quien figura en la celebración del negocio jurídico se puede afirmar que se está ante la figura de interposición ficticia (pág. 722).

Graficando esta figura tenemos que A quiere comprar una propiedad de B, sin embargo no quiere figurar como adquirente por los cuestionamientos sociales que pueda enfrentar al tener ya muchas propiedades, por lo que ambas partes piden la intervención de C, quien figurara como comprador aparente, esta circunstancia es plasmada en el acuerdo simulatorio donde se deja claro que A será el titular real del bien asumiendo todas las obligaciones y efectos contractuales que conlleva la celebración de un negocio jurídico de transferencia de propiedad, mientras que C será el titular aparente ante terceros. Este acuerdo simulatorio debe estar suscrito por las tres partes intervinientes: las dos partes de la transferencia real, más la persona que se interpone de manera aparente.

Como última precisión, debemos señalar que el testafiero es considerado tercero de la relación jurídica creada por el negocio simulado, puesto que solo es un destinatario aparente.

**a2. Interposición real**, caso en el que el tercero interviene adquiriendo real y efectivamente el derecho, actuando en nombre propio pero por cuenta y en interés del verdadero interesado en la adquisición.



Por ejemplo: A desea adquirir un bien que el propietario B se rehúsa a venderle por alguna razón, por lo que recurre a C para que compre el bien en nombre propio pero por el interés de A y luego lo transfiera en favor de ésta última. En este supuesto la transferencia que hace el enajenante B al tercero interpuesto es real, es decir no existe simulación estando frente a la denominada representación indirecta.

**Interposición fiduciaria**, en la cual la persona interpuesta adquiere los derechos u obligaciones que se le transmite, pero se obliga con el transmitente a retransmitir los derechos adquiridos al fiduciante o transferirlo a un tercero.

La interposición fiduciaria no implica simulación, pues se trata de un negocio real, aunque con la obligación del fiduciario de dar al derecho constituido o transferido a su favor un destino específico consistente en transmitirlo a su vez a un tercero o retransmitirlo al fiduciante.

De todo lo señalado podemos decir que únicamente existe simulación subjetiva en la interposición simulada de persona o la convención de testafierro, ya que en los dos otros casos si estamos ante una transferencia real, por lo que la persona que se interpone termina siendo el destinatario al menos temporal del negocio jurídico, con la obligación claro está, de transferirlo al verdadero destinatario de manera posterior, por lo que podemos decir que en este caso se producen todos los efectos propios de una transferencia entre el declarante y el interpuesto dotando de validez y eficacia ese primer acto aun cuando el interpuesto tenga la obligación de transferirlo a favor del destinatario en un segundo acto, a diferencia de la simulación subjetiva donde se conviene la

ineficacia del negocio jurídico aparente, respecto de las partes.

#### **b. Simulación total y parcial**

La simulación es total cuando todo el contenido del negocio jurídico es aparente o ficticio y es parcial cuando solo una parte del negocio jurídico es aparente (fechas falsas; parte del precio), mientras que la otra parte contiene estipulaciones o cláusulas verdaderas y reales. La simulación absoluta siempre es total, es decir todo el contenido es una creación de apariencia negocial constituida por las partes mientras que la simulación relativa puede ser total cuando varía la naturaleza del negocio, es decir se aparenta vender cuando se está donando o parcial cuando algunas cláusulas del negocio varían como por ejemplo en una compraventa se simula el precio indicando una suma inferior a la real.

#### **c. Simulación lícita e ilícita**

La simulación puede ser calificada como lícita o ilícita en función a si la finalidad que persigue implica o no la afectación a terceros o la transgresión del ordenamiento jurídico, el orden público o las buenas costumbres (Borda citado por Torres, 2015, pág. 758).

Al respecto podemos afirmar como ya se ha mencionado en el presente trabajo de investigación, que a menudo el término engaño característico de los negocios simulados es asociado con una conducta ilícita, sin embargo esta acepción no es del todo correcta. Dicho de otra manera, el crear una apariencia contractual no implica la afectación de derechos de terceros o la contravención al ordenamiento jurídico y orden público.



Son ejemplos de negocios simulados con fines lícitos: el contrato que fue celebrado con el objeto de simular una transferencia de bienes inmuebles para aparentar un patrimonio menor y no ser el blanco de organizaciones criminales, o cuando A celebra un contrato de mutuo con B para demostrar solvencia y tramitar una visa al extranjero.

No obstante los negocios simulados que persiguen una finalidad ilícita son de común uso, siendo los ejemplos más comunes cuando el deudor transfiere sus bienes para evitar los efectos de la acción ejecutiva del acreedor o una compraventa realizada a un precio muy por debajo del precio real del inmueble en el mercado para evadir impuestos.

#### **d. Simulación Absoluta y Relativa**

##### **d.1. Simulación Absoluta**

Roppo (2009) señala que en la simulación absoluta las partes contratantes convienen la creación de una apariencia contractual sin que exista un contrato disimulado de fondo por tanto en realidad las partes no se encuentran vinculadas contractualmente, estipulación establecida en el acuerdo simulatorio (pág. 643).

Las partes no quieren el negocio jurídico sino tan solo la ilusión exterior que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público.

De todo lo mencionado podemos concluir que estamos frente a la simulación absoluta cuando el negocio simulado no crea derechos ni obligaciones entre las partes; es decir no existe un negocio disimulado de fondo,



por lo que el negocio jurídico simulado produce efectos únicamente frente a terceros. El contrato más usado en el cual se evidencia la simulación absoluta, es el de un deudor que conviene con otra persona, para simular la venta de sus bienes, disminuyendo así aparentemente su patrimonio con la finalidad de evadir la acción ejecutoria de su acreedor. Sin embargo en la realidad en mérito del acuerdo simulatorio, su patrimonio se mantiene intacto, al no haber existido una transferencia real de bienes, persiguiendo como único propósito la creación de una apariencia engañosa ante terceros.

El Código Civil en el artículo 190° define esta figura jurídica:

*Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.*

Al respecto debemos señalar que el enunciado es impreciso, cuando se dice que se aparenta celebrar un negocio jurídico, puesto que en nuestra opinión este fue debidamente estructurado y constituido cumpliendo con todos los requisitos de validez del negocio jurídico (artículo 140°) por lo que corresponde afirmar que el negocio simulado si se celebra efectivamente, es decir tiene existencia desde el punto de vista de su estructuración, con la especificación de que mediante el acuerdo simulatorio se ha regulado su eficacia, para que este no produzca efectos entre las partes, sino únicamente ante terceros. Por tanto el negocio simulado debe ser considerado como un supuesto de ineficacia funcional y no estructural, por haberse constituido válidamente.

En la misma línea conceptual Torres (2015) refiere que en la simulación absoluta el negocio jurídico simulado fue efectivamente celebrado por lo que el





fundamento que señala que el acto no existe por ser únicamente aparente no es correcto, sin embargo lo único que tiene el carácter de aparente son los efectos jurídicos producidos por dicho acto, ya que de común acuerdo las partes han determinado que este no produzca efectos jurídicos aplicables entre ellas (pág. 762).

Al respecto la jurisprudencia nacional ha señalado:

*Sétimo.- La simulación y la buena fe pública registral*

***Por el acto jurídico simulado se aparenta celebrar un acto jurídico que en realidad no se quiere; representa “la deliberada disconformidad entre la voluntad querida y su declaración”. Tal discordancia genera, entre las partes que suscribieron el acto jurídico, en términos de prueba, aunque de manera no excluyente, la existencia de un contradocumento, mientras que en relación a terceros, como se trata de acto soterrado, ha de favorecerse el camino de la presunción. Sin embargo, en ambos casos lo que debe acreditarse es que el acto jurídico era aparente, esto es, que no quiso efectuarse. (Casación N° 1047 – 2017-Lima)***

Ahora bien en la segunda parte del enunciado del dispositivo legal dice a la letra: *cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.*

De igual forma consideramos que este texto es impreciso, pues en realidad si existe voluntad para celebrar el negocio simulado, lo que no existe y desde luego consta en el acuerdo simulatorio es la voluntad de que surta efectos jurídicos entre las partes, sino únicamente frente a terceros, lo cual no resulta contradictorio. Afirmación que hacemos en oposición a la teoría de divergencia



entre la voluntad interna y la voluntad declarada, puesto que en los dos supuestos: tanto en la celebración del negocio simulado que es ineficaz entre las partes, así como en las disposiciones del acuerdo simulatorio por las cuales se determina que el negocio disimulado o real producirá efectos solo entre las partes, la voluntad interna y la voluntad declarada de cada una de las partes contratantes son convergentes.

#### **d.2. Simulación relativa**

En el caso de la simulación relativa existe entre las partes contratantes una relación contractual distinta a la relación plasmada en el contrato simulado, situación que es descrita en el acuerdo simulatorio constando en el mismo una doble reglamentación: en primer lugar se establece el carácter aparente del negocio simulado y en segundo lugar se reglamentan los efectos jurídicos y por ende obligaciones que derivan del negocio jurídico real por el cual las partes se encuentran vinculadas por común acuerdo (Roppo, 2009, pag. 643).

La doctrina predominante comparte el criterio por el cual en la simulación relativa existen dos negocios jurídicos: el negocio simulado o aparente creado con la declaración de las partes contratantes con la finalidad de ocultar o camuflar el negocio jurídico verdadero, y el negocio disimulado o real donde se establecen las estipulaciones reales del negocio jurídico querido por las partes, creado a partir de la contradecларación de estas.

La jurisprudencia nacional ha explicado que:

*Para que la simulación relativa se configure deben existir dos actos en los que intervenga la voluntad de las partes: el acto oculto, que es el que*



*contiene la voluntad real y el acto aparente que es el que en definitiva se celebra.* (Casación N° 60-97-Ancash)

No compartimos las dos últimas definiciones cuando señalan que en la simulación relativa se manifiestan dos negocios jurídicos: el simulado y el disimulado, en su lugar consideramos que constituye un solo acto complejo y que contiene dos estipulaciones: la primera sobre la apariencia que carece de efectos entre las partes, y es solo aplicable a terceros y la segunda sobre los efectos reales queridos por las partes.

Con relación a sus efectos podemos decir que en su carácter simulado es válido e ineficaz entre las partes y en su carácter disimulado es válido y eficaz. Concluyendo que ambos han sido estructurados correctamente y que la eficacia está regulada de común acuerdo por las partes y consignada en el acuerdo simulatorio.

Un ejemplo de simulación relativa del negocio jurídico es cuando se celebra una donación bajo forma de venta es decir el negocio simulado y aparente es la donación mientras que negocio jurídico real y eficaz entre las partes es la compraventa. Debiendo estipularse el carácter aparente y el carácter real del negocio simulado en el acuerdo simulatorio que posteriormente será contenido en un contradocumento.

El Código Civil regula la simulación relativa en el artículo 191° que señala: *“Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”*.



Adicionalmente podemos señalar, que al hablar de simulación relativa de acuerdo al elemento del negocio jurídico donde recaiga la misma podemos hablar de simulación subjetiva y objetiva. La simulación objetiva es cuando recae sobre el objeto del negocio jurídico, pudiendo simular que se vende a un precio inferior al real con la finalidad de evadir impuestos. Cuando recae sobre los sujetos otorgantes del negocio jurídico hablamos de simulación subjetiva, específicamente del supuesto de interposición ficticia, donde el testafierro es el destinatario aparente cuando en realidad el negocio jurídico real se celebra con otro sujeto.

## **2.2.10. Efectos de la simulación**

### **2.2.10.1. La simulación respecto a las partes**

#### **a. Con relación al contrato simulado**

Los efectos del contrato simulado entre las partes están regidos por el principio de prevalencia de la realidad sobre la apariencia, por lo que conforme a lo establecido por el artículo 1414° del Código Civil italiano, el contrato simulado no produce efecto entre las partes puesto que no refleja la realidad contractual. (Roppo, 2009, pág. 646).

Queda claro entonces, que en los casos de simulación absoluta, el contrato simulado no afecta en nada la realidad contractual, es decir dado que no existe un negocio jurídico disimulado de fondo, no se ha producido ningún efecto contractual entre las partes por lo que la venta absolutamente simulada no transfiere el bien del simulado vendedor al simulado comprador, ni obliga a este último a pagar algún precio, ni produce alguna otra consecuencia propia de



este tipo contractual.

En el caso de la simulación relativa sucede exactamente lo mismo puesto que el contrato simulado no produce efectos jurídicos entre las partes contratantes sin embargo debemos hacer una precisión con referencia al contrato disimulado que si produce efectos entre las partes y cuyas estipulaciones estarán determinadas en el acuerdo simulatorio.

Con relación a las patologías del negocio jurídico, como ya se ha señalado anteriormente el Código Civil en su artículo 219° inciso 5 sanciona con nulidad cuando el negocio jurídico adolezca de simulación absoluta, al respecto Torres (2015) señala que en el caso de la simulación relativa es válido únicamente el carácter disimulado del negocio cuando se haya estructurado en observancia de todos los requisitos de validez y no sea contrario a las normas imperativas, orden público, buenas costumbres y que no perjudique el derecho de terceros, sin embargo en su carácter simulado el negocio seguirá siendo invalido e ineficaz (pág. 765).

Discrepamos con esta postura respecto a la invalidez del negocio simulado tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa, reiteramos que en ambos casos se ha cumplido con observar los requisitos de validez exigidos por el artículo 140°, asimismo en ambos casos los efectos producidos por los negocios jurídicos simulados son regulados por las partes contratantes a través del acuerdo simulatorio, por lo que en su lugar constituyen un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico.



Existe una aparente contradicción entre los artículos que regulan al negocio jurídico simulado en el Código Civil, dado que el artículo 190°, 193° y el artículo 219° inciso 5 reflejan la adopción de la teoría alemana de la nulidad del negocio simulado, sin embargo de la revisión de los artículos 191° y 194° se advierte que el legislador adoptó lo dispuesto por la codificación italiana de 1942 en sus artículos 1414° y 1415° que tiene como fundamento la teoría de la ineficacia del negocio simulado, se considera por tanto que la teoría italiana de la ineficacia es la más adecuada, considerando que el contrato simulado es válido e ineficaz por ausencia de vinculación obligacional entre las partes (Morales, 2006, pag. 312).

De lo expresado por el autor, podemos inferir que no obstante la sanción de nulidad del negocio simulado establecida en el Código Civil, en mérito al derecho potestativo de la autonomía privada de la voluntad las partes pueden suprimir los efectos jurídicos de un negocio jurídico correctamente estructurado como es el caso del negocio simulado, regulando de esta manera su eficacia. Es decir las partes contratantes de mutuo acuerdo deciden desvincularse desde el punto de vista obligacional respecto del negocio simulado, al ser esto así la sanción impuesta debería ser la ineficacia, referente a la producción de efectos jurídicos, puesto que no se ataca la validez del negocio jurídico al haberse estructurado de manera correcta, sino en su lugar existe una afectación de su eficacia por voluntad común de las partes contratantes.

Asimismo podemos decir que la supuesta nulidad regulada en el artículo 193° del Código Civil y en aparente contradicción lo dispuesto en el artículo 194° evidencian que en realidad se trata de un supuesto de ineficacia funcional,



en razón de que a través de la inoponibilidad a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, no se está cumpliendo con una de las características fundamentales de la sanción de nulidad, por la que se considera que el negocio jurídico ha nacido muerto y que por tanto no produce efectos *erga omnes*.

**b. Con relación al contrato disimulado**

Entendemos por contrato disimulado al negocio jurídico realmente querido, el que fue encubierto por el negocio simulado, únicamente presente en la simulación relativa.

El artículo 1414° del Código Italiano señala: *Si las partes han querido celebrar un contrato distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma.*

El Código Civil peruano señala por su parte en el artículo 191°: *Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.*

Cuando la norma se refiere a los requisitos de sustancia estamos frente a los requisitos comunes exigidos para la validez del negocio jurídico establecido en el artículo 140°, asimismo debe contener los requisitos especiales en atención a la naturaleza del acto y finalmente debe observar la forma prescrita por ley. Todos estos requisitos deben constar en el acuerdo simulatorio contenido en un contradocumento o contraescritura.



Con relación a la exigencia de la forma, existe el cuestionamiento en la doctrina si todos los elementos del negocio simulado deben revestir la forma, es decir el contrato simulado, el acuerdo simulatorio y el contrato disimulado contenido en él. El criterio más riguroso señala que efectivamente todos los elementos que conforman la simulación y que determinan su validez deben revestir la forma exigida por ley, sin embargo la posición de la jurisprudencia es más flexible, exigiendo únicamente que el contrato simulado sea el que revista la forma, este criterio tiene su fundamento en la preservación del carácter secreto del acuerdo simulatorio contenido en el contradocumento en el cual se reglamenta el negocio disimulado, puesto que en caso la norma exija como forma el otorgamiento del negocio jurídico mediante escritura pública se perdería el carácter privado de la contradecларación desnaturalizando de esta forma la simulación (Roppo, 2009, pag. 648).

En ese sentido Torres (2015) refiere que resulta adecuado la exigencia de la forma solemne únicamente al negocio simulado o aparente, por ejemplo en el caso concreto de una venta simulada que encubre una donación resulta suficiente el otorgamiento mediante escritura pública de la compraventa cumpliendo de esta manera con la exigencia de la forma establecida para la donación encubierta (pág. 767).

Concordamos con esta última afirmación, puesto que si se exige la observancia de la formalidad al acuerdo simulatorio, éste se convertiría en visible y dejaría de cumplir la finalidad perseguida por la simulación. Graficando este enunciado tenemos una compraventa simulada que esconde un negocio jurídico de donación, si revestimos a la donación de la formalidad





prescrita por ley que consiste en otorgar dicho negocio mediante una escritura pública, la donación se convertiría en visible por el carácter de documento público que tiene la escritura, por lo que la función de engañar a terceros ya no podría ser ejecutada.

Esta postura también ha sido adoptada por la jurisprudencia nacional que refiere:

*Si bien es que a diferencia de la citada transferencia de acciones y derechos, que fue elevada a escritura pública, el contradocumento que acredita el préstamo solo permaneció en calidad de documento privado, tal circunstancia no desmerece su idoneidad para acreditar la verdadera voluntad de los contratantes, pues el art. 191 del Código Civil no dispone que entre el acto real y el acto ocultado deba respetarse necesariamente la misma formalidad para que surta efectos la contradecларación.*(Casación N° 1634-06-Lima Norte)

Todo lo referido precedentemente habla del momento en el cual el negocio simulado se encuentra vigente teniendo así el contrato disimulado efectos únicamente entre las partes, sin embargo la doctrina también se refiere a un segundo momento donde deja de operar la simulación relativa y el contrato simulado es desenmascarado dejando al descubierto al contrato disimulado.

En el momento que el negocio jurídico disimulado deja de tener el carácter de oculto y privado por efecto de la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo simulatorio o por declaración judicial, el negocio jurídico real en cuanto cumpla con todos los requisitos exigidos por ley debe ser considerado como válido y



eficaz entre las partes como ocurre con cualquier otro negocio jurídico correctamente estructurado por tanto no se considera correcta la disposición normativa establecida en el artículo 191° que establece que el negocio jurídico oculto tiene efecto entre las partes en la medida que no perjudique el derecho de terceros. En atención a la validez y eficacia del negocio disimulado se considera que este aun cuando perjudique a terceros seguirá desplegando sus efectos jurídicos entre las partes (Torres, 2015, pag. 767).

Nos sumamos a este criterio puesto que consideramos que al momento en el que deja de operar la simulación, el contrato disimulado no tiene más el carácter de oculto, por lo que emerge a la superficie, a la vista de terceros, provisto de la validez y eficacia otorgado por el Derecho como a cualquier otro negocio jurídico constituido válidamente, siendo potestad de los terceros si es que sintieran afectados sus derechos accionar ante ley con los mecanismos previstos por esta.

En la normativa al condicionar la validez y eficacia del negocio jurídico disimulado con la no afectación de derechos de terceros se está proponiendo un distinto tratamiento a los negocios disimulados con los demás negocios jurídicos, distinción que no corresponde habiendo sido ambos constituidos de la misma manera observando todos los requisitos de validez establecidos por ley.

Respecto a los efectos de la simulación parcial entre las partes, el artículo 192° señala: *La norma del artículo 191° es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.*

La simulación relativa puede ser parcial, cuando parte del contenido del



negocio jurídico es aparente o ficticio y la otra parte real y verdadera. A su vez la simulación relativa parcial puede ser objetiva y subjetiva. En el primer caso cuando se refiere al objeto y en el segundo caso cuando afecta la titularidad de una de las partes también conocida como interposición ficticia con la presencia de un testaferro. En ambos casos producen efectos respecto de los datos verdaderos que constan en el acuerdo simulatorio, siempre y cuando sean de arreglo al ordenamiento jurídico vigente, al orden público y las buenas costumbres.

### **2.2.10.2. La simulación respecto a los terceros**

#### **a. Terceros perjudicados por el contrato simulado**

De manera introductoria podemos señalar que el ordenamiento jurídico protege a los terceros que adquieren de forma onerosa y de buena fe (artículo 194°), con la inoponibilidad del negocio simulado, dado que mientras no sea descubierto el negocio simulado es válido y eficaz frente a terceros.

Para desarrollar este tema de manera correcta recordemos brevemente quienes son considerados parte y terceros en el ámbito contractual.

Las partes son los sujetos de derecho que intervienen en la celebración de un negocio jurídico, ya sea por sí mismos o por medio de un representante, constituyéndose una en sujeto activo y otra en sujeto pasivo de la relación jurídica, por otro lado los terceros son aquellas personas que no han intervenido en la celebración del negocio jurídico, estos pueden ser absolutos cuando no tienen ninguna relación jurídica con las partes contratantes por lo que no serán afectados en ninguna medida por los efectos del negocio jurídico,



y los terceros relativos son aquellos que aun cuando sean ajenos a las partes contratantes pueden ser afectados por las consecuencias jurídicas del negocio celebrado (Torres, 2015, pág. 771).

Habiendo realizado esta distinción desarrollaremos los efectos que produce el contrato simulado, vale decir el contrato aparente frente a los terceros. Al respecto podemos decir que la doctrina ha identificado tres grupos de terceros:

- a) Aquellos que se ven perjudicados por el contrato simulado
- b) Los causahabientes del adquirente simulado
- c) Los acreedores

Con relación a los **terceros que se ven perjudicados por el contrato simulado**, Bianca (2011) refiere que se ven perjudicados en primer lugar los causahabientes del enajenante simulado y todos los sujetos de derecho que por motivo del contrato simulado encuentran sus derechos excluidos, reducidos o inoponibles, quienes pueden accionar solicitando al órgano jurisdiccional la prevalencia de la realidad adjuntando los medios de prueba que conduzcan a demostrar la simulación (pág. 724).

Lo graficamos con el siguiente ejemplo A y B han suscrito un contrato simulado de venta, estando aquí frente a una simulación absoluta, dado que no existe un negocio disimulado, por tanto el bien sigue siendo propiedad de A, posteriormente A vende esta vez de manera real y verdadera el bien a C. Por lo que es interés de A probar que B no es titular del bien y que es producto de



un negocio jurídico simulado, de lo contrario A no contaría con la titularidad del bien.

El artículo 1415° del Código Italiano señala: *En relación con los terceros perjudicados por el contrato simulado, vale la siguiente regla general: cuando la simulación perjudica los derechos de terceros estos pueden demostrar que el contrato es simulado y hacer valer la situación real.*

Nuestro Código Civil en su artículo 193° establece: *La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.*

En nuestro sistema jurídico, el mecanismo que poseen los terceros perjudicados por el contrato simulado para invalidar la simulación y hacer valer la realidad contractual, es la acción de nulidad del negocio simulado, este tipo de nulidad al ser inoponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, es un tipo de nulidad especial debiendo ser considerado más que como una nulidad como un caso de ineficacia puesto que esta acción no afecta los derechos adquiridos por los terceros de buena fe y a título oneroso que actuaron confiando en la apariencia contractual como lo establece el artículo 194° (Torres, 2015, pag. 777).

Apoyamos esta afirmación y podemos decir que está reservada únicamente para los causahabientes del enajenante simulado o cualquier otro que en base a la realidad contractual haya visto su derecho afectado por la ejecución del contrato simulado. Sin embargo si bien fue configurada para invalidar la simulación y poner a salvo el derecho vulnerado, el ordenamiento

jurídico ha tenido mucho cuidado al proteger a su vez a los causahabientes del adquirente simulado. No respondiendo a la naturaleza de la nulidad del negocio jurídico que conforme a lo señalado por la doctrina tiene el carácter *erga omnes*, convirtiendo a esta clase de mal llamada nulidad en un supuesto de ineficacia del negocio jurídico.

**En cuanto a los causahabientes del adquirente simulado o aparente,**

De manera preliminar definiremos brevemente el termino causahabiente, al respecto Claro citado por Torres (2015) señala que en esta categoría jurídica se encuentran incluidos todos los sujetos que adquieren su derecho por parte de otra persona y por tanto se encuentran vinculados a esta. Por lo tanto son causahabientes de una persona: a) sus herederos, causahabientes a titulo universal; b) sus legatarios, y las personas a quienes por actos entre vivos ha cedido o transferido determinados bienes derechos (pág. 775).

Podemos decir entonces que en este supuesto, los causahabientes son los sujetos de derecho que adquieren derechos y obligaciones del titular aparente (adquirente simulado), basados en la apariencia mostrada en el contrato simulado.

En cuanto al titular aparente Roppo (2009) refiere que es el sujeto de derecho que en merito a la apariencia contractual creada por el contrato simulado figura como el actual titular del derecho como consecuencia de una adquisición simulada sin embargo en realidad no guarda identidad con el verdadero titular que figura en el acuerdo simulatorio (pág. 665).

Plasmando estas definiciones en un ejemplo podemos decir que consta



de dos actos: El primer acto en el cual A vende simuladamente a B una propiedad, sin embargo al ser esta venta simulada, la propiedad sigue en poder de A. En el segundo acto B valiéndose de la apariencia de adquirente/titular, transfiere la propiedad de A a un tercero C. Si C ha actuado de buena fe y ha pagado un precio por la transferencia cuenta con la protección de la ley. Por lo que lo contenido en el acuerdo simulatorio por el cual A sigue siendo el propietario le será inoponible.

Como antecedentes normativos tenemos:

**El artículo 1097° del Código Civil de 1936:**

*Si la persona favorecida por la simulación, ha transferido a otro sus derechos la acción contra el tercero será admisible si la transmisión tuvo lugar a título gratuito. Si la transmisión se operó a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fe.*

**El artículo 2184° del Código Civil Mexicano:**

*Si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a restitución.*

**El artículo 1415° del Código Italiano:**

*La simulación no podrá ser opuesta ni por las partes contratantes ni por los causahabientes o acreedores del enajenante simulado a los terceros que de buena fe hubiesen adquirido derechos del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación.*



El Código Civil vigente en su artículo 194° dispone:

*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.*

Para comprender el enunciado debemos determinar qué requisitos se necesitan para que se pueda configurar la buena fe, al respecto podemos decir que en este contexto cuando un sujeto de derecho haciendo uso de una normal diligencia no ha podido determinar la existencia de un contrato simulado y además ignoraba de forma previa la configuración de este acto, decimos que está actuando de buena fe, confiando en lo reflejado por la apariencia contractual.

La buena fe en el ámbito contractual debe ser comprendida como la concepción subjetiva por la cual un sujeto de derecho actúa con la creencia de no estar afectando derechos ajenos (Bianca, 2011, pag. 726).

Mediante este enunciado, la ley protege al adquirente de buena fe y a título oneroso que adquirió derechos y obligaciones del titular aparente (simulado adquirente), siendo inoponible el contrato simulado por parte de los sujetos integrantes del negocio simulado y de los terceros perjudicados. Dicho de otra manera, ante esta circunstancia ni las partes ni otros terceros perjudicados pueden hacer valer lo contenido en el contrato simulado. Esta protección del Derecho se funda en el principio de la primacía de la apariencia sobre la realidad.

Existen principalmente tres casos donde el derecho del causahabiente del





simulado adquirente entra en conflicto de intereses:

a) *El enajenante simulado o sus herederos en la venta con simulación absoluta y el real adquirente o sus herederos en la venta con interposición ficticia.* Si es que estos no pueden demostrar que el tercero conocía el carácter de negocio jurídico simulado tanto objetivamente en el primer caso como subjetivamente en el segundo sus derechos son sacrificados.

b) *Los terceros adquirentes del titular real (del enajenante simulado, del adquirente real), pueden hacer valer la simulación frente a las partes, pero no la pueden hacer valer contra los terceros adquirentes del titular aparente.* Siendo el conflicto entre los dos terceros, la ley protege al tercero adquirente del titular aparente. De las razones por que la ley prefiere la protección a este tercero, Torres (2015) indica que al presentarse el conflicto entre terceros adquirentes, el dispositivo legal considero preponderante la protección del derecho del tercero adquirente del titular aparente sobre el derecho del tercero adquirente del transferente simulado en el entendido de que este último generalmente actúa de mala fe (pág. 774).

Sin embargo puede salvar su derecho inscribiéndolo o inscribiendo la demanda de nulidad por simulación, determinando así que tiene mejor derecho de propiedad. Su derecho de propiedad será protegido por la ley en atención a los principios registrales de publicidad, legitimación y buena fe registral.

c) *El tercero acreedor del simulado enajenante, interesado en demostrar que el bien sigue siendo de propiedad de su deudor pese a la apariencia y por lo tanto es ejecutable.* Es sacrificado su derecho frente a la adquisición del



tercero de buena fe y a título oneroso que confió en la apariencia y adquirió del titular simulado.

Debemos precisar adicionalmente que la ley otorga protección al derecho inscrito del tercero adquirente, aun cuando éste haya adquirido sus derechos de un titular aparente o ficticio, en atención al principio de fe pública registral regulado por el artículo 2014°:

*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 anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.*

En cuanto a **los terceros acreedores**, se distinguen entre acreedores del titular aparente y acreedores del simulado enajenante (titular verdadero).

Roppo (2009) señala que aun cuando en el contrato simulado, el simulado enajenante genere la apariencia de haber transferido la titularidad sobre sus derechos, para sus acreedores es el verdadero titular por lo que están interesados en la primacía de la realidad sobre la apariencia para garantizar el cumplimiento de la obligación que los vincula con el deudor-titular (pág. 653).

Los conflictos de intereses que pueden tener son:

1) *Con el simulado adquirente:* Prevalece la realidad, porque se le permite hacer valer la realidad dado que el acto simulatorio perjudica sus derechos.



2) *Con el causahabiente del simulado adquirente (titular aparente):*

Aquí prevalece la apariencia siempre que en la transferencia haya operado la onerosidad y la buena fe.

3) *Con los acreedores del simulado adquirente:* Prima la realidad si es que

se cumplen dos requisitos: que su crédito sea anterior al negocio simulado y que los acreedores de la clase contrapuesta sean quirografarios (acreedores que no cuentan con ninguna garantía particular para la recuperación de su deuda). Caso contrario prevalece la apariencia si es que los acreedores del simulado adquirente están provistos de causa de prelación y si su crédito es posterior al acto simulado.

De manera general podemos decir que los acreedores del simulante enajenante buscan la primacía de la realidad para la ejecución forzosa del bien, que aparentemente se quiso extraer del patrimonio del deudor y que representa garantía del cumplimiento de su deuda, para lo cual pueden presentar la acción de nulidad del negocio simulado de acuerdo a lo establecido en el artículo 193° ya referido precedentemente.

En el caso de los acreedores del simulado adquirente, es decir del titular aparente y no real, su interés está en la primacía de la apariencia. Esta circunstancia implica a un acreedor que en su afán por satisfacer su interés de cumplimiento de deuda a través de la ejecución de un bien que aparentemente ha ingresado al patrimonio de su deudor, requiere que esta apariencia sea declarada válida y eficaz. En este supuesto si el acreedor ha adquirido de buena fe una garantía real, su derecho está garantizado por lo



establecido en el artículo 194 ya que en este particular caso el deudor no puede hacer valer el acuerdo simulatorio para evadir la ejecución forzosa del bien.

Torres (2015) nos dice que el derecho del tercero acreedor del simulante adquirente o titular aparente por el cual puede ejecutar forzosamente (embargo, remate) los bienes adquiridos de forma aparente o ficticia, se fundamenta en el principio por el cual la garantía patrimonial genérica de la obligación del deudor está constituida por todos sus bienes presentes o futuros, sin embargo en el caso del acreedor quirografario la simulación si le puede ser opuesta, es decir el deudor puede hacer valer el carácter aparente del negocio jurídico por el cual adquiere de forma ficticia bienes salvo que este haya iniciado la ejecución del bien (pág. 779).

Si se suscita un conflicto de intereses entre los acreedores del simulante enajenante (titular real) y acreedores del simulante adquirente (titular aparente) se resuelve de la siguiente manera:

- 1) *Si ambos acreedores tienen un crédito con fecha anterior a la simulación*, primara la realidad, siendo prioritario el derecho del acreedor del enajenante ficticio.
- 2) *Si ambos acreedores tienen un crédito con fecha posterior a la simulación*, prevalecerá la apariencia, siendo prioritario el derecho del acreedor del titular aparente.
- 3) *Si los acreedores del enajenante ficticio tienen un crédito anterior a la simulación y los del titular aparente tienen un crédito posterior*, prevalece la realidad, siendo prioritario el derecho del enajenante ficticio o titular real.



En este último caso la preferencia que otorga la ley a los acreedores del enajenante sobre los acreedores del propietario aparente aun cuando estos hubieran iniciado de buena fe la ejecución forzada, está fundamentada en la antigüedad del crédito, puesto que fueron los directamente afectados por la simulación en la ejecución de la obligación sostenida con el deudor (Llambias citado por Torres, 2015, pág. 780).

El Código Civil Italiano en el segundo párrafo de su artículo 1416° dice:

*Los acreedores del enajenante simulado podrán hacer valer la simulación que perjudique sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirograficos del adquirente simulado, serán preferidos a estos, si su crédito fuese anterior al acto simulado.*

En conclusión podemos decir que el razonamiento lógico para resolver esta controversia está basado en el momento en el que los bienes ingresan al patrimonio y pasan a formar parte del activo del deudor.

### **2.2.11. La acción de simulación**

La acción de simulación tiene como finalidad el reconocimiento por parte del órgano jurisdiccional del contrato simulado declarando su ineficacia total o parcial y validando la realidad contractual que vincula a las partes contratantes (Bianca, 2011, pag. 728).

Roppo (2009) menciona que la acción de simulación está orientada a la declaración judicial de la ineficacia del contrato simulado, por tanto las partes no se encuentran obligadas recíprocamente a nada, el adquirente simulado no tiene ninguna obligación en cuanto al precio del bien, y el simulado enajenante



sigue siendo el titular del bien no teniendo ninguna obligación de transferirlo (pág. 654).

En suma podemos decir que la acción de simulación busca la declaración de ineficacia del negocio simulado, denominada en el artículo 193° del Código Civil como acción de nulidad por simulación, denominación que no compartimos porque como ya se ha señalado reiteradamente no consideramos que se trate de una acción de nulidad *per se* sino más bien de un supuesto de ineficacia relativa puesto que tiene por finalidad la declaración de que el negocio simulado al tener carácter únicamente aparente no produce efectos, esto sin afectar la protección a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

La acción de nulidad del negocio simulado que tiene como finalidad una declaración judicial de simulación puede hacerse valer en vía de acción, de excepción o de reconvención y procede tanto en la simulación lícita como ilícita. Por su naturaleza como cualquier acción de nulidad esta tiene únicamente naturaleza declarativa por tanto el juez dejara constancia de la simulación en la sentencia declarando que el negocio jurídico esta privado de efectos (Torres, 2015, pag. 782).

Sin embargo en la práctica no es usual la utilización de esta figura jurídica de manera autónoma e independiente, es decir buscando únicamente la declaración de que el negocio simulado no produce efectos, teniendo normalmente una utilidad accesoria para la defensa de otros derechos vinculados por el negocio simulado, por ejemplo cuando A vende



simuladamente un bien a B, para que éste pueda acreditar solvencia económica y acceder a un crédito bancario, y con la finalidad de hacer más veraz el negocio simulado, se otorga mediante escritura pública, sin embargo tiempo después B es demandado por A, por la cancelación del precio de venta. En este caso es interés de B demostrar que la venta es simulada por lo que no tiene una obligación vinculante de cancelar el precio de venta en favor de A, por tanto la finalidad de la acción de simulación es demostrar que la venta es ficticia pero no porque si, sino para liberarse de una obligación exigida por la otra parte simulante.

En ese entender Roppo (2009) precisa que la acción de simulación no debería ser incluida en el grupo de acciones autónomas y típicas dirigidas a cancelar los efectos jurídicos de un contrato como son las acciones de nulidad, anulación, resolución y revocatoria, en su lugar debe ser considerada como un hecho a alegar y probar en vía de acción o en vía de excepción ya sea como fundamento del derecho que se hace valer ante el órgano jurisdiccional o como rechazo a la pretensión de la otra parte (pág. 655).

En cuanto a la legitimación para ejercer la acción de nulidad, el artículo 193° señala que puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado según sea el caso, en el mismo sentido la doctrina italiana afirma que son legitimados activos quienes tengan interés en hacer prevalecer la realidad, en el siguiente orden de prelación: En primer lugar las partes simulantes y en segundo lugar los terceros perjudicados por la simulación, específicamente los causahabientes y acreedores del titular real de derechos (Roppo, 2009, pág. 654).



Sin embargo la doctrina argentina mantiene un criterio diferente, refiriendo que se encuentran legitimados para ejercer la acción de nulidad de la simulación las partes contratantes, los sucesores o los terceros que consideren que el negocio simulado le ha ocasionado o pueda ocasionarle perjuicio (Camara citado por Acosta , 2010, pag. 389).

De lo referido podemos observar que este último criterio no solo habla del perjuicio del tercero como un evento cierto sino también como un evento probable no siendo necesario probar el efectivo perjuicio que el negocio simulado ha causado en el tercero accionante, el mismo criterio es compartido por Torres (2015) cuando señala que la legitimación del tercero perjudicado establecida en el artículo 193° se encuentra errada y no protege del todo al tercero, puesto que no debería ser necesario que el tercero sufra un perjuicio para encontrarse legitimado, sino que considera suficiente el peligro de ser perjudicado para poder accionar contra la simulación (pág. 783).

La acción interpuesta por los terceros perjudicados es contra los sujetos de derecho que son parte en el negocio jurídico simulado. Son terceros interesados los adquirentes del simulado transferente (titular real) y los acreedores de este.

Debemos hacer la precisión que los sucesores de la parte que simula adquieren la posición contractual del causante en el negocio simulado pudiendo demandar la nulidad por simulación a la otra parte simulada.

En cuanto a la prescripción nos sujetamos a lo dispuesto por el Código Civil, en razón de que sus disposiciones no están sujetas a interpretación, en ese





sentido siendo la simulación absoluta una causal de nulidad, conforme a lo establecido por el artículo 2001° inciso 1, la acción de nulidad de simulación prescribe a los diez años y conforme a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo señalado: *La acción de daños y perjuicios derivados para las partes de una violación de un acto simulado prescribe a los siete años.*

#### **2.2.12. La prueba de la simulación**

La prueba de la simulación es requerida para el pronunciamiento judicial de naturaleza declarativa que señala la ineficacia del negocio simulado. Aunque la doctrina nacional utiliza el término *desaparición del acto* defendiendo la tesis de nulidad por simulación.

Torres (2015) compartiendo este criterio refiere que en el caso de la simulación absoluta, la declaración de nulidad de la simulación ocasionara la desaparición del acto puesto que no existe un contrato real en segundo plano, mientras que en el caso de la simulación relativa queda expuesto el negocio jurídico disimulado aplicable a las partes habiendo desaparecido el negocio simulado que lo encubría (pág. 788).

No compartimos esta opinión puesto que aunque a simple vista pareciera que la terminología utilizada entre nulidad e ineficacia es intrascendente, la realidad es que al aplicar la sanción de nulidad tanto en el supuesto de simulación absoluta como en el de simulación relativa se está borrando de la esfera contractual entre las partes al negocio jurídico simulado, cuando en realidad con esta sentencia declarativa lo único que se debe obtener es el reconocimiento de que si bien el negocio simulado existe, éste tiene el



carácter de aparente por tanto no produce efectos entre las partes, por lo que éstas se encuentran desvinculadas contractualmente, produciéndose el supuesto de ineficacia funcional.

Ahora bien, esta establecido en la doctrina que quien alega la simulación debe probarla, al respecto existen dos tipos de pruebas de acuerdo a la posición contractual que ostentan los sujetos de derecho interesados en dicha declaración.

En este contexto Bianca (2011) refiere, que en el caso de las partes contratantes, la única prueba válida y determinante para alegar la simulación es el contradocumento en el cual consta el acuerdo simulatorio, teniendo prohibido probar la simulación a través de la prueba por testigos o en base a presunciones. Sin embargo el tratamiento normativo es distinto en el caso de los terceros perjudicados, quienes pueden utilizar como medio de prueba presunciones, declaraciones testimoniales y cualquier otro medio que conduzca a probar la existencia del contrato simulado (pág. 729).

Al respecto podemos decir que la lógica detrás de esta disposición responde a que en el caso de las partes del negocio simulado estas pueden acceder al acuerdo simulatorio contenido en el contradocumento o contraescritura de primera mano, por lo que están obligadas a sustentar y probar el carácter simulado del negocio aparente o ficticio únicamente con la existencia del contradocumento que no solo desmienta lo expresado por el negocio simulado en el caso de la simulación absoluta sino el verdadero carácter del negocio disimulado y sus efectos entre las partes, en el caso de la

simulación relativa.

Debemos señalar además que el contradocumento que contiene el acuerdo simulatorio debe ser de preferencia realizado simultáneamente al otorgamiento del negocio simulado, caso contrario se exige que su elaboración intelectual sea hecha de manera simultánea aunque el contradocumento sea elaborado con posterioridad.

En el caso de los terceros, la regla es más flexible puesto que es extremadamente difícil que estos puedan acceder al contradocumento y a su contenido, al tener este carácter de privado y secreto, por lo que pueden acreditar la simulación sometiendo a criterio del juez algunos indicios conforme a lo dispuesto por el artículo 276° del Código Procesal Civil: *“El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”*, elementos tales como la relación de parentesco entre las partes o la falta de inserción de un medio de pago en el contrato de transferencia, etc.

### **2.2.13. Simulación y otras figuras**

Anteriormente al abordar el tema del acuerdo simulatorio hicimos la distinción entre la simulación y otras figuras jurídicas como la reserva mental y el error obstativo, aquí veremos algunas otras coadyuvando a su delimitación jurídica.

#### **a. Simulación y acto fiduciario:**

Por el acto fiduciario, el fiduciante transfiere al fiduciario la propiedad



de un bien u otro derecho, imponiéndole a su vez, la obligación de transferirlo en el futuro a un tercero o al mismo fiduciante, o de hacer del bien un uso determinado.

En el acto fiduciario, el fiduciante concede exteriormente al fiduciario una situación jurídica que va más allá de la finalidad que persiguen las partes. Por ejemplo, el fiduciante endosa en propiedad un título valor con el único fin de facilitar su cobro al fiduciario, pero con la obligación confidencial de este de entregar el importe del título cobrado al fiduciante o al tercero que el señale o de usar dicha suma de una determinada manera. Como se aprecia con el acto fiduciario se crea una relación hacia afuera y otra hacia adentro. En el ejemplo propuesto, el fiduciario es el propietario del título pero hacia adentro (en las relaciones entre fiduciante y fiduciario) no pasa de ser un mero apoderado.

Las figuras jurídicas del negocio simulado y de la enajenación fiduciaria tienen como punto distintivo la apariencia, puesto que en el caso del negocio simulado el enajenante simulado o titular transfiere su derecho únicamente en apariencia manteniendo en realidad su titularidad sin embargo en la enajenación fiduciaria si se transfiere efectivamente el derecho a favor del fiduciario encontrándose este último obligado a disponer de el según el fin perseguido con la fiducia (Bianca, 2011, pag. 732).

En suma podemos decir que aunque la figura del acto fiduciario y la simulación muestren algunas similitudes como un carácter dual: es decir uno entre partes y otro para terceros, la diferencia fundamental es que en el acto fiduciario la transferencia al fiduciario es real y no aparente como en el caso de

la simulación, por tanto el fiduciario se convierte en el titular real del derecho del fiduciante claro está bajo las condiciones de este, ya sea para transferirlo a un tercero, o para retransmitirlo al fiduciante después de un plazo.

**b. Simulación y representación indirecta:**

La representación indirecta está regulada en el artículo 1809° del Código Civil que señala:

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

Torres (2015) amplía esta definición señalando:

*En la representación indirecta, el representante es una persona interpuesta real que adquiere el derecho momentáneamente y después lo vuelve a transmitir al verdadero interesado. El acuerdo común secreto es entre estos dos sujetos: la persona interpuesta y verdadero interesado quien permanece oculto. Este acuerdo es desconocido por el que celebra el acto jurídico con la persona interpuesta. (pág. 794)*

Graficando lo señalado en un ejemplo tenemos: A quiere comprar un inmueble de propiedad de B, sin embargo por su buena posición económica sabe que B elevara su precio, por lo que contacta a C para que actúe en nombre propio pero en interés de A, es decir para que compre la propiedad de B a un precio justo, para que luego en un negocio jurídico posterior C transfiera en



favor de A dicho inmueble.

Con este ejemplo recordemos lo ya señalado en capítulos anteriores referente a la interposición real, pues si bien existe un acuerdo oculto entre A y C para adquirir la propiedad de B, lo cual podría asemejarlo a la figura de simulación, en este caso la adquisición por parte de C no es simulada es completamente real, y produce los efectos jurídicos y obligaciones propias de una transferencia de propiedad, dependiendo de la consecución de un negocio jurídico posterior de traslación de propiedad entre mandante (A) y mandatario (C). En cambio en el caso de la simulación el interpuesto ficticio o testaferrero no adquiere la propiedad realmente sino que actúa como un puente entre el titular del derecho y el adquirente real. Asimismo en la simulación el acuerdo simulatorio debe ser suscrito por las tres partes es decir la parte adquirente, la parte enajenante y el interpuesto ficticio, sin embargo en la representación indirecta el conocimiento del tercero resulta intrascendente para el ordenamiento jurídico.

Con relación a la finalidad que buscan este tipo de contratos, en el caso de la simulación la finalidad perseguida es engañar a terceros, en cambio en la representación indirecta se engaña a una de las partes otorgantes del acto representativo.

Finalmente la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico en caso de la simulación es la nulidad, o en todo caso conforme a la opinión sostenida durante el presente trabajo de investigación es la carencia de efectos del negocio simulado entre el titular enajenante y el interpuesto ficticio, mientras que el



negocio jurídico de representación indirecta es válido.

#### **2.2.14. Razones doctrinarias por las cuales el negocio simulado es un supuesto de invalidez del negocio jurídico**

##### **a. Teoría de divergencia entre la voluntad interna y la declarada**

Esta es una postura que gran parte de la doctrina defiende. Así, Savigny citado por Torres (2015) refiere que hay simulación:

*1º Cuando las partes no han querido verificar un acto jurídico, ni aun uno que se haya expresado.*

*2º Cuando han querido realizar un acto distinto del expresado*

*3º También si la relación de derecho se ha establecido para otras personas distintas de las designadas por la manifestación de la voluntad.*

(pág. 737)

El error y el negocio jurídico simulado se diferencian en la intencionalidad, puesto en el caso del error, la falta de identidad entre la declaración y la voluntad interna del sujeto se produce de manera involuntaria y en la simulación, dicha divergencia se produce de manera intencional y deliberada, otro elemento distintivo entre ambas figuras es el ánimo de engañar a los demás, en el caso del error el declarante errado no tiene la intención de engañar a la otra parte contratante y en la simulación ambas partes contratantes por común acuerdo crean una apariencia para engañar a los terceros (Ferrara citado por Torres, 2015, pág. 738).



La doctrina predominante, refiere Sconamiglio (2004) considera aplicable la sanción de nulidad al negocio simulado al no estar presente un requisito fundamental para la correcta estructuración del negocio jurídico como es la voluntad, no existiendo a su criterio, la voluntad del contenido, por tanto se evidencia una declaración de voluntad sin sustento en el fuero interno del sujeto, pudiendo esta circunstancia ser enmarcada como un supuesto de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada (Pág. 135).

La jurisprudencia nacional también ha adoptado este criterio:

*B) Infracción normativa del artículo 219 numeral 5 del Código Civil. Aduce que la Sala Civil realizó una interpretación errónea de la norma materia de infracción, referida a la simulación del acto jurídico, al analizar incorrectamente los elementos que la configuran, siendo necesario remitirse a lo establecido en el artículo 190 del Código Civil, del cual se entiende por esta figura como **la disconformidad entre la voluntad real y la manifestación, siendo que para la configuración de la simulación existe una manifestación que no concuerda con la realidad de los hechos, de tal manera que existe una verdad de las partes intervinientes que se encuentra oculta, pero evidenciada por los hechos o con otros elementos; en ese sentido, si la Sala Civil hubiera interpretado correctamente lo que se entiende por simulación absoluta, y sus elementos o presupuestos para su configuración como causal de nulidad, hubiera establecido o dilucidado que el acto jurídico cuestionado adolece de simulación absoluta; que, el codemandado Jorge Francisco Gómez Sánchez desconoció el compromiso asumido en el***





*contrato de Asociación en Participación y decidió disponer del terreno, tal hecho, no hace más que sustentar que el acto jurídico - compraventa- es un acto simulado y aparente.*(Casación N° 1848 - 2017 Lambayeque)

Hasta este punto podemos concluir que esta teoría fundamenta la nulidad del negocio simulado en una ausencia de la voluntad interna y en consecuencia en la falta de una voluntad verdadera, puesto que se declara, es decir se manifiesta exteriormente la intención de suscribir un negocio, que no ha sido concebido en el fuero interno.

Ferri citado por Morales (2006) no concuerda con la teoría de la falta de voluntad interna en la simulación, refiriendo que se está ante la presencia de una voluntad contraria declarada de manera simultánea a la declaración plasmada en el negocio simulado y que permanecerá oculta para cumplir con los fines de la simulación. Esta voluntad contraria se encuentra manifestada en el acuerdo simulatorio y a través de ella se determina la ineficacia del negocio simulado o aparente, por tanto la ineficacia del negocio simulado no responde a la ausencia de un requisito en su conformación como lo es la voluntad interna sino a la manifestación de la voluntad impositiva de ambas partes contratantes por medio de la cual de común acuerdo determinan que el negocio aparente no produzca efectos jurídicos entre ellas. Señala finalmente que la naturaleza oculta del acuerdo simulatorio no implica la ausencia de voluntad interna sino más al contrario la presencia de una regulación de intereses y la creación de un instrumento normativo de carácter privado (pág. 305).



La presencia de dos manifestaciones de voluntad a simple vista incompatibles prueba que existe un contrato estructurado correctamente y que por tanto goza de validez pero es ineficaz por la reglamentación normativa creada por las partes (Morales, 2006, pag. 305).

No compartimos el criterio desarrollado por la teoría de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, en nuestra opinión hay dos temas claves que no se deben confundir entre dos esferas jurídicas, la primera es la esfera jurídica de cada sujeto de derecho, en la cual para la correcta conformación y validez de un negocio jurídico, debe existir conforme a lo establecido por el artículo 140° del Código Civil una manifestación de voluntad, la misma que debe estar integrada por la voluntad interna y la voluntad externa o declarada, en el caso del negocio simulado, las partes simulantes tienen el componente volitivo (voluntad interna) de crear un negocio jurídico aparente que no tenga efectos entre las partes, con la intención de engañar a terceros, voluntad que posteriormente es exteriorizada en la celebración del negocio simulado, como si se tratara de cualquier otro negocio jurídico, diferenciado únicamente por la ineficacia de este con relación a las partes, ineficacia determinada por la misma voluntad de estas, por tanto hasta este momento existen los dos componentes necesarios para su validez; la segunda es la esfera jurídica contractual en la que las partes simulantes una vez más tienen la intención de crear un negocio jurídico que si tenga efectos entre ellas, o la intención de no crear ningún negocio disimulado, esta voluntad también es exteriorizada en el acuerdo simulatorio suscrito por ambas partes simulantes que constara en el contradocumento.



Finalmente no debemos confundir el hecho de que si bien en atención a la naturaleza del acuerdo simulatorio, este tiene el carácter de privado, secreto y oculto, eso no implica que la manifestación de la voluntad de las partes no se haya exteriorizado, puesto que esta debe ser declarada, ya que el acuerdo simulatorio requiere de un acuerdo de voluntades, un consentimiento. Teniendo así este documento todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Por todo lo expresado consideramos que el negocio simulado es un contrato válido e ineficaz, esta última característica regulada por voluntad de las partes.

#### **b. Doctrina que considera a la simulación como vicio de la causa del negocio jurídico**

Un sector de la doctrina sostiene que en la simulación absoluta existe una ausencia de causa o de fin, es representante de esta posición Betti (citado por Morales, 2006) señalando que concretamente en el caso de la simulación absoluta las partes contratantes no persiguen ningún interés ni propósito puesto que la creación de una apariencia es la única finalidad del negocio simulado no existiendo ningún otro negocio jurídico de fondo que responda al interés real de las partes contratantes, para demostrar que esta teoría es equivocada abordaremos el tema de la *causa simulandi* (págs. 305-306).

En primer lugar nos referiremos a la definición de causa de acuerdo a Morales (citado por Ortiz, 2016): “*es la finalidad concreta que el ordenamiento jurídico toma en consideración para otorgar efectos jurídicos o para denegarlos*” (pág. 72).



De esta definición de modo preliminar podemos decir que todo negocio jurídico en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad obedece a los intereses y a la finalidad que las partes persiguen, la misma que será protegida por el ordenamiento jurídico si es lícita o reprobada por el mismo si es ilícita, por lo que no consideramos cierto que en la simulación absoluta no exista una causa o fin. Adicionalmente debemos señalar que en la simulación absoluta si bien no se busca mantener oculto un negocio jurídico disimulado eso no implica que el negocio no tenga un fin, es así que la causa o fin es crear la apariencia de un negocio jurídico, sin existir un contrato real de fondo.

La *causa simulandi* es la razón o motivo ya sea este lícito o ilícito por el cual las partes convienen en crear una apariencia contractual ante terceros tomando en cuenta la doble reglamentación que deberá tener el negocio jurídico simulado en su conjunto, es decir en primer lugar respecto a las relaciones entre las partes, reglamentación construida a través del acuerdo simulatorio y también las relaciones entre las partes simulantes y los terceros (Santos Cifuentes citado por Ortiz, 2016, pág. 75).

Podemos afirmar en suma que la *causa simulandi* es el motivo, la razón que mueve a las partes simulantes a crear una apariencia ya sea en la simulación absoluta sin un negocio jurídico de fondo o como en la simulación relativa encubriendo una realidad contractual, por lo cual una vez más sostenemos que no es posible concebir un negocio jurídico simulado sin que este obedezca a alguna causa o fin.



Otro sector de la doctrina señala la divergencia de la causa en la simulación entre la causa típica del negocio simulado dispuesta por el ordenamiento jurídico y entre la causa o fin que las partes realmente quieren alcanzar. Al respecto veremos la postura de algunos autores:

Pastori (citado por Torres, 2015) señala que el negocio jurídico simulado presenta defectos en su conformación, específicamente en la causa entendida en su doble acepción: como la función social que el acto debe cumplir y como el fin práctico perseguido por las partes (pág. 740).

Betti citado por Torres (2015) nos dice que el defecto de tipo estructural del negocio simulado consiste en la divergencia entre la causa típica es decir la función económica social del tipo contractual del negocio simulado conforme a su naturaleza y la finalidad concreta perseguida por las partes contratantes con el negocio disimulado. Las partes hacen uso de un tipo contractual para lograr una finalidad totalmente diferente a su causa típica (pág. 740).

Ahora bien el solo hecho de la divergencia entre la causa típica establecida por el ordenamiento jurídico y la causa fin de las partes no es razón para determinar la nulidad del negocio simulado, debiendo analizarse desde el punto de vista de la teoría neocausalista dual, al respecto Taboada citado por Ortiz (2016) señala que la causa del negocio jurídico está constituida tanto por el aspecto objetivo es decir la causa típica como por el aspecto subjetivo entendido como el motivo concreto de las partes para celebrar el negocio jurídico (pág. 73).



Compartimos el criterio del autor en cuanto al análisis integral desde el punto objetivo y subjetivo de la causa y agregamos con respecto a la sanción de nulidad del negocio simulado en razón del fin o causa que persiguen, que si nos ceñimos a lo dispuesto por el artículo 219° del Código Civil, que dispone las causales de nulidad, en cuanto al fin del negocio jurídico se sanciona con nulidad únicamente cuando este es ilícito, sin embargo no todos los negocios simulados son ilícitos, puesto que el propósito fraudulento no es requisito para la formación de la simulación. Al respecto Bianca (2011) refiere que el elemento característico y necesario de la simulación es la creación de una apariencia contractual ante terceros que no guarda parcial o total relación con la realidad, reglamentando a través del acuerdo simulatorio por convenio de partes la ineficacia del negocio simulado respecto a ellas (pág. 716).

De la lectura de la exposición de motivos del Código Civil de 1984 se puede advertir que la normativa en cuanto al negocio jurídico fue diseñada teniendo en mente a la simulación ilícita, por tanto es posible deducir que el criterio del legislador fue considerar la existencia de simulaciones lícitas y que las mismas no podían ser declaradas nulas solo por su existencia (Morales, 2006, pag. 310).

Nos sumamos a estos últimos criterios y señalamos que por tanto al haberse probado que los negocios simulados lícitos existen como por ejemplo el comerciante que pacta con su cliente, una cuantiosa venta simulada de un nuevo producto aparentando su renombrada eficacia y valor por encima de los demás productos del mercado, para así tener más ventas, en el cual el negocio jurídico simulado no afecta derechos de terceros, el orden público y las buenas



costumbres, y desde luego no representa una transgresión del ordenamiento jurídico, no resulta razonable sancionar con la nulidad a estos negocios jurídicos simulados, salvo se determine la ilicitud del fin que persiguen.

#### **2.2.15. Análisis crítico**

De todo lo señalado, respecto a si el supuesto de negocio simulado debe ser sancionado con la nulidad del negocio jurídico o si en su lugar encaja mejor con la figura jurídica de ineficacia, debemos hacer las siguientes precisiones:

Previamente y adelantándonos al subcapítulo referido a las patologías del negocio jurídico, debemos hacer una distinción entre negocio jurídico nulo e ineficaz, en ese sentido, Sacco citado por Morales (2006) precisa que la sanción de nulidad será aplicada cuando la estructura del supuesto de hecho (*fattispecie*) formulada por la norma no tenga una relación de correspondencia con la auto reglamentación de intereses presentada por las partes, pudiendo presentar defectos como la inobservancia de la forma, un contenido ilícito, etc. Y en cuanto a la ineficacia señala que aun cuando el negocio jurídico haya sido estructurado en observancia de todos los requisitos exigidos por la norma para su validez, este se encuentra afectado por una circunstancia extrínseca a su formación a la que se encuentra sujeta la producción de efectos jurídicos (pág. 297).

Ahora bien, en lo referente a la tesis que defendemos en el presente trabajo, extraemos de la precedente cita, que la ineficacia (funcional o en sentido estricto) es una circunstancia extraña a la constitución del negocio jurídico, si trasladamos esta definición al supuesto de negocio simulado tenemos que este fue estructurado en observancia de todos los elementos,



presupuestos y requisitos de validez exigidos por el artículo 140° del Código Civil, como son: la manifestación de voluntad realizada con plena capacidad de ejercicio, la misma que fue declarada tanto en el negocio simulado, como en el acuerdo simulatorio; el objeto física y jurídicamente posible, puesto que la relación obligacional derivada del negocio jurídico simulado es lícita, así también el objeto está correctamente determinado habiendo sido este individualizado o habiéndose indicado los criterios que permitan su determinación posterior, asimismo persigue un fin lícito en cuanto el Código Civil reconoce el negocio simulado lícito, siendo el interés perseguido por las partes, el de crear una apariencia que pueda engañar a terceros y mientras este no sea contrario al ordenamiento jurídico, al orden público y las buenas costumbres, finalmente referente a la formalidad prescrita por ley, podemos decir que el negocio simulado revestirá la forma que exija la ley para su exitosa conformación puesto que este fue diseñado para engañar a terceros, propósito que no se cumpliría de no revestir todas las formalidades exigidas por ley, por todo lo dicho podemos afirmar que si no es capaz de producir efectos, no es por un defecto estructural, sino por un acuerdo de regulación de las partes, no debiendo ser sancionado con la nulidad como lo establece el artículo 219° inciso 5.

Citamos lo establecido en la jurisprudencia colombiana:

La Corte Suprema en el año 1951 realizó una diferenciación entre las figuras de simulación y nulidad:

*Mientras que en la primera no existe vicio alguno en el negocio jurídico,*





*en la nulidad, en cambio, la voluntad de las partes persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho.* (Acosta, 2010, pag. 26)

Respecto al vicio recaído en la causa o en el objeto podemos decir, que se ha demostrado que al igual que cualquier otro negocio jurídico, la nulidad podrá ser aplicada si la causa del negocio simulado es ilícita, sin embargo ante una simulación con una finalidad lícita no existe fundamento para declarar su nulidad, no debiendo asociar la ilicitud con todo negocio jurídico simulado, en su lugar se considera que el contrato será calificado como lícito o ilícito en razón de su finalidad concreta. Finalmente si corresponde afirmar que los contratos simulados son ineficaces por voluntad de las partes mas no por un defecto de tipo estructural (Morales, 2006, pag. 306).

Es relevante precisar, con relación a la ilicitud del negocio simulado, que si bien una característica usual de la simulación es el engaño a terceros, este no involucra el fraude que tiene carácter ilícito, dado que el propósito de engaño debe ser entendido como la creación de una apariencia, que puede tener o no el propósito de daño o fraude. Por ejemplo en el caso de una persona acaudalada caída en desgracia, que para guardar las apariencias simula que aún conserva sus propiedades cuando ya ha enajenado sus bienes, estamos frente a una simulación lícita.

Por tanto estando la figura jurídica de la simulación lícita admitida por el Código Civil y por la doctrina, y en tanto no se transgreda el orden público, las



buenas costumbres y lo establecido por el ordenamiento jurídico, consideramos que el negocio simulado debe ser considerado válido.

En la doctrina nacional, Taboada refiere que el acto jurídico simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa al existir divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de las partes contratantes y por consiguiente no existir una verdadera voluntad (Taboada, 2016, pag. 398-399).

En cuanto a esta afirmación de falta de contenido del negocio simulado, podemos decir que desde nuestro punto de vista no existe una divergencia de voluntad entre la de contenido o interna y la declarada, por cuanto la voluntad declarada tanto en el negocio simulado como en el negocio disimulado y en el acuerdo simulatorio obedecen a la voluntad interna de las partes. Recordando que el negocio simulado constituye un solo acto que tiene dos vertientes una aparente, de naturaleza pública frente a terceros y otra de naturaleza privada, frente a las partes y desde luego que la naturaleza privada del acuerdo simulatorio no enerva la manifestación de voluntad declarada producida en él, que es consecuencia directa de lo formado en el proceso volitivo.

En esa misma línea argumentativa, nos sumamos a lo señalado por Ferri citado por Morales (2006) quien afirma que la ineficacia del contrato simulado se origina por expresa voluntad de las partes mediante el acuerdo simulatorio que aun cuando tiene una naturaleza oculta representa la declaración de voluntad de naturaleza impeditiva de las partes por lo que no es correcto afirmar la ausencia de una voluntad interna en la estructuración del negocio simulado. Refiere que el negocio jurídico simulado está conformado por dos



contratos, el aparente y el acuerdo simulatorio que deben ser simultáneos caso contrario el segundo eliminaría los efectos jurídicos del primero (pág. 304-305).

Recordemos que el derecho potestativo por el cual las partes pueden autorregular los efectos que produce el negocio simulado o si este no produce efecto alguno entre ellas, es la autonomía privada de la voluntad. La autonomía de la voluntad permite que el sujeto de derecho pueda desplegar el poder de crear negocios jurídicos que respondan a sus intereses dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres (Ortiz, 2016, pag. 106).

De acuerdo a lo sostenido por la teoría voluntarista, la ausencia de la voluntad del contenido o voluntad del fuero interno da lugar a la nulidad del negocio jurídico. La simulación ha sido incluida por un sector de la doctrina como un supuesto de divergencia entre la voluntad y la declaración siendo causal suficiente para considerar su nulidad, sin embargo existen otras figuras jurídicas que a pesar de presentar la divergencia referida no son sancionadas con la nulidad como la incapacidad mental, el error obstativo, etc. Por lo que en el caso de la simulación, la supuesta falta del componente volitivo interno no sería causal suficiente para determinar su nulidad por tanto la simulación en su lugar en un supuesto de ineficacia del contrato por expresa voluntad de las partes contratantes (Bianca, 2011, pag. 717).

Asimismo un sector de la doctrina señala que como consecuencia de la aplicación de la sanción de nulidad a la simulación absoluta, este negocio jurídico simulado no produce efectos jurídicos, sin embargo como lo señala



Ortiz (2016) esta afirmación no se cumple en todos los supuestos puesto que en algunos casos pese a la declaración de nulidad prevalece la apariencia creada con la simulación como por ejemplo en los casos del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso para quien la simulación es inoponible manteniendo a salvo el derecho adquirido en base a la apariencia contractual creada por las partes simulantes. Es así que el legislador dispuso que el negocio jurídico simulado produzca efectos jurídicos ante determinados terceros por lo que se puede determinar que el dispositivo legal regulo de cierto modo la eficacia del negocio jurídico simulado (pág. 102).

Estos enunciados evidencian una vez más que la nulidad aplicada al negocio jurídico simulado en el Código Civil, se encuentra mal conceptualizada puesto que no obedece a la naturaleza jurídica de la misma, ya que desde el momento que se reconocen efectos jurídicos a los negocios simulados esta supuesta nulidad se desvirtúa siendo lo más correcto la aplicación de la ineficacia.

En cuanto al análisis estricto de las disposiciones legales referidas al negocio jurídico simulado en el Código Civil, consideramos que existen disposiciones contradictorias, los artículos referidos a la simulación absoluta (artículo 190°), a la acción de nulidad de la simulación (artículo 193°) y a la causal de nulidad por simulación absoluta (artículo 219° inciso 5), nos permiten determinar que el ordenamiento jurídico sanciona a la simulación absoluta con la nulidad, sin embargo de la revisión de los artículos referidos a la simulación relativa (artículo 191°) y a la inoponibilidad de la simulación (artículo 194°), podemos afirmar, que esta nulidad no es real y se encuentra mal



conceptualizada, en su lugar consideramos que se trata de un supuesto de ineficacia funcional, puesto que como ya fue dicho por algunos autores, no se podría declarar la nulidad del negocio jurídico y al mismo tiempo mantener los efectos producidos por este, para determinados terceros.

La respuesta la tenemos en que el actual Código Civil ha sido fuertemente influenciado por los Códigos Civiles Alemán e Italiano, sin embargo parece que ha pasado inadvertido el hecho que cada uno de estos Códigos han sido elaborados en base a teorías distintas, es así que el Código Alemán defiende la teoría de la nulidad del negocio jurídico simulado mientras que el Código Italiano se apoya en la teoría de la ineficacia. Como es natural, ambas teorías juntas en un mismo dispositivo normativo resultan no solo incongruentes sino que dan origen a muchas confusiones.

En lo referente a lo dispuesto por el Código Alemán, según Larenz citado por Morales (2006) la interpretación del negocio jurídico se realiza en base al verdadero propósito de las partes contratantes aun cuando el negocio aparente tenga otra finalidad ante terceros y dado que de común acuerdo las partes determinan que el negocio simulado no producirá efectos jurídicos el ordenamiento jurídico declara su nulidad (pág. 300).

Siendo así el ordenamiento jurídico germánico funda sus disposiciones normativas en buscar la misma finalidad que fue perseguida por las partes contratantes en la creación del negocio jurídico, aunque su apariencia diga lo contrario y dado que en el negocio simulado o aparente, es voluntad de las partes que este no produzca efectos entre ellas, la ley buscando ese mismo fin lo



sanciona con la nulidad.

En el caso del Código Civil italiano de 1942 se regulo en su lugar la ineficacia del contrato simulado. Observemos lo dispuesto en el artículo 1414° y en el artículo 1415°:

*Artículo 1414: El contrato simulado no produce efectos entre las partes. Si las partes han querido celebrar un contrato diverso del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma de este último. Las disposiciones precedentes se aplicarán también a los actos unilaterales dirigidos a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.*

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

De la revisión de estos artículos podemos advertir que la producción o no de efectos del negocio simulado está regulada por las partes, por lo que estamos frente a un supuesto de ineficacia. Asimismo se introduce la figura de la inoponibilidad de la simulación al adquirente de buena fe, institución jurídica que protege al tercero, no dando cabida a la teoría de la nulidad del negocio simulado puesto que un negocio jurídico no puede ser nulo mientras es eficaz para terceros, como sucede en nuestro Código Civil. Al comentar el código



italiano, Ricciuto citado por Morales (2006) refiere que los dispositivos normativos referidos a la simulación no disponen la nulidad de negocio jurídico simulado siendo más idóneo referir la ineficacia del contrato simulado (pág. 301).

No resulta congruente regular en el Código Civil de manera conjunta la nulidad y la ineficacia respecto a una sola figura jurídica como es la simulación, puesto que por su naturaleza resulta incompatibles debiendo definir cuál es la que resulta más idónea al tipo contractual de la simulación (Morales, 2006, pag. 302).

Al respecto consideramos que al haberse evidenciado las contradicciones en el Código Civil vigente, abordando al mismo tiempo las teorías de la nulidad y de la ineficacia es necesario que se tome un solo camino para reglamentar la institución jurídica de la simulación, y dado que nuestro ordenamiento jurídico ha seguido la teoría del contrato del Código Civil italiano, la misma en base a la cual se ha desarrollado el Libro de Acto Jurídico en nuestro Código Civil, consideramos que se debería optar por la teoría de la ineficacia de forma única y general normando el supuesto de negocio simulado, como categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, para que de esta manera sea aplicable de manera uniforme tanto a la simulación absoluta como a la simulación relativa.

### SUBCAPÍTULO III

#### 2.3. PATOLOGÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Al referirnos a las patologías del negocio jurídico, estamos hablando de las categorías jurídicas de Invalidez, Ineficacia en Sentido Estricto y Remedios Contractuales.

En cuanto a la invalidez, trataremos sus dos categorías como son la nulidad y anulabilidad, agrupadas en la doctrina y más conocidas como supuestos de ineficacia estructural, u originaria. Por otro lado nos referiremos a la ineficacia funcional o sobreviniente, también conocida como ineficacia en sentido estricto abordando sus categorías jurídicas como la rescisión, resolución e inoponibilidad.

Este subcapítulo será desarrollado en primer lugar con el propósito de evidenciar las múltiples confusiones que ha generado en la doctrina principalmente, el uso de estas categorías de manera desordenada, y por lo mismo realizar una aclaración en cuanto a su naturaleza jurídica y su debida aplicación en la práctica. Asimismo debemos graficar el conflicto materia del presente trabajo de investigación, es así que el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa tiene un tratamiento en el ordenamiento jurídico por decir lo menos cuestionable, ya que como hemos señalado para el Código Civil, la simulación absoluta es sancionada con la nulidad, por otro lado la simulación relativa ha sido configurada como una causal de anulabilidad, cuando el acto real que lo contiene perjudique el derecho de tercero, conforme a lo dispuesto en el artículo





221° inciso 3, criterio que no compartimos, en su lugar sostenemos que el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como relativa debe tener un tratamiento normativo uniforme, no debiendo ser considerado inválido sino ineficaz puesto que no contiene defectos que comprometan su estructuración, en cambio podemos decir que la regulación respecto a la producción de sus efectos responde a la voluntad de las partes contratantes.

En este entender posterior al desarrollo de cada categoría jurídica podremos ubicar correctamente al supuesto de negocio simulado en atención a su naturaleza jurídica y a los estudios elaborados sobre el tema.

### **2.3.1. Ineficacia del Negocio Jurídico**

#### **2.3.1.1. Nociones preliminares**

El Código Civil establece en el artículo 140°, los requisitos de validez del acto jurídico, es decir los elementos, presupuestos y requisitos vitales que deben ser observados para considerar al negocio jurídico como válido. Y a partir de esta validez, este pueda ser eficaz es decir capaz de producir los efectos jurídicos correspondientes al fin perseguido por las partes y los dispuestos por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, Bianca citado por Morales (2006) indica que la validez del contrato no implica su eficacia, constituyendo dos categorías distintas, mientras que la validez del contrato implica la correcta estructuración del negocio jurídico en cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la ley, la eficacia está referida a la aptitud del negocio jurídico para producir efectos



jurídicos. La eficacia determina el cumplimiento real y práctico de las consecuencias jurídicas del negocio (pág. 308).

Sin embargo frente a la ausencia de uno de los requisitos, presupuestos o elementos del negocio jurídico necesarios para su validez o si estos se encuentran afectados por algún vicio, el negocio jurídico es considerado inválido, por presentar una deficiencia en su estructura, es decir el problema es intrínseco a su conformación, estando frente a la categoría jurídica de ineficacia estructural u originaria. La cual se manifiesta a través de dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad.

Cabe señalar que no se tomara en cuenta la categoría jurídica de la inexistencia del negocio jurídico puesto que no ha sido regulada en el ordenamiento jurídico nacional.

Al respecto la Corte Suprema ha manifestado que la sanción de inexistencia fue creada para su aplicación en el caso de lagunas normativas, donde no se establecía la nulidad del negocio, esta figura jurídica no es aplicable a nuestra legislación en primer lugar porque no se encuentra regulada normativamente y en segundo lugar porque en nuestro caso no existen tales lagunas normativas puesto que se encuentra establecida la aplicación de la nulidad tácita o virtual en los supuestos que no determinan esta sanción de forma expresa (Quinto Pleno Casatorio Civil, 2013, pag.50).

Muy distinto es el caso de la ineficacia funcional, referido a un defecto externo a la conformación del negocio jurídico, por lo que la no producción de efectos jurídicos es originada por una causa extrínseca a la estructura del



negocio jurídico (Betti citado por Torres, 2015, pág. 935).

La ineficacia de tipo funcional afecta a un negocio jurídico completamente válido por la acción de una causa extrínseca al momento de su celebración, por medio de la cual el negocio jurídico deja de producir los efectos jurídicos que venía produciendo desde su nacimiento (Torres, 2015, pag. 938).

Son algunos supuestos de ineficacia funcional también llamados remedios contractuales: la rescisión, la resolución y la inoponibilidad.

La diversidad de términos y categorías puede originar confusiones, sin embargo, de lo dicho anteriormente podemos afirmar que la ineficacia engloba y contiene a la invalidez, la explicación a continuación: Un negocio jurídico conformado y constituido observando los requisitos, presupuestos y elementos establecidos por ley, es considerado válido.

La finalidad de la celebración de un negocio jurídico es la producción de efectos jurídicos que respondan a los intereses de las partes. Sin embargo existen algunos supuestos en los cuales estos negocios jurídicos no producen los efectos jurídicos esperados, esta circunstancia es estudiada por el Derecho con el nombre de ineficacia.

Cuando el negocio jurídico no produce efectos por un defecto en su estructura o conformación es decir cuando estamos frente a la ausencia de un requisito, presupuesto o elemento o este se encuentra afectado por un vicio, el negocio jurídico no puede producir los efectos queridos por las partes y es sancionado por el ordenamiento jurídico con la invalidez. Este supuesto es

llamado ineficacia estructural u originaria, es también conocido como invalidez del negocio jurídico. La misma que es manifestada a través de dos figuras jurídicas: La nulidad y la anulabilidad. Podemos decir entonces que este negocio jurídico es inválido e ineficaz estructuralmente.

En el caso en el que el negocio jurídico haya sido constituido correctamente pero por una causa extrínseca a su formación, tenga un defecto de eficacia advertido al momento de la celebración del negocio jurídico o sobreviniente a este, tampoco puede producir los efectos queridos por las partes. No obstante sigue teniendo la calidad de negocio jurídico válido pero este es ineficaz funcionalmente. La ineficacia funcional comprende categorías jurídicas como la rescisión, resolución, e inoponibilidad también conocidos como remedios contractuales.

Ahora bien, pasaremos a desarrollar detalladamente cada supuesto de ineficacia así como las figuras jurídicas que estas involucran.

### **2.3.1.2. Eficacia del negocio jurídico**

Para hablar de ineficacia y sus supuestos, consideramos previamente necesario determinar conceptualmente la eficacia del negocio jurídico, al respecto Torres (2015) precisa que por la cualidad de la eficacia el acto jurídico es capaz de producir los efectos jurídicos que le son propios conforme a su naturaleza jurídica consistentes en derechos y obligaciones recíprocas entre las partes contratantes (pág. 929).

Queda claro entonces que la eficacia, es la cualidad que permite que el negocio jurídico produzca sus efectos y está estrechamente ligada al principio



de legalidad, debiendo cumplir las partes otorgantes con todos los requisitos, presupuestos y elementos esenciales exigidos por ley para obtener la protección del ordenamiento jurídico a través de la validez del negocio jurídico, habilitando a este, para poder producir efectos jurídicos consistentes en derechos y obligaciones, y así conseguir la finalidad perseguida por las partes.

Es decir las partes contratantes pueden ejercer en mérito al derecho potestativo de la autonomía privada de la libertad, la potestad de utilizar la figura del negocio jurídico para satisfacer sus intereses y necesidades, sin aparente limitación, siempre y cuando persiga un fin lícito es decir no contravenga el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres y esta autorregulación de intereses cumpla los requisitos, presupuestos y elementos establecidos por la norma, tanto en la celebración del negocio jurídico como en el posterior desarrollo de la prestaciones recíprocas. Dicho de otra manera para que un negocio jurídico produzca efectos jurídicos, debe realizarse en cumplimiento de las disposiciones normativas en cuyo caso el Derecho otorgara su reconocimiento.

Con relación a los efectos jurídicos producidos, se pueden identificar dos categorías: la primera conformada por el grupo de efectos jurídicos producidos conforme a la autorregulación de intereses de las partes que persiguen una finalidad concreta que es reconocida por el ordenamiento jurídico y la segunda categoría conformada por los efectos jurídicos determinados por ley de conformidad con la naturaleza del tipo contractual y su función jurídico-económica (Diez-Picazo citado por Torres, 2015, pág. 929).



Los efectos jurídicos derivados de la voluntad de las partes por el ejercicio de la autonomía privada también son considerados legales una vez que son reconocidos por el ordenamiento jurídico, es pues en mérito de este reconocimiento que el negocio jurídico es eficaz, a diferencia de los efectos jurídicos producidos exclusivamente por mandato de la ley (Flume citado por Torres, 2015, pág. 930).

Asimismo podemos decir que por regla general en mérito del principio de relatividad, los efectos que produce un negocio jurídico son aplicables únicamente para las partes, así lo establece el artículo 1363° del Código Civil que señala: *Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.*

Sin embargo existen excepciones a este principio, como hemos podido observar al hablar del negocio simulado, específicamente de la acción de nulidad por simulación (artículo 193°) en el cual se establece que el tercero perjudicado puede interponer la acción de nulidad. De igual forma está enmarcado en esta excepción el titular que adquiere de buena fe del adquirente aparente, siendo este titular que adquiere a título oneroso y de buena fe, el tercero que ha adquirido derechos y en cuya persona han recaído los efectos jurídicos del negocio simulado.

### **2.3.1.3. Ineficacia del negocio jurídico**

La categoría de ineficacia está referida a la imposibilidad del negocio jurídico de producir sus efectos jurídicos de forma total o parcial ya sea desde



su celebración o sobreviniente a esta en cuyo caso dejara de producir los efectos que venía produciendo. La ineficacia también se puede determinar cuando los efectos que despliega el acto jurídico no son aplicables a determinadas personas (Torres, 2015, pag. 934).

Algunos ejemplos de la reglamentación normativa de la ineficacia en el Código Civil son la ineficacia frente a las partes y a terceros como consecuencia de la nulidad establecida en el artículo 219° por su carácter *erga omnes*, la ineficacia respecto a ciertas personas también conocida como inoponibilidad como en el caso del artículo 195° que reglamenta la acción pauliana por la cual el acreedor puede solicitar que se declaren ineficaces frente a él los actos de disposición del deudor orientados a la disminución de su patrimonio con la finalidad de evadir su obligación (Torres, 2015, pag. 934).

Con relación a las causas de la ineficacia, Taboada (2016) precisa que de manera general esta se origina por el incumplimiento de un requisito legal, esta inobservancia de un requisito se puede presentar al momento de la celebración del negocio jurídico o de forma sobreviniente a este, ocasionando la falta de producción de efectos jurídicos desde su nacimiento o el cese de los que se venían produciendo, la otra causa de ineficacia radica en la voluntad común de las partes contratantes quienes pueden disponer el cese de los efectos jurídicos que el negocio venía produciendo por resolución voluntaria (pág. 358).

Frente al incumplimiento de un requisito exigido por ley, el ordenamiento jurídico luego de calificar el negocio jurídico le niega reconocimiento por lo que aplica la sanción de ineficacia considerando que este



negocio no debe producir efectos jurídicos o debe producirse el cese de los efectos jurídicos que venía produciendo (Taboada, 2002).

Es así que si tomamos en cuenta la definición de eficacia del negocio jurídico, podemos señalar que la autorregulación de intereses era reconocida por el ordenamiento jurídico por haber observado todos los requisitos exigidos por la misma, y solo en mérito de este reconocimiento podía producir efectos jurídicos consistentes en derechos y obligaciones. Pues bien en el supuesto de ineficacia pasa exactamente lo contrario, al haber inobservado algún requisito, presupuesto o elemento, exigido por la norma, ya sea en su celebración o sobreviniente a esta, el ordenamiento jurídico luego de la valoración de este hecho, decide imponer una sanción quitándole al negocio jurídico la posibilidad de producir efectos ya sea desde su nacimiento o que habiéndose producido deje de hacerlo.

La doctrina en forma mayoritaria, ha determinado que las razones de ineficacia de un negocio jurídico son dos:

- 1) Podemos hablar de un negocio jurídico ineficaz cuando adolece de nulidad o anulabilidad agrupadas en la categoría jurídica de ineficacia estructural u originaria también conocida como invalidez del negocio jurídico.
- 2) También podemos considerar a un negocio jurídico ineficaz cuando no obstante no tiene ningún defecto en su conformación por lo que goza de validez, no cumple con algún requisito de eficacia al momento de la celebración del negocio jurídico o por circunstancias sobrevinientes, comprendido en la categoría de ineficacia funcional o extrínseca teniendo como principales



supuestos o también llamados remedios: rescisión, resolución y oponibilidad.

### 2.3.2. Ineficacia estructural del negocio jurídico

En referencia a la ineficacia estructural, se deben tener en cuenta dos aspectos: el primero, que este tipo de ineficacia es originado en el momento de la conformación del negocio jurídico es decir en el momento de su estructuración o nacimiento, y el segundo, que esta sanción es aplicable cuando no se ha cumplido con los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la validez del negocio jurídico. En relación a este último punto debemos prestar especial atención al hecho de que estas exigencias son establecidas por ley, no pudiendo ser determinadas por las partes, conforme al principio de legalidad.

La ineficacia estructural también llamada originaria, intrínseca o invalidez, afecta al negocio jurídico desde su nacimiento (*ab origine*) impidiendo que despliegue con normalidad los efectos jurídicos que le corresponden. La ausencia en la conformación del negocio de un elemento, presupuesto, requisito o la presencia de un vicio que los afecte trae como consecuencia la imposición de esta sanción por parte del ordenamiento jurídico (Castillo, 2015, pag. 114).

Adicionalmente debemos señalar que en la doctrina y legislación nacional no se ha establecido una diferenciación conceptual entre las categorías jurídicas de invalidez e ineficacia estructural, siendo usadas indistintamente, sin embargo el autor italiano Roppo (2009) nos dice:



*La invalidez designa una calidad del contrato, en cuanto expuesto a remedios contractuales (como la nulidad y la anulación). Se toma así la fundamental conexión funcional entre invalidez e ineficacia: la invalidez apunta a la ineficacia del contrato y tiene como consecuencia la ineficacia del contrato, porque es a través de la ineficacia que la invalidez puede desarrollar su función remedial. (Pag.676)*

De lo señalado podemos concluir que para un mejor entendimiento podríamos conceptualizar a la invalidez como la categoría jurídica y a la ineficacia como el mecanismo instrumental que a través de los remedios contractuales de nulidad y anulabilidad, conseguirá la no producción de efectos del negocio jurídico. Reiteramos que los llamados remedios contractuales por el autor italiano Roppo son sanciones interpuestas por el ordenamiento jurídico no pudiendo ser pactadas por las partes en ningún caso.

### **2.3.3. La invalidez del negocio jurídico**

Como ya hemos señalado antes la invalidez es también conocida como ineficacia estructural u originaria, y precisamente en relación a sus acepciones es que a nivel doctrinario a lo largo del tiempo se han generado distorsiones, en suma debemos decir que la ineficacia negocial es la categoría jurídica más amplia, dentro de las cuales se encuentran la ineficacia estructural o invalidez y la ineficacia en sentido estricto o funcional.

Morales (2010) señala que la invalidez y la ineficacia en sentido estricto son categorías que no deben confundirse, la invalidez es originada por un defecto intrínseco mientras que la ineficacia en sentido estricto responde a una



causa extrínseca. Aun cuando ambas deriven de la autonomía privada, tienen diferencias marcadas, en el caso de la invalidez la sanción interpuesta por el ordenamiento jurídico deriva de la divergencia entre lo dispuesto por las partes en el ejercicio de la autonomía privada como valor y lo establecido por el ordenamiento jurídico a su vez como valor, originando un desvalor de lo ejercido en merito a la autonomía privada, en cambio la ineficacia entendida como la sanción por la cual el negocio jurídico se encuentra imposibilitado de producir efectos jurídicos, es determinada por causas ajenas a su estructuración, es decir por causas no valorativas como por ejemplo la ausencia de legitimidad de contratar, la falta de realización de la condición o la ausencia de la inscripción. De forma general corresponde afirmar que un negocio jurídico invalido es también ineficaz sin embargo esta regla tiene excepciones (pag. 160).

De todo lo señalado por el autor, podemos decir que en el supuesto de invalidez del negocio jurídico, la ley sanciona la ausencia de requisitos, presupuestos y elementos exigidos desde un punto de vista estructural, es decir cuando el reglamento de intereses presentado por las partes desde el punto de vista de su conformación no encaja con la estructura organizacional establecida por ley, el ordenamiento jurídico después de someterlo a un juicio valorativo, al no poder reconocerlo, lo declara invalido, a diferencia del caso de ineficacia en sentido estricto en el cual si bien el negocio jurídico cuenta con el reconocimiento del ordenamiento jurídico y por ende con la calificación de valido, este no produce efectos por una circunstancia extraña a su constitución.



En ese entender pareciera que todo negocio jurídico válido es eficaz, al tener la valoración positiva del ordenamiento jurídico y como consecuencia la posibilidad de producir los efectos jurídicos que respondan a la reglamentación de intereses de las partes y los dispuestos por ley, este es el supuesto común regulado por el ordenamiento jurídico, sin embargo no siempre es así.

Tal y como se ha hecho referencia anteriormente, un negocio jurídico es válido cuando ha sido concebido respetando los requisitos, presupuestos y elementos exigidos por ley, sin embargo este negocio jurídico aún puede adolecer de ineficacia es decir de la imposibilidad de producir efectos, en este supuesto la ineficacia funcional puede responder a la voluntad de la ley, o de las partes, en este último supuesto podemos poner como ejemplo el negocio simulado que es ineficaz entre las partes por voluntad de estas, cuando A y B pactan una venta simulada para crear la apariencia de que B es solvente económicamente y así poder obtener una visa para viajar al extranjero, en el acuerdo simulatorio se ha pactado por voluntad común de las partes que el negocio simulado no produzca efectos entre ellas, es decir pese a la apariencia, la propiedad sigue siendo de A, y B no ha tenido que cancelar el precio de venta, por tanto pese a haber sido constituido correctamente conforme a los requisitos establecidos por ley y por tanto ser un negocio jurídico válido, este no produce efectos.

Así también un negocio jurídico inválido puede ser eficaz, por ejemplo el matrimonio de dos personas en el que una de las partes fue obligada haciendo uso de violencia o intimidación produce sus efectos pese a que la manifestación de voluntad de una de ellas fue viciada, en cuanto no se declare su nulidad o la



acción de anulabilidad haya prescrito.

La jurisprudencia nacional ha señalado:

*SEGUNDO.- Antes de dilucidar las infracciones denunciadas en el presente recurso de casación debemos tener en cuenta que conforme lo prevé el artículo 140 del Código Civil el acto jurídico o negocio jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas requiriéndose para su validez la concurrencia de elementos, requisitos y presupuestos tales como el agente capaz, el objeto sea físicamente y jurídicamente posible, tenga un fin lícito y se observe la forma prescrita en la norma o ley bajo sanción de nulidad o dicho de otra manera el acto o negocio jurídico son supuestos de hecho conformados por una o más manifestaciones de voluntad emitidas por los sujetos con el propósito de alcanzar un resultado práctico el cual tutelado por el ordenamiento jurídico se convierte en un resultado jurídico, que consistirá en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas estando conformada en general la estructura del negocio jurídico de la siguiente manera: a) Los que son los componentes indispensables para que los sujetos celebren el acto jurídico y que son comunes a todo acto jurídico: La manifestación de voluntad y La causa; b) los presupuestos que se definen como los antecedentes o términos de referencia, es decir todo aquello que es necesario para la celebración del acto y son: El objeto y El sujeto; y c) los requisitos que son todas aquellas condiciones que deben cumplir tanto los elementos como los presupuestos para que el acto jurídico se considere formado*



*válidamente y por tanto pueda producir efectos jurídicos los cuales vienen a ser: la Capacidad, la Licitud, la Posibilidad Física y Jurídica del Objeto, la determinación de especie y cantidad y además que la voluntad haya estado sometida a un proceso normal de formación sin vicios de tal modo que **la ausencia de alguno de los elementos estructurales del acto o negocio jurídico acorde a lo previsto por los artículos 219 y 221 del Código Civil acarrea la invalidez del mismo por nulidad o anulabilidad.** (Casación N° 2309-2017 Del Santa)*

Las dos categorías jurídicas por medio de las cuales se manifiesta la ineficacia estructural o invalidez son la nulidad y anulabilidad. Al respecto Torres (2015) señala sus principales características:

- a) Ambas son categorías jurídicas de la ineficacia estructural u originaria también conocida como invalidez del acto jurídico.
- b) Las causales de nulidad y anulabilidad siempre son coetáneas a la celebración del acto jurídico no pudiendo ser sobrevinientes al mismo.
- c) Las causales de nulidad y anulabilidad son exclusivamente determinadas por ley en atención al principio de legalidad no pudiendo ser establecidas por acuerdo de partes (pág. 955).

Por su parte Taboada (2016) refiere que el acto jurídico será declarado nulo frente a la ausencia de un elemento, presupuesto o requisito establecido por ley o cuando su contenido transgreda lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres, a diferencia de lo que sucede con la anulabilidad, la misma que opera ante la presencia de un vicio en la



conformación del acto (pág. 370).

En la doctrina se considera a la nulidad como la sanción más grave y drástica de todas ya que determina que el negocio jurídico ha nacido muerto y que no podrá producir ningún efecto jurídico.

Scognamiglio (2004) indica que por medio de la sanción de nulidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la auto reglamentación de las partes contratantes para satisfacer sus intereses se encuentra desprovista de valor, siendo este acto incapaz de producir los efectos jurídicos propios como consecuencia de la inobservancia de un elemento, presupuesto o requisito establecido por ley (pag.232).

La anulabilidad por otro lado es una sanción menos grave puesto que los negocios jurídicos anulables producen sus efectos hasta que sean declarado nulos a petición de la parte interesada, además estos últimos pueden ser convalidados como veremos más adelante.

En las categorías jurídicas de nulidad y anulabilidad se presentan dos tipos de causales: las genéricas y las específicas. Las causales genéricas de nulidad son aplicables a todos los negocios jurídicos sin excepción y son las establecidas en el artículo 219° del Código Civil, en cuanto a las causales específicas de nulidad están no se encuentran determinadas de forma limitada (*numerus clausus*) como en el caso de las genéricas, existen dos tipos de causales específicas: las nulidades expresas o textuales que se encuentran establecidas por una norma de manera concreta, y las nulidades virtuales o tacitas que son deducidas de la interpretación del contenido del negocio jurídico

por contravenir lo dispuesto por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En el caso de la anulabilidad, las causales genéricas son las establecidas en el artículo 221° y las causales específicas son únicamente de tipo expreso o textual no pudiendo ser en ningún caso deducidas o interpretadas (Taboada, 2016, pag. 373).

### **2.3.3.1. Diferencias entre nulidad y anulabilidad**

Consideramos importante y de manera preliminar al desarrollo de ambas figuras jurídicas, señalar algunas diferencias:

- Se sanciona con nulidad al negocio jurídico que en su conformación, advierte la ausencia de un elemento, presupuesto o requisito de validez, o cuando su contenido sea contrario al ordenamiento jurídico, orden público y buenas costumbres, a diferencia de la anulabilidad que es aplicable cuando el negocio jurídico a pesar de cumplir con los componentes del negocio jurídico, tiene un vicio en su formación.

Taboada (2016) refiere que una de las diferencias fundamentales entre las causales de nulidad y anulabilidad es el interés que estas tutelan, así las causales de nulidad se establecen con el propósito de tutelar el interés público mientras que las causales de anulabilidad se fundan en la tutela del interés privado (pág. 374).

Esta diferencia como podremos ver más adelante explicara la diferencia normativa en cuanto al titular de la acción de nulidad y de anulabilidad, así como los plazos de prescripción.





Así el artículo 220° del Código Civil, señala: *La nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.*

Podemos señalar entonces que la nulidad al ser declarada de pleno derecho no requiere un pronunciamiento judicial, y en todo caso la sentencia tendrá carácter únicamente declarativo, este tratamiento normativo responde a la función de la tutela del interés público. A diferencia de la anulabilidad conforme a lo establecido por el artículo 222° que dispone:

*El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.*

Claramente del enunciado podemos advertir que la sentencia que lo declare tiene carácter constitutivo, circunstancia establecida en razón de que en el caso de la sanción de anulabilidad reviste una naturaleza menos radical por la que los negocios jurídicos producen sus efectos hasta que se declare judicialmente su nulidad, lo que no sucede con negocios jurídicos nulos que no producen ningún efecto desde su conformación. En cuanto al titular de la acción de anulabilidad dicho dispositivo normativo señala que será únicamente por la parte perjudicada, la misma que celebó el negocio jurídico viciado, disposición originada en el interés privado que tutela la anulabilidad.

- En cuanto a la segunda parte de lo dispuesto en el artículo 220° que señala: *“La nulidad no puede subsanarse por la confirmación”*. Reiteramos que conforme lo indica la doctrina en el supuesto de nulidad los negocios



jurídicos nacen muertos es decir no producen efectos jurídicos en ningún momento desde su conformación o concepción, razón por la cual resulta evidente que la figura jurídica de la confirmación no tendría cabida, a diferencia de lo que sucede con la anulabilidad, en la que los negocios producen los efectos jurídicos correspondientes hasta que se declare judicialmente su nulidad. Por tanto en el instante en el que se advierte que estos adolecen de un vicio en su conformación, la parte afectada puede convalidar el negocio jurídico a través de la confirmación, de esta manera el negocio seguirá produciendo sus efectos jurídicos de manera normal, habiéndose subsanado el vicio que lo afectaba.

- Con referencia a los plazos de prescripción, tenemos que la acción de nulidad prescribe a los diez años y la de anulabilidad a los dos años. En este punto Taboada (2016) precisa que una de las características de los negocios jurídicos nulos es que estos no pueden ser confirmados o convalidados bajo ninguna circunstancia por lo que la prescripción de la acción de nulidad no implica su convalidación por transcurso del tiempo (pág. 376).

Al respecto consideramos relevante señalar que un sector de la doctrina apoya la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, de igual forma en la legislación comparada tenemos al Código Civil Español y al Código Italiano, que señalan que la acción de nulidad no prescribe. En nuestra opinión este criterio es acertado en defensa de los intereses públicos que tutela este supuesto.

Ahora bien, no pasa lo mismo con la anulabilidad, puesto que en este supuesto, el negocio produce sus efectos jurídicos hasta que la parte afectada no



accione su derecho ante el órgano jurisdiccional y este no declare la nulidad del negocio jurídico, entonces si la parte afectada no ha interpuesto la acción de anulabilidad y el plazo de prescripción ha transcurrido ya no existe la circunstancia por la cual el negocio jurídico anulable podría perder su eficacia, por lo que este se encuentra tácitamente confirmado.

- Finalmente debemos hacer referencia a que las causales de anulabilidad son únicamente expresas es decir las establecidas en la norma, a diferencia del supuesto de nulidad, en cuyo caso las causales pueden ser de dos tipos, las establecidas por la norma y las que se infieren del contenido del negocio jurídico cuando contraviene el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres, a esta clase de nulidad en doctrina se le llama también nulidad tacita o virtual.

### **2.3.3.2. La nulidad**

Bianca (2011) señala que la nulidad constituye la forma más drástica por la cual la norma valora de manera negativa el contrato determinando su invalidez negocial cuando: i) El contrato presenta un defecto o ausencia de tipo originario en su constitución. ii) El contrato resulta dañino para la sociedad por su contravención contra el orden jurídico es decir cuando este es ilícito (Pág. 632).

El acto será declarado nulo como consecuencia de la ausencia de un elemento, presupuesto o requisito exigido por ley en su conformación o si es que de su contenido se puede determinar su ilicitud por transgredir lo dispuesto en las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (Quinto



Pleno Casatorio Civil, 2013, pag. 47).

Besa citado por Núñez (2014), refiere que el ordenamiento jurídico dispone no reconocer el negocio jurídico carente de un requisito de tipo estructural al existir discordancia entre el esquema establecido por la ley y el reglamento de intereses presentado por las partes. Esta falta de reconocimiento tiene como consecuencia directa la invalidez del negocio jurídico y el desconocimiento de sus efectos jurídicos (pág. 549).

De manera concluyente Castillo (2015) señala que la ausencia de un elemento o presupuesto en la estructura del negocio jurídico determina una patología en él, adicionalmente se determina su nulidad por incumplimiento de lo requerido por el ordenamiento jurídico para su validez, circunstancias que lo convierten en un negocio jurídico inhabilitado para generar efectos jurídicos y como consecuencia incapaz de crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicas convenientes para sus intereses (pág. 120-121).

De lo señalado por los autores podemos concluir que la nulidad es un supuesto de ineficacia estructural u originaria del negocio jurídico, que por su naturaleza jurídica constituye una sanción legal severa mediante la cual el ordenamiento jurídico luego de un proceso de valoración no le otorga reconocimiento a la autorregulación de intereses de las partes, por haber inobservado algún componente exigido por ley para su validez en su conformación o ser contrario a las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres, por tanto el negocio jurídico se encuentra desprovisto de la cualidad de validez y eficacia, es decir de la posibilidad de producir sus efectos



jurídicos, considerándose para efectos legales como un negocio que nació muerto.

Algunos elementos característicos de la nulidad son:

- La sanción de nulidad es aplicada por ausencia de los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley en el momento de su conformación o nacimiento, o por tener un contenido contrario al ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres, por tanto se considera que la nulidad opera de pleno derecho también conocida como *ipso iure* o automática, no necesitando una sentencia judicial que declare la inoperatividad del negocio jurídico y sus efectos, por lo que la sentencia obtenida con la acción de nulidad es meramente declarativa. No obstante en la práctica resulta preferible y útil la sentencia judicial de nulidad con la finalidad de proteger a los terceros frente a la apariencia de un negocio jurídico válido.
- Otra característica que tiene conexión con la primera es que el negocio nulo no puede ser convalidado, esta circunstancia tiene su explicación en que con esta sanción el ordenamiento jurídico determina que el negocio jurídico ha nacido muerto, por tanto resultaría incongruente el intento de convalidación a través de la confirmación para que pueda producir efectos un negocio jurídico que desde su conformación se declaró inválido.
- Asimismo como ya lo habíamos señalado precedentemente, la acción de nulidad prescribe a los diez años, sin embargo el hecho de que haya transcurrido este plazo, no convalida al negocio jurídico nulo. En otras legislaciones se reviste a la acción de nulidad de imprescriptibilidad,

sin embargo, en la doctrina se señala que la protección que brinda el ordenamiento jurídico nacional vigente, se traduce en que si habiendo transcurrido el plazo de prescripción, una de las partes del contrato exige el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico que adolece de una causal de nulidad, la parte afectada pueda interponer la nulidad esta vez como excepción.

- Finalmente podemos decir que en función de los intereses, la nulidad protege los intereses públicos, por tanto la acción de nulidad puede ser interpuesta por quienes tengan interés, el Ministerio Público e incluso puede ser declarada de oficio por el juez cuando sea manifiesta.

#### **2.3.3.2.1. Causales de nulidad**

El Código Civil vigente no ha establecido una definición de la categoría jurídica de la nulidad, por lo que su tratamiento normativo se concentra en las causales de nulidad, que veremos a continuación:

Conforme a lo establecido por el artículo 219° del Código Civil

*El acto jurídico es nulo:*

*1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*

*2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358°. (\*)*

(\*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

*3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea*



*indeterminable.*

*4.- Cuando su fin sea ilícito.*

*5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.*

*6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*

*7.- Cuando la ley lo declara nulo.*

*8.- En el caso del Artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.*

#### **a. Falta de manifestación de voluntad del agente**

Esta causal está referida a la ausencia tanto de la declaración de voluntad como de todos los indicios y signos antes, durante y después de la celebración del negocio jurídico, que creen la certeza de que el sujeto de derecho realmente quiere suscribir ese negocio, en este punto el ordenamiento jurídico exige una **voluntad verdadera** que supone la convergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, así recordemos lo desarrollado en el tema de la voluntad en el subcapítulo I, cuando señalamos que la voluntad tiene 3 aspectos que unidos hacen posible la declaración de voluntad, y son:

La voluntad declarada, que constituye propiamente el contenido de la declaración de voluntad y que es lo expresado a través de la conducta declaratoria, (por ejemplo, quiero comprar, quiero alquilar, quiero donar); la voluntad de declarar, compuesta a su vez por dos voluntades:



a) **La voluntad del acto externo**, que es la voluntad de utilizar el mecanismo instrumental a través del cual manifestara la voluntad declarada (por ejemplo, quiero hablar, quiero escribir, quiero firmar la escritura pública).

b) **El conocimiento del valor declaratorio de la conducta**, esto es, el conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando una voluntad (por ejemplo cuando firme la escritura pública estaré prestando mi consentimiento para hacer posible la venta).

Así entonces, podemos advertir que el supuesto de declaración hecha en broma, evidencia una ausencia del conocimiento del valor declaratorio de la conducta por lo que debe ser sancionada con la nulidad del negocio jurídico.

Asimismo el supuesto de incapacidad natural, que surge cuando el sujeto de derecho no tiene discernimiento, es decir no tiene conciencia del significado de una específica declaración de voluntad y si es que tiene la intención de realizarla, por tanto se evidencia la ausencia de la voluntad declarada y del conocimiento del valor declaratorio de la conducta, y en consecuencia también le corresponde la sanción de nulidad.

#### **b. Objeto física o jurídicamente imposible**

Consideramos que el Código Civil al regular el objeto del negocio jurídico, se está refiriendo a la prestación puesto que al ser una conducta, es la única que puede ser valorada y calificada, de otra forma si es que el ordenamiento jurídico se estaría refiriendo al objeto del negocio jurídico como la cosa, no podríamos calificarlo de lícito o ilícito, siendo el comportamiento la única acción susceptible de valoración por el ordenamiento jurídico. Debemos





tener presente que aunque el Código no mencione la ilicitud del objeto como causal de nulidad, consideramos que cuando se refiere a la imposibilidad jurídica nos habla de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres.

Así también lo establece la jurisprudencia nacional:

*Que en el caso concreto, tenemos a un heredero de una cuota ideal (no determinada), que ha dispuesto o vendido no solo su cuota sino además la totalidad de las cuotas ideales de sus coherederos, de las cuales no era propietario, siendo este un objeto del cual jurídicamente no podía disponer, por no ser titular del mismo y por impedimento establecido en la ley, específicamente en el artículo 971, inciso 1) del Código Civil, razón por la cual asiste el derecho a la demandante y coheredera perjudicada para solicitar la nulidad del acto jurídico de compraventa por imposibilidad jurídica del objeto. (Casación N° 4410-2006-La Libertad)*

Constituye un requisito fundamental para la validez del acto jurídico que el objeto sea física, jurídicamente posible y determinable, estas exigencias hacen referencia a las prestaciones por lo que el objeto del acto jurídico al cual se refiere el Código Civil no debe ser entendido como la cosa sino en su lugar como el comportamiento a realizar de una de las partes en favor de la otra consistente en la transmisión de un derecho real o la ejecución de un hecho personal del deudor (Taboada, 2016, pag. 392)



Podemos concluir que el ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad del negocio jurídico, el objeto, entendido como la prestación derivada del mismo, que es imposible, referida a su imposibilidad física es decir a su inexistencia o imposibilidad cierta de existir; ilícito, referida a la imposibilidad jurídica, indeterminado o indeterminable, cuando el objeto no puede ser individualizado, ni tampoco cuenta con los criterios que permitan su individualización futura.

### c. Fin ilícito

Frente al cuestionamiento de cuál debería ser la forma correcta de interpretar esta causal de nulidad, en vista de todas las teorías referentes a la causa, podemos citar a Morales (2010) quien nos dice: *“Asimismo al definir el interés expresamos que es la necesidad de un bien. El fin es la necesidad. La necesidad del acto de autonomía privada es la función económico individual”* (pág. 182).

Esta causal por la que se declara la nulidad del negocio jurídico, está referida a la causa particular o subjetiva de las partes es decir al motivo concreto que persiguen con la celebración del negocio, que al contravenir lo dispuesto por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres luego de la calificación realizada por el ordenamiento jurídico es considerada como un fin ilícito, causa suficiente para determinar la invalidez del negocio (Taboada, 2016, pag. 397).

La Corte Suprema ha determinado:

*Es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas o jus*



*cogens, especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal; para determinar si se produce ese fin será necesario examinar la causa del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan y su objeto. (Casación N° 1201-2002 Moquegua)*

De todo lo señalado podemos concluir que la causal de nulidad establecida en el artículo 219° inciso 4 está referida a la causa subjetiva, dicho de otro modo al motivo concreto de las partes para la celebración del negocio jurídico, el cual no debe transgredir el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres.

#### **d. Simulación absoluta**

Según el artículo 219° inciso 5, *el acto jurídico será nulo cuando adolezca de simulación absoluta*. Si interpretamos esta disposición normativa conjuntamente con lo señalado en el artículo 190° que expresa: *Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo*. Se puede concluir que para el legislador en el supuesto de simulación absoluta hay una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, mas propiamente se puede afirmar que de conformidad con el dispositivo legal en la simulación absoluta existe una declaración de voluntad sin contenido es decir sin el elemento volitivo.

Taboada (2016) amplía esta afirmación considerando que resulta adecuado aplicar la sanción de nulidad de manera uniforme al acto jurídico simulado en el supuesto de simulación absoluta y de simulación relativa en razón de que en ambos casos se encuentra ausente la voluntad verdadera de las



partes contratantes (pág. 398).

No compartimos este criterio, como ya lo hemos señalado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, puesto que consideramos que tal discrepancia entre la voluntad interna y externa o la ausencia de la voluntad interna como señala el legislador no existe en realidad. En su lugar podemos afirmar que son dos voluntades declaradas y manifestadas a través de dos mecanismos y las mismas son expresadas de manera simultánea y su divergencia no está referida al fuero interno y a su declaración en la esfera jurídica de cada parte contratante, sino a las dos voluntades declaradas en el ámbito contractual, que obedecen a la naturaleza misma del negocio simulado. En otras palabras es correcto señalar que la voluntad aparente encuentra su manifestación en el negocio jurídico aparente mientras que la voluntad real encuentra su manifestación en el acuerdo simulatorio y funciona de esta manera de acuerdo a lo previsto por ley, por lo que no encontramos la razón para sancionar al negocio simulado con la nulidad bajo el fundamento de divergencia consciente de voluntades. Reiteramos que este contrato resulta ineficaz entre las partes por voluntad común y decisión de las mismas.

En el acuerdo simulatorio, elemento constituyente de todos los supuestos de simulación del negocio jurídico, se encuentran presentes dos tipos de declaraciones, la declaración del negocio aparente y la declaración impeditiva por la cual se produce la ineficacia del negocio simulado o aparente entre las partes, por tanto no resulta cierta la afirmación de la ausencia de voluntad interna de los contratantes, sino más al contrario existen dos declaraciones concordantes con las voluntades internas que corresponden a dos dimensiones del negocio jurídico



simulado reglamentadas a través del acuerdo simulatorio que tiene naturaleza negocial (Ferri citado por Morales, 2006, pag. 10-11).

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que defiende la nulidad del negocio simulado, basado en el fundamento de que este persigue un fin ilícito. Criterio que no compartimos, considerando en su lugar que el negocio simulado será lícito o ilícito atendiendo a los fines subjetivos de las partes contratantes, si deviene en ilícito deberá ser sancionado con la nulidad como cualquier otro negocio jurídico. Es pertinente recordar que el negocio simulado obedeciendo a su naturaleza, persigue como interés crear una apariencia ante terceros que no corresponde a la realidad, sin embargo esta finalidad no involucra necesariamente al fraude, por tanto si es posible acoger la figura jurídica de negocio simulado lícito.

Al respecto, Bianca citado por Morales (2006) considera como elemento característico de la simulación, la creación de una apariencia negocial ante terceros que no corresponde con la realidad contractual, por tanto el engaño o fraude no debe considerarse como un requisito para la configuración de la simulación, puesto que la creación de un negocio aparente no implica el daño o afectación a terceros (pág. 14).

Por todo lo señalado, se puede concluir que el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa no debe ser sancionado con la nulidad por no haber incurrido en un defecto o ausencia estructural del negocio jurídico, en su lugar consideramos que corresponde aplicar la ineficacia funcional a este supuesto en razón de que

la no producción de efectos entre las partes tiene como única fuente al acuerdo de voluntades entre las partes simulantes, el mismo que es declarado en el acuerdo simulatorio que tiene naturaleza negocial.

**e. Ausencia de formalidad prescrita por ley**

Debemos tener presente que la forma es el mecanismo instrumental de exteriorización de la voluntad, la misma que normalmente es adoptada de común acuerdo por las partes, llamada forma convencional, sin embargo algunos negocios jurídicos deben revestir una forma especial establecida por ley, bajo sanción de nulidad.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 219° inciso 6: *El acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad*, en doctrina esta forma es conocida como *ad solemnitatem* que generalmente es impuesta en negocios jurídicos de carácter patrimonial a título gratuito como la donación que debe ser otorgada mediante escritura pública o el testamento con formalidades expresas determinadas en el artículo 696°.

Lo dispuesto en el artículo 219° inciso 7, se refiere a las nulidades expresas las mismas que son determinadas por ley como por ejemplo las causales de nulidad del matrimonio establecidas en el artículo 274° a diferencia de lo establecido en la última causal de nulidad del artículo 219, esta señala que será nulo el negocio jurídico en el caso del artículo V del Título Preliminar, el mismo que determina: *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*. Este es el supuesto de nulidad virtual, que requiere una interpretación integral del negocio jurídico



para determinar su contravención al sistema jurídico en su conjunto.

Un ejemplo muy utilizado en la doctrina, esta referido a cuando una persona establece en su testamento que sus bienes serán otorgados en su totalidad a sus mascotas, como resulta obvio no existe una norma imperativa que prohíba este acto, sin embargo haciendo una interpretación del sistema jurídico podemos determinar que este acto de disposición es nulo puesto que los animales no obstante ser considerados integrantes de la familia no son sujetos de derechos patrimoniales.

#### **2.3.3.2.2. La acción de nulidad**

La acción de nulidad tiene como finalidad la sentencia judicial que declare el negocio jurídico como nulo, sin embargo debemos tener presente que la nulidad actúa *ipso iure*, por lo que se aplica la ineficacia de manera inmediata en cuanto se verifica que se ha incurrido en una causal de nulidad, teniendo como consecuencia inmediata la retroacción del estado de las cosas al momento de la celebración del negocio jurídico, por tanto la sentencia que declara la nulidad del negocio jurídico tendrá únicamente carácter declarativo.

Conforme a lo establecido por el artículo 220° del Código Civil están legitimados para interponer la acción de nulidad quienes tengan interés económico o moral, el mismo que deberá ser demostrado. Asimismo se encuentra legitimado el Ministerio Público y puede ser declarada también de oficio por el Juez.

Con relación a la legitimación del Ministerio Público, podemos señalar que se encargara de interponer la acción de nulidad de los casos que pueda



conocer en el ejercicio de sus funciones y a su vez cuando se haya vulnerado el orden público y las buenas costumbres.

En el caso del órgano jurisdiccional, podrá actuar en el ejercicio de sus funciones cuando conozca los hechos que determinen la nulidad cuando esta sea manifiesta, es decir la nulidad sea determinada de manera expresa y clara del contenido del negocio jurídico.

La acción de nulidad conforme lo establecido en el artículo 2001° inciso 1 prescribe a los 10 años. En este punto cabe señalar que uno de los efectos de la declaración de nulidad, es la restitución de las prestaciones recíprocas, por lo que si una de las partes ha cancelado el pago proveniente de la relación obligacional, puede interponer una acción de restitución de lo pagado indebidamente que conforme a lo señalado por el artículo 1274° prescribe a los cinco años de efectuado el pago.

Otros ordenamientos jurídicos como el italiano han adoptado la teoría de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad como se desprende del artículo 1422° del Código Civil Italiano: *La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición*, debemos señalar que esta circunstancia no confirma el negocio jurídico nulo de forma tácita, como sucede con los negocios jurídicos anulables.

El transcurso del plazo de prescripción de la acción de nulidad no convalida de ninguna forma el acto nulo, razón por la cual la excepción de nulidad se podrá ejercer a pesar del plazo transcurrido de 10 años (Morales,





2010, pag.188).

### 2.3.3.2.3. Efectos jurídicos del negocio jurídico nulo

Por definición y obedeciendo a su naturaleza jurídica el negocio jurídico que incurre en una causal de nulidad establecida en el artículo 219° es nulo de pleno derecho, es decir no produce efecto jurídico alguno y se retrotrae el estado de las cosas al momento de su celebración. Sin embargo el ordenamiento jurídico nos presenta algunas excepciones, donde a pesar de ser nulo el negocio jurídico produce efectos.

Torres (2015) cita los siguientes ejemplos:

- 1) *El contrato nulo produce efectos frente al tercero que de buena fe adquiere a título oneroso e inscribe su derecho (art. 2014).*
- 2) *El matrimonio invalidado produce los efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. (pag.1001-1002)*

Adicionalmente podemos señalar como ejemplo de este supuesto lo dispuesto con referencia a la inoponibilidad de la simulación en el artículo 194°: *“La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”*. Considerando la sanción de nulidad impuesta al negocio simulado conforme a lo establecido en el artículo 219° inciso 5 y en el artículo 193°.

### 2.3.3.3. La anulabilidad

La categoría jurídica de la anulabilidad, constituye un tipo de invalidez del negocio jurídico, constituida con la finalidad de tutelar el interés privado de las partes contratantes, específicamente el interés de la que se encuentra en situación de desventaja respecto de la otra parte contratante. El ordenamiento jurídico provee en favor de la parte que se encuentra en posición inferior la utilización de un remedio o mecanismo por el cual puede decidir continuar con el negocio jurídico o caso contrario solicitar judicialmente la ineficacia del mismo (Bianca, 2011, pág. 663).

Albaladejo citado por Núñez (2014) señala que a diferencia de lo que sucede con el negocio nulo que no produce efectos jurídicos desde su nacimiento, el negocio anulable es eficaz produciendo normalmente los efectos jurídicos que le son propios, sin embargo por haber sido celebrado con defectos en su estructura, mantiene una validez y eficacia provisional pudiendo ser declarado inválido y perder su eficacia si la parte afectada lo considera conveniente (pág. 564).

Existe una intensa discusión a nivel doctrinario con respecto a la anulabilidad, puesto que aun cuando existan defectos también llamados vicios, en la estructura del negocio jurídico, este hecho no determina su ineficacia, puesto que puede seguir produciendo efectos jurídicos mientras no se determine su invalidez, no obstante también existe la opción de la convalidación ejercida por la parte afectada (Castillo, 2015, pag. 126).



En suma podemos decir que en primer lugar constituye una categoría de invalidez del negocio jurídico, llamada también nulidad relativa en razón de que la sanción impuesta es menos grave que la de nulidad. Asimismo podemos afirmar que estamos frente al supuesto de anulabilidad cuando un negocio jurídico pese a haber sido conformado con todos los requisitos, presupuestos y elementos requeridos para su validez estos se encuentran afectados por un vicio o defecto en su formación.

Podemos decir también, que una característica fundamental de este remedio, es que protege los intereses particulares y actúa en defensa de la parte que ha visto afectada su manifestación de voluntad, razón por la cual la acción de anulabilidad solo puede ser interpuesta por las partes contratantes y entre estas la parte afectada.

A diferencia de la nulidad que actúa de pleno derecho, el negocio jurídico anulable produce sus efectos de manera temporal o provisional, con la amenaza de que la parte afectada con los vicios en su formación accione ante el órgano jurisdiccional pidiendo la nulidad del negocio jurídico, que retrotrae las cosas al momento de la celebración del negocio, hasta entonces este mantiene una eficacia provisional, por esta razón la sentencia judicial que declare anulable el negocio jurídico tiene carácter constitutivo.

Asimismo como se pudo advertir en el caso de la nulidad, nuestra legislación vigente regula dos clases: la nulidad expresa y la nulidad tácita o virtual. Sin embargo la anulabilidad solo obedece a las causales establecidas en el artículo 221° del Código Civil.



### 2.3.3.3.1. Causales de anulabilidad

El artículo 221° del Código Civil establece:

*El acto jurídico es anulable:*

*1.- Por incapacidad relativa del agente. (\*)*

(\*) Numeral modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

*1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.*

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

*3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*

*4.- Cuando la ley lo declara anulable*

Pasaremos a desarrollar cada una de las causales de anulabilidad del negocio jurídico, haciendo énfasis en los vicios de la voluntad, dado que a nivel doctrinario se ha encontrado similitudes entre las figuras de error obstativo y simulación. Asimismo desarrollaremos la causal referente a la simulación relativa para determinar los fundamentos de esta disposición normativa.

#### **a. Capacidad de ejercicio restringida**

Conforme a lo establecido en el artículo 44° tienen capacidad de ejercicio restringida:



1.- *Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*

2.- *Los retardados mentales. (\*)*

(\*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (\*)*

(\*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

4.- *Los pródigos.*

5.- *Los que incurren en mala gestión.*

6.- *Los ebrios habituales.*

7.- *Los toxicómanos.*

8.- *Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*

9.- *Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad. (\*)*

(\*) Numeral incorporado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

En este punto es relevante señalar que conforme a lo señalado por la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, las personas a las que se hace referencia en los numerales 6 y 7 del artículo referido para efecto de ejercitar su capacidad jurídica pueden contar con apoyos y salvaguardias siempre y cuando cuenten con el requisito de



discapacidad correspondiente (Tantalean, 2019).

#### **b. Vicios de la voluntad**

Teniendo como premisa que el artículo 140° exige para la validez del negocio jurídico la manifestación de voluntad, podemos decir que dicha declaración de voluntad debe ser realizada de manera libre y sin coerción alguna y sobretodo debe responder a la voluntad interna del sujeto, sin embargo cuando esta declaración de voluntad se encuentra afectada el negocio jurídico es sancionable con la anulabilidad. Ahora bien las figuras jurídicas por las cuales la voluntad es afectada son conocidas como vicios de la voluntad.

Conforme a lo establecido en el Código Civil los vicios de la voluntad son el error, el dolo, y la violencia o intimidación, los mismos que serán desarrollados a continuación.

Adicionalmente es importante señalar que la motivación para desarrollar este tema radica en que un sector de la doctrina ha incluido entre los supuestos de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada al negocio simulado, agrupándolo junto con la reserva mental, la declaración hecha en broma y el error obstativo. Postura que no compartimos dado que sostenemos que en el negocio simulado no existe divergencia entre la voluntad interna y la declarada, sin embargo consideramos que abordando el tema de los vicios de la voluntad podremos determinar la naturaleza jurídica del error obstativo y así identificar las diferencias entre esta figura jurídica y el negocio simulado.



### b.1. El error

La formación de la voluntad del sujeto basada en el error, definido como la falta de conocimiento o ignorancia de la realidad, ocasiona una afectación en la esfera jurídica del declarante errante quien no hubiese declarado su voluntad de haber tenido conocimiento de que incurría en error o al menos no en los mismos términos, si bien el error no elimina la voluntad si afecta el proceso de formación de voluntad manteniendo el querer del sujeto pero afectando el contenido y los términos del mismo (Torres, 2015, pag. 852).

Taboada (2016) refiere que el móvil determinante de la declaración de voluntad del sujeto es justamente la representación incorrecta o falsa de la realidad por lo que el error como vicio de la voluntad afecta directamente el proceso de formación de la voluntad (pág. 424).

Entonces es claro que estamos frente al error cuando la parte contratante construye la voluntad de suscribir un negocio jurídico con un contenido concreto, de acuerdo y en relación a una realidad falsa que no corresponde a la verdad, dicho de otra forma el error es el falso conocimiento de la realidad que influye en la voluntad de la parte contratante.

Sin embargo no toda clase de error tiene como consecuencia la sanción de anulabilidad del negocio jurídico, siendo así el artículo 201° del Código Civil peruano establece que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando *sea esencial y conocible por la otra parte*, criterios que serán desarrollados más adelante.



Ahora bien la doctrina distingue entre dos principales clases de errores que son el error de hecho y el de derecho.

Al respecto Torres (2015) señala:

*El error de hecho es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene sobre los elementos del acto jurídico o sus circunstancias externas.*

*El error de Derecho es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene del Derecho objetivo o del Derecho subjetivo. (pág. 856-857)*

El Código Civil Italiano regula el error de derecho en el artículo 1429° inciso 4 señalando: *El error es esencial cuando, tratándose de un error de derecho, haya sido la razón única o principal del contrato.*

En el mismo sentido el Código Civil peruano señala en el artículo 202° inciso 3: *El error es esencial: 3) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.*

Ante una norma jurídica imperativa no es posible alegar desconocimiento o ignorancia como un mecanismo de evasión de los efectos jurídicos que esta norma pueda producir en base al principio “*error iuris non excusat*”, ya que de esta manera se estaría dando un mal uso al remedio de la anulabilidad, por ejemplo si se suscribe un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el deudor no puede alegar que desconocía que la hipoteca iba a recaer sobre todo el inmueble, si es que no se estableció tal estipulación en el contenido del contrato, teniendo que sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1101° que regula la extensión de la hipoteca.





Sin embargo si sería posible solicitar la anulabilidad por error de derecho en una compraventa de un bien inmueble que es parte integrante del patrimonio cultural de la nación y por tanto no se puede realizar ninguna construcción, pudiendo el adquirente accionar pidiendo la anulabilidad del negocio jurídico por desconocer la situación jurídica del bien inmueble.

En el Código Civil vigente se encuentran regulados preponderantemente dos tipos de error, que son: el error vicio y el error obstativo:

#### **b.1.1. El error vicio**

El error vicio es el que afecta la formación de la voluntad, es decir sin la presencia de este error, de esta falsa representación mental de la realidad, no se hubiera otorgado el negocio jurídico o por lo menos de haberse otorgado tendría un contenido distinto.

Se encuentra regulado en el artículo 201° con el siguiente texto:

*El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.*

En ese mismo sentido el Código Civil Italiano en su artículo 1428° ha regulado:

*El error será causa de anulación del contrato cuando fuere esencial y conocible por el otro contratante.*

La doctrina lo define como la falsa representación de la realidad, bien sea por un conocimiento equivocado de la misma o por ignorancia, es decir por total ausencia de conocimiento de ella. Taboada (2016) explica algunos tipos de errores esenciales en el Código Civil, los mismos que pueden ser de hecho o de



derecho, los errores de hecho pueden ser: los que versan sobre la composición material del objeto, es decir deben recaer sobre la esencia del objeto, también conocidos como error *in substancia*; asimismo pueden referirse a las cualidades esenciales, las mismas que deben ser determinantes para la voluntad del sujeto también llamado error *in qualitate*, este tipo de error tiene otra vertiente que ya no trata sobre el objeto sino esta vez sobre las cualidades personales esenciales de la otra parte contratante destinataria de la declaración; pueden recaer también sobre el error en el motivo determinante para la celebración del negocio. Finalmente el error de derecho que incide sobre el alcance o aplicación de una norma jurídica aplicable a un negocio jurídico específico (pág. 449).

Podemos advertir entonces que en primer lugar el error-vicio regulado en el Código Civil, está referido al error que afecta la formación de voluntad, sin embargo cabe señalar que la parte contratante afectada debe manifestar su voluntad espontáneamente, es decir esta falsa idea mental será contrastada con la realidad al momento de la celebración del negocio jurídico o en un momento posterior.

Un ejemplo muy utilizado en la doctrina para graficar este supuesto, es el relativo a la cualidad del bien, cuando una persona decide comprar una prenda de un diseñador renombrado creyendo que esta es original cuando en realidad es una muy buena imitación. Como resulta evidente en el proceso volitivo este sujeto de derecho tiene la intención de comprar la prenda de un diseñador renombrado y efectivamente declara la voluntad de realizar esta compra, por lo que hasta ese momento la voluntad interna y la declarada son coincidentes, sin embargo de haber sabido que esta prenda era una imitación no



la hubiera comprado, por lo que el error fue determinante para la formación de la voluntad y la celebración del negocio jurídico. Aquí debemos puntualizar que la falsa representación de la realidad es obra del sujeto contratante afectado con el error, es decir si el vendedor le hubiera dicho expresamente que es una prenda original siendo consciente de que en realidad una imitación, estaríamos frente a otro vicio de la voluntad que es el dolo, puesto que se evidenciaría la intención de engañar.

Es precisamente en este supuesto en el que se fundamenta la tutela de derechos que otorga el ordenamiento jurídico, puesto que al no haberse producido una formación de voluntad limpia y clara respecto al contenido del contrato (error de hecho) como a las normas jurídicas aplicables (error de derecho), el Derecho otorga a la parte contratante afectada la posibilidad de accionar ante el órgano jurisdiccional solicitando la anulabilidad del negocio jurídico otorgado a partir de una voluntad viciada por una construcción mental que no corresponde a la realidad, sin embargo en base a la equidad que debe garantizar el ordenamiento jurídico, no se puede dejar sin protección a la otra parte contratante que confió en la declaración del sujeto de derecho afectado con el error, razón por la cual se exige que el error configurado como causal de anulabilidad deba ser esencial y conocible para el destinatario, librando así de que cualquier error pueda ocasionar la nulidad del negocio jurídico.

#### **b.1.2. El error obstativo**

El error obstativo es el originado en la declaración, por tanto se sostiene que en este existe discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, con la



aclaración de que esta divergencia no se realiza de manera intencional sino de manera involuntaria. Con referencia a este tipo de error Roppo (2009) indica, que la alteración se encuentra en la declaración habiéndose formado correctamente la voluntad en el componente interno del sujeto, por tanto existe discordancia entre lo querido y lo declarado al destinatario (pág. 379).

En la jurisprudencia internacional, tenemos el criterio plasmado por la Sala Civil del Tribunal Supremo de Madrid, que señala:

*El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente.*(Sentencia STS 330/2016)

En opinión de Albaladejo citado por Torres (2015) existen dos supuestos de hecho de error obstativo:

a) El sujeto declarante emite una declaración errónea que no concuerda con la voluntad interna, pese a existir la voluntad y el querer de un comportamiento, por efecto del error esta voluntad no es declarada tal y como la concibió el declarante en el ámbito interno, como por ejemplo al declarar por medio verbal o escrito una palabra en lugar de otra , también conocido como *lapsus linguae o calami*, la entrega de una cosa en lugar de otra, o la firma de un documento bajo la creencia de que se firma otro. Por tanto en este supuesto si bien existe una declaración existe una ausencia de declaración querida o voluntad de una declaración que concuerde con la voluntad interna del sujeto.



b) El sujeto declarante emite una declaración que es querida tal y como se encuentra expresada sin embargo por efecto del error obstativo la declaración toma un significado distinto del que se quiere manifestar, por ejemplo cuando se vende un fundo X en la creencia de que esa es la denominación del fundo Y, o se compra en 1000 pesos bajo la creencia de que son pesos argentinos cuando en realidad son pesos mexicanos. En este supuesto si existe voluntad de declarar pero esta al tener un sentido distinto del contemplado en el ámbito interno del sujeto, carece de voluntad de contenido volitivo declarado (pag.894-895).

Los tipos de error obstativo son:

- 1) **Error sobre la naturaleza del acto (error in negotio):** Por ejemplo cuando A quiere comprar una propiedad a B, pero por un error de tipeo la plantilla es de una donación y firma el contrato sin revisar el contenido.
- 2) **Error sobre la identidad del objeto:** Por ejemplo A es propietario de los lotes X-1 y X-2 y vende a B el lote X-1 pero el comprador quería comprar el lote X-2.
- 3) **Error sobre la identidad de la persona:** En este caso si es que la identidad de la persona es el motivo fundamental de la celebración del negocio jurídico si procede la causal de anulabilidad por error obstativo, sin embargo si es que el destinatario del negocio jurídico resulta indiferente para el declarante no configura un vicio de la voluntad. Por ejemplo A y B han pactado verbalmente un contrato de mutuo dinerario, al momento de formalizarlo por escrito A se confunde y le otorga el préstamo a C quien es insolvente económicamente, por ser muy parecidos sus nombres, en este supuesto A puede



solicitar la anulabilidad del contrato de mutuo siempre que demuestre que el error era esencial y conocible.

**4) Error en la transmisión de la declaración:** No hay error en la declaración; la declaración de voluntad es bien hecha pero la persona encargada de transmitirla, el nuncio, la transmite inexactamente. Por ejemplo cuando A le dice a su asistente que rellene el formulario de un nuevo trabajador B que ya cuenta con la firma de A como supervisor y su asistente por descuido consigna los datos de C.

De lo señalado podemos concluir que en la figura jurídica del error obstativo estamos ante una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de manera inconsciente, que se puede manifestar por parte del declarante o de la persona encargada conocido como *error del nuncio*. La exigencia impuesta por el legislador en relación a que el error obstativo deba ser esencial y conocible radica en que aunque el declarante al manifestar una voluntad que no encuentra coincidencia con la voluntad interna por la influencia del error, se vea afectado, no implica que el destinatario de esa declaración que la asumió como cierta, tenga que asumir las consecuencias jurídicas de la nulidad del mismo.

Adicionalmente podemos señalar que respecto al tratamiento jurídico del error obstativo como vicio de la voluntad, en la doctrina existen criterios divididos, es así que la doctrina francesa afirma que no es posible considerar al error obstativo como un vicio de la voluntad, en su lugar se debe considerar que no existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, sino



que el contrato adolece de disenso es decir las voluntades declaradas por las partes no concuerdan, no habiendo consentimiento y siendo por tanto causal de nulidad.

Al respecto Taboada (2016) señala que la figura jurídica de disenso y la del error obstativo muestran notables diferencias y no deben ser consideradas como figuras afines, puesto que en el error obstativo existe por efecto del error una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna respecto a un mismo sujeto, mientras que en el disenso una de las partes contratantes se equivoca respecto a la declaración de la otra parte contratante, existiendo divergencia en las declaraciones entre sí, sin embargo en el proceso de formación de voluntad de ambas partes contratantes no ha existido divergencia alguna entre la voluntad interna y la declaración (pág. 460).

En cuanto al tratamiento doctrinario del error obstativo, se ha determinado que la posición mayoritaria de la doctrina, con excepción de un sector de la doctrina italiana, está orientada a considerar al negocio jurídico afectado por un error obstativo como nulo, aplicándole el criterio de la teoría de la voluntad, debiendo ante una discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, prevalecer la voluntad interna de la parte que incurrió en error obstativo. Por otra parte el Código Civil Italiano ha optado por la teoría de la confianza y dispone que frente a un supuesto de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada existen dos escenarios posibles, en el caso de que el destinatario se haya percatado o haya podido percatarse de la falta de identidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada por efecto de error obstativo de la parte declarante, la sanción aplicable será la anulabilidad



del negocio jurídico, en cambio si el destinatario confió en la declaración emitida por el declarante no habiendo podido percatarse de la discrepancia entre la voluntad interna y la declaración del sujeto errante, el negocio jurídico será válido, posición compartida y adoptada por el Código Civil peruano (Taboada, 2016, pág. 466-468).

Consideramos que resulta inútil enfrascarnos en la discusión de si la voluntad o la declaración son el elemento preponderante del negocio jurídico, por tanto sostenemos que la voluntad interna y la voluntad declarada forman parte de un solo mecanismo que permite una manifestación de voluntad construida de manera libre y espontánea y que se encuentre en sincronía con el elemento volitivo del sujeto de derecho ya que de esa manera el negocio jurídico podrá ser eficaz. De igual manera señalamos que el Código Civil vigente ha adoptado un criterio integral que incluye a las teorías intermedias de la responsabilidad por la cual prevalece la voluntad declarada si la discrepancia se debe a causa imputable al declarante y la teoría de la confianza por medio de la cual si el destinatario pudo percibir realizando una normal diligencia de que la voluntad interna y la declarada eran discrepantes el negocio jurídico será nulo, por el contrario, si el destinatario confió, es decir no pudo haberse percatado de la discrepancia, el negocio jurídico sería válido.

En cuanto a la posición de la doctrina francesa y la mayor parte de la doctrina sudamericana que sostienen que el error obstativo debe ser sancionado con la nulidad del negocio jurídico por ser un supuesto de disenso, debemos reiterar que en el error obstativo estamos frente a la divergencia involuntaria entre la voluntad interna y la declarada respecto a una de las partes, que no se





puede compararse de ninguna forma con el supuesto de disenso que se manifiesta por un desacuerdo entre las voluntades declaradas de las partes. Asimismo podemos advertir que lo relevante para la configuración del negocio jurídico válido es la coincidencia entre la voluntad interna y la declarada de las partes contratantes, siendo el consentimiento un mecanismo de perfeccionamiento del contrato.

Finalmente habiendo desarrollado el tema del error obstativo podemos determinar que no existe semejanza alguna con el supuesto del negocio simulado, puesto que en primer lugar el error obstativo, presenta una divergencia entre la voluntad interna y la declarada de manera involuntaria, el negocio simulado por su parte no presenta dicha divergencia, siendo como ya se ha dicho anteriormente un supuesto en el que la voluntad interna y la voluntad declarada son coincidentes, presentando en su lugar dos voluntades declaradas de forma intencional con naturaleza opuesta. Por lo mismo podemos señalar que en el negocio simulado al no haber afectado la manifestación de voluntad con ningún vicio o defecto en su formación no adolece de ineficacia estructural, por lo que no puede ser incluida en esta categoría jurídica, y en su lugar es un negocio jurídico ineficaz funcionalmente por expresa voluntad de las partes.

#### **b.1.3. Requisitos del error:**

En ambos casos tanto en el error vicio como en el error obstativo conforme a lo establecido en la norma, se requiere la concurrencia de tres requisitos:

- La esencialidad del error (artículo 201°)
- La cognoscibilidad del error (artículo 201°)



- El perjuicio del errante (artículo 206°)

#### **b.1.3.1. Esencialidad del error:**

Según el artículo 202° del Código Civil el error es esencial:

*1.- Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.*

*2.- Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad.*

*3.- Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.*

La esencialidad del error se determina por las causales descritas, no habiendo desarrollado la doctrina una definición específica sobre este requisito, por tanto es posible afirmar, que tanto en la propia esencia o cualidad del objeto; en las cualidades personales de la otra parte o en el error del derecho, el requisito fundamental es que el error recaído en estas haya sido determinante para la formación de la voluntad y como consecuencia para la celebración del negocio jurídico.

Con relación al error sobre la esencia o *error incorpore* Barbero citado por Torres (2015) indica que el error acerca de la identidad del objeto, del negocio o de la persona siempre serán considerados como errores obstativos puesto que no afectan el proceso de formación de la voluntad sino únicamente la declaración de la misma, como si sucede en el caso del error vicio que



incidirá directamente en el otorgamiento del negocio jurídico o caso contrario en su contenido (pág. 873).

Graficando esta definición citamos al clásico ejemplo en la doctrina en el que una persona quiere comprar un inmueble X, pero termina comprando la propiedad Z por encontrarse las dos unidades inmobiliarias lado a lado y tener las mismas características, en este ejemplo podemos observar que la voluntad era comprar el inmueble X, voluntad que no ha sido afectada o modificada, sin embargo en cuanto a la declaración podemos decir que esta no concuerda con la voluntad interna del sujeto, al señalar el inmueble Z como objeto de compra con la idea de que este es el inmueble X.

No obstante a lo señalado por el autor, consideramos que también podría darse el supuesto de error vicio en cuanto a la esencia del objeto del negocio jurídico, así entonces presentamos como ejemplo cuando una persona pasa por una tienda comercial y ve un mueble de sala que se encuentra a lado de un espejo que le interesa adquirir, posteriormente llama a la tienda comercial declarando que quiere comprar ese mueble sin reparar que fue cambiado de lugar. En este caso la voluntad ha sido viciada puesto que de saber que el mueble fue cambiado de lugar, no hubiera celebrado el negocio jurídico de compra venta. Aquí se puede afirmar que hay sincronía entre la voluntad y la declaración, sin embargo la voluntad ha sido afectada por un error, que de haberse conocido, hubiera evitado la celebración del negocio jurídico. El error obstativo en este supuesto acontece normalmente cuando el declarante no está en presencia del objeto del contrato, ya que de otra forma sería muy difícil la concurrencia de este vicio de la voluntad.



En cuanto a la cualidad del objeto, esta debe ser esencial, es decir determinante para la voluntad, y debe responder a una cualidad principal del objeto, este criterio será evaluado posteriormente por el órgano jurisdiccional para determinar si procede la anulabilidad del negocio jurídico, por ejemplo si A compra un cuadro bajo la creencia que está revestido de pan de oro, sin embargo en realidad esta solo cubierto con un aerosol dorado.

Esta creencia ha incidido directamente en la formación de la voluntad, puesto que A requería específicamente un cuadro revestido con pan de oro y es esencial porque constituye una cualidad esencial del objeto.

En cuanto a las cualidades personales de la otra parte, se hace referencia a determinados negocios jurídicos en donde ciertas características o aptitudes de la otra parte contratante son determinantes para la formación de la voluntad, por ejemplo se alquila una maquinaria pesada a una persona en la creencia de que este es un operario certificado, sin embargo este no tiene ninguna capacitación, por lo que al ser esencial y determinante es causal de anulabilidad del contrato, aquí debemos precisar que será causal de anulabilidad siempre y cuando las específicas cualidades de la otra parte vayan a incidir de manera directa en el objeto del contrato entendido como las prestaciones que esta vaya a desarrollar y la posibilidad que en atención a dichas cualidades éstas sean llevadas a cabo de manera efectiva. En el ejemplo citado, al haber alquilado la maquinaria a una persona sin capacitación para manejarla, se corre el riesgo de su deterioro por mal uso de ella, por tanto de haber sabido que la contraparte no contaba con las cualidades exigidas no se habría celebrado el contrato.



Finalmente en cuanto al error de derecho, podemos decir que surge cuando la falsa representación o ignorancia de las normas jurídicas son determinantes para la celebración del negocio jurídico, por ejemplo cuando A compra de B una cría de vicuña, desconociendo que esta es una especie protegida y está prohibida su comercialización por ley, puede solicitar la anulabilidad del contrato. Reiteramos en este punto que el error en el derecho no es un mecanismo para evadir los efectos jurídicos del sistema legal por desconocimiento, en el ejemplo práctico, el hecho de que A desconozca una norma que impida la comercialización de especies protegidas no significa que podrá quedarse con el animal, todo lo contrario el ordenamiento jurídico ofrece el remedio de la anulabilidad para tutelar los derechos del errante pero a su vez para que se cumpla lo establecido por los dispositivos normativos.

#### **b.1.3.2. Conocibilidad del error:**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 203° del Código Civil:  
*El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.*

La ley exige para el carácter reconocible, únicamente un criterio de normalidad es decir la aptitud de las partes contratantes de poder advertir la presencia del error haciendo uso de las habilidades promedio de toda persona sin necesidad de hacer un esfuerzo valorativo intenso (Bianca, 2011, pag. 671).

Es así que la conocibilidad hace referencia a la posibilidad de conocer el error del declarante, utilizando la normal diligencia conforme a las cualidades



del destinatario, como su grado de instrucción, su relación con el declarante, entre otras, así también de acuerdo a contenido del negocio y a la circunstancias del contrato, por tanto podemos decir que la calificación de la conocibilidad debe hacerse de manera concreta para cada caso, evaluando sus particularidades.

Asimismo queda claro que con la conocibilidad se evalúa la posibilidad de conocer el error por parte del destinatario, puesto que en caso este conozca efectivamente el error y no lo haya comunicado al declarante no podríamos hablar de error, sino de dolo que a su vez constituye un vicio de la voluntad, habiéndose configurado la intención de engaño.

#### **b.1.3.3. El perjuicio del errante:**

La presencia del error como vicio de la voluntad no puede ser causal de anulabilidad, si no existe la posibilidad de que el errante sufra un daño o si antes de sufrirlo la otra parte contratante le ofrece la adecuación de los términos del negocio jurídico de conformidad con lo querido originalmente por la parte errante (Torres, 2015, pag. 885).

En relación a lo establecido por el artículo 206° del Código Civil: *La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquella quiso concluir.*

Esta norma tiene como antecedente legislativo el artículo 1432° del Código Civil Italiano que señala: *La parte errónea no puede exigir la cancelación del contrato si, antes de que pudiera derivar su perjuicio, la otra*



*oferta para ejecutarlo de una manera consistente con el contenido y los términos del contrato que pretendía concluir.*

De la lectura de los dispositivos legales mencionados, podemos señalar que el ordenamiento jurídico mediante la exigencia del requisito del perjuicio del errante, mantiene una postura intermedia, tutelando los derechos del declarante así como los del destinatario, es decir si el declarante afectado por el error encuentra en la otra parte la posibilidad de anticiparse a su afectación y respetar la construcción mental que tenía sobre el contenido del contrato, no existiría razón para que este solicite la anulabilidad del negocio jurídico, y si así lo hiciera, el destinatario se encontraría en una posición de desventaja siendo afectado pese a haber confiado en la declaración de la otra parte.

#### **b.1.4. El error de cálculo**

En cuanto al error de cálculo, éste se encuentra regulado en el artículo 204° del Código Civil, y se produce normalmente por una operación aritmética mal ejecutada, por lo que no invalida el contrato ni compromete la voluntad del declarante, siendo únicamente materia de rectificación. Por ejemplo en el caso de que A venda a B una propiedad por el precio de S/. 60,000 pagado en tres armadas de S/. 20, 000 cada una, pero por un error se indica como precio total S/. 70,000, esta circunstancia no es más que un error aritmético por tanto habiéndose corregido es completamente eficaz.

Sin embargo cuando se presenta el error de cantidad, este si puede ser causal de anulación del negocio jurídico si es que cumple con los requisitos de esencialidad, conocibilidad y perjuicio del errante. El error de cantidad puede



provenir del error de cálculo o presentarse por sí solo, por ejemplo si una persona dueña de una tienda de abarrotes solicita 10 cajas de conservas en las que vienen 20 enlatados en cada una, sin embargo al abrir las cajas encuentra 19 conservas en cada una, y ella necesitaba específicamente los 200 enlatados y este error es conocible por la otra parte puede solicitar la anulación del contrato.

#### **b.1.5. El error en el motivo**

El error en el motivo ha sido definido en la doctrina como el que recae en circunstancias subjetivas de la parte contratante, mas no sobre el contenido del contrato, estas circunstancias suelen ser externas al negocio jurídico razón por la cual no constituye una causal para la anulabilidad del contrato.

En cuanto el motivo no sea determinante para celebración del negocio jurídico y su contenido, la parte que incurrió en error sobre una circunstancia extraña al contenido del contrato no puede solicitar su anulabilidad y por tanto la desvinculación contractual con la otra parte, fundamentando su petición en razones irrelevantes que no inciden directamente en la esencia del negocio (Bianca, 2011, pag. 675).

El error en el motivo está regulado por el artículo 205° del Código Civil que señala: *El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.*

En la legislación y doctrina italiana que ha influenciado notablemente el desarrollo del Libro de Acto Jurídico de nuestro Código Civil, no se considera como causal de anulabilidad del negocio jurídico el error en los motivos con excepción del artículo 787° que está referido a la donación impugnada por error





en el motivo.

La fundamentación como explica Roppo (2009) radica en que en este supuesto, de manera general los fundamentos para solicitar la anulabilidad del negocio jurídico, se basan en razones subjetivas de la parte errante que no inciden directamente en el objeto del negocio jurídico. Aun en el caso de que estos motivos hayan sido determinantes del consentimiento no corresponde la anulabilidad del contrato, puesto que únicamente responden a los intereses de una de las partes y son razones completamente ajenas a la otra parte (pág. 772).

En nuestra legislación se exige como requisitos para considerar al error en el motivo como causal de anulabilidad, que el motivo se haya manifestado expresamente como la razón determinante de la celebración del negocio jurídico y que sea aceptado por la otra parte. No compartimos el criterio de esta disposición normativa puesto que a través de ella, el destinatario se sujeta a los motivos de la otra parte, los mismos que se han visto frustrados, y que son subjetivos y pertenecientes a las expectativas truncas y razonamiento de una de las partes, incluso si estos son determinantes del negocio jurídico, consideramos que enmarcarlo en una causal de anulabilidad es excesivo, puesto que la otra parte es completamente ajena a estos motivos aun si esta los conoce ya que no recaen sobre el objeto del negocio jurídico por tanto no deberían vincular a ambas partes contratantes.

## **b.2. Dolo**

El dolo es el vicio de la voluntad por el cual de manera intencional mediante la maquinación, trampa o artificio se afecta la formación de la



voluntad del declarante, este engaño puede versar sobre el acto en general o ciertas condiciones en él, creando un móvil o razón para dar su consentimiento a la celebración de un negocio jurídico que ocasionara un daño en la parte contratante errante (victima) (Ospina & Ospina, 2015, pag. 202).

Morales (2010) define al dolo como la conducta enmarcada en circunstancias específicas por la cual a través del engaño se induce a error. El error en el que incurrirá la parte afectada puede ser provocado por la otra parte contratante o por un tercero, este último siempre y cuando la parte que obtuvo beneficio tenga conocimiento de la conducta dolosa utilizada, como lo establece el artículo 210° del Código Civil (pág. 193).

Torres (2015) refiere que la amplia acepción de dolo incluye conductas como la disimulación de lo verdadero, las malas artes, las maquinaciones y el engaño, con la finalidad de confundir a una persona e inducir la celebración de un acto jurídico. La motivación dolosa debe ser determinante, es decir que sin su existencia la parte errante no hubiera prestado su consentimiento para la celebración de dicho acto o se habría realizado en condiciones distintas (pág. 901).

En suma podemos decir que el dolo es el vicio de la voluntad por medio del cual a través de acciones engañosas y procediendo de mala fe se induce a una persona a suscribir un negocio jurídico, se diferencia del error puesto que en este último, la falsa percepción de la realidad es responsabilidad del mismo sujeto de derecho es decir la concepción del error se produce en la misma esfera jurídica, sin embargo cuando se trata de dolo se configura la influencia



maliciosa de otra persona para la celebración del negocio jurídico. Debemos precisar que tanto en el error como en el dolo, la parte contratante afectada manifiesta su voluntad de manera voluntaria es decir sin coacción, aun cuando en el caso del dolo esta voluntad es inducida de manera perniciosa.

Como regla general por el dolo una persona induce a otra a incurrir en error sin embargo no es necesario que se configuren los requisitos del error como son la esencialidad, la conocibilidad y el perjuicio del errante para hacer uso del remedio y solicitar la anulabilidad del negocio jurídico, siendo suficiente que el acto doloso haya inducido al afectado de manera determinante a la celebración de un negocio jurídico que sin la influencia de este no hubiera celebrado.

#### **b.2.1. Dolo causante**

El artículo 210° regula el dolo causante, supuesto que se configura cuando éste haya sido determinante para la celebración del negocio jurídico, asimismo el dispositivo normativo establece que cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él. Por ejemplo cuando A entra a una tienda buscando específicamente un reloj suizo y B el vendedor a pesar de tener conocimiento que en la tienda a su cargo no se venden esa clase de relojes, le indica uno en especial indicando que es suizo y de alta calidad, y A termina comprándolo confiando en la indicación del vendedor, tenemos que la conducta engañosa de B fue determinante para la celebración del negocio jurídico ya que de no encontrar un reloj con esas especificaciones no hubiera comprado ninguno,



entonces la parte contratada A puede solicitar la anulabilidad de este contrato.

Flume citado por Torres (2015) precisa que para que el dolo sea causante de la anulación del acto jurídico, su fuerza de inducción deberá ser tal, que sin su existencia la parte afectada no hubiera celebrado el acto jurídico. En este punto reviste mayor importancia la relación de causalidad entre el dolo y la celebración del acto jurídico, por lo que no resulta relevante si el errante pudo advertir el error realizando una conducta diligente (pág. 903).

Podemos decir entonces que son necesarios dos elementos para la configuración del dolo causante: que el engaño provenga de una de las partes contratantes o de un tercero siempre que este sea conocido por la parte que se beneficia con el engaño, y que el engaño sea determinante de la voluntad de la parte afectada para la celebración del negocio jurídico, la calidad determinante del dolo será evaluada por el órgano jurisdiccional en cada caso concreto atendiendo a las cualidades particulares de cada sujeto de derecho.

Roppo (2009) refiere que no es necesario que el dolo haya ocasionado daño en la persona influenciada, puesto que para efectos de la configuración de la conducta engañosa como causal de anulabilidad, el ordenamiento jurídico toma en cuenta únicamente la vinculación directa entre el dolo y la celebración del negocio jurídico es decir, el vicio de la voluntad debe ser determinante. No obstante, de haberse producido daños en la parte contratante afectada esta se encuentra legitimada para solicitar al órgano jurisdiccional la indemnización de daños y perjuicios de forma acumulativa con la acción de anulabilidad de ser el caso o de manera alternativa (pág. 747).

### **b.2.2. Dolo incidental**

De acuerdo a su naturaleza jurídica es la figura jurídica opuesta al dolo causante, por el dolo incidental la parte afectada celebra el negocio jurídico solo que en condiciones distintas a las que originalmente tenía en mente, por tanto al no ser determinante de la voluntad no resulta anulable, en su lugar conserva su validez, sin embargo la parte afectada puede exigir la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Se encuentra regulado en el artículo 211° del Código Civil que a la letra señala:

*Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.*

Graficando este supuesto tenemos el caso de A que vende un auto a B señalando que el kilometraje recorrido es mínimo, razón por la cual B lo compra a un precio bastante alto, sin embargo posteriormente se entera que el kilometraje ha sido reducido en un taller mecánico y por lo que el precio que pago por el auto es excesivamente alto, en este caso B iba a comprar de todas maneras el vehículo, sin embargo bajo la creencia inducida por A de que el auto no tenía recorrido, pago una cantidad superior a la que el originalmente había concebido como justa. No obstante la conducta engañosa no fue determinante para la celebración del negocio jurídico, el afectado B tiene derecho a solicitar al órgano jurisdiccional la indemnización por las pérdidas que ha sufrido a



través del engaño.

En esa misma línea conceptual Ospina y Ospina (2015) indican que en el supuesto que el dolo no sea determinante de la voluntad de la parte afectada para celebrar el negocio jurídico, este mantiene su validez, al no encontrarse afectado por un vicio de la voluntad. Sin embargo se encuentra a salvo el derecho de la parte afectada para accionar pidiendo la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con la conducta dolosa (pág. 207).

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios a la que la parte afectada tiene derecho, podemos decir que esta tutela jurídica tiene su fundamento en que al reconocer la validez del negocio jurídico, la víctima de dolo tiene derecho a un resarcimiento por haber confiado en una apariencia engañosa inducida por el contratante que actuó de mala fe, y que ha producido una pérdida de ganancias para la parte afectada.

Para este efecto debemos tener presente la diferencia entre las figuras jurídicas de indemnización y resarcimiento, en ese sentido Beltran J. (2010) señala:

*El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación, de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico. (pág. 285)*



### **b.2.3. Dolo por omisión y dolo recíproco**

Los últimos dos artículos referidos al dolo en el Código Civil regulan estos dos supuestos, en cuanto al dolo por omisión, Savigny citado por Torres (2015) indica que esta es una manifestación pasiva del ejercicio del dolo, que resulta la excepción a la regla, puesto que normalmente el dolo es ejercido de manera activa es decir a acciones concretas por parte del autor del engaño. La conducta omisiva consiste en callar o no comunicar a la parte errante la presencia del error, el mismo cuyo conocimiento hubiera sido determinante para inducir a la parte afectada a no celebrar el negocio jurídico (pág. 912).

Entonces estamos frente al dolo por omisión cuando una de las partes contratantes omite comunicar información relevante que de haberse sabido hubiera inducido a la parte afectada a no celebrar el negocio jurídico, por lo que son aplicables las mismas normas de la acción dolosa. Esta protección jurídica al afectado por el dolo por omisión está basada en que las partes deben actuar con transparencia y buena fe para asegurar el tráfico jurídico.

En cuanto al dolo recíproco podemos decir que este no es causal de anulabilidad del negocio jurídico por haber actuado ambas partes de mala fe, siendo imposible para el ordenamiento jurídico ofrecer un remedio a las partes que actuaron de forma indebida.

Habiendo desarrollado el dolo como segundo vicio de la voluntad, se considera relevante señalar que en el Derecho Romano, se asimiló la figura del negocio simulado como un supuesto de hecho de dolo, en ese sentido, Santa María citado por Ortiz (2016) refiere que resulta intrascendente la intención de



las partes sea esta buena o mala, el aspecto que si es relevante es el engaño por el cual una o ambas partes crean una apariencia que no se condice con la realidad, precisamente es el engaño el elemento por el cual la simulación adquiere el carácter de dolo (pág. 8).

Taboada citado por Ortiz (2016) señala que la similitud entre la figura jurídica del dolo y de la simulación radica en que esta última tiene como finalidad la inducción de un tercero al error, sin embargo frente a la existencia de un vínculo contractual las partes convienen la creación de una apariencia con el fin de engañar a terceros, y no obstante el motivo que persiguen las partes puede ser lícito, en la mayoría de los casos la simulación constituye un medio para afectar a terceros a través de la consecución de fraude por tanto en la práctica resulta sencillo considerarlas como figuras similares (pág. 37).

Al respecto consideramos que el dolo como vicio de la voluntad mantiene una marcada diferencia con el supuesto de negocio simulado, que radica en el consentimiento, en otras palabras por definición doctrinaria tenemos que el dolo como vicio de la voluntad es la acción engañosa de una de las partes o de un tercero si es conocido por la parte que se benefició con él, para hacer incurrir en error a la otra parte y constituye parte determinante de la voluntad de celebrar el negocio jurídico, por tanto es la influencia perniciosa de una de las partes, para que el destinatario en mérito a esta falsa apariencia celebre el negocio jurídico, que de otro modo no pensaba celebrar. Sin embargo en el caso del negocio simulado este reviste su fuerza vinculante en el acuerdo de ambas partes contratantes, es decir ambas partes convienen crear una apariencia distinta a la realidad, para engañar a terceros, manifestando su





voluntad de manera libre y espontánea, por ende sin la afectación por parte de ningún vicio de la voluntad.

Ahora bien en cuanto al fin de engañar a terceros, que a menudo es equiparado con una conducta dolosa, consideramos que esta finalidad no representa la esencia del negocio simulado, pudiendo estar presente o no en el mismo, en su lugar sostenemos que la simulación tiene como fundamento el de crear una apariencia intencional, es así que esta apariencia creada puede tener como objetivo el daño o no a terceros, por lo mismo la doctrina y el ordenamiento jurídico reconocen la simulación con un propósito lícito e ilícito en razón de sus finalidades concretas. Por tanto consideramos que en el caso de que revistan una finalidad ilícita, es decir que implique el daño a terceros, deberá ser sancionada con la nulidad del negocio jurídico, sin embargo no se debe perder de vista que son perfectamente configurables los negocios simulados lícitos que si bien crean una apariencia falsa, no producen una afectación a terceros ni contravienen el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres en cuyo caso deberán ser sancionados únicamente con la ineficacia por decisión de las partes obedeciendo a sus finalidades concretas.

### **b.3. Violencia e intimidación**

La violencia (violencia física) y la intimidación (violencia psicológica) constituyen el vicio de voluntad de mayor gravedad, razón por la cual el ordenamiento jurídico otorga una mayor protección a la víctima del mismo. Por la violencia se induce al sujeto a suscribir un negocio jurídico o suscribirlo en los términos del accionante (violentador), para no sufrir en su lugar un daño personal o a su entorno, es decir el ordenamiento jurídico sanciona con la



anulabilidad al negocio jurídico otorgado bajo la influencia de la violencia sea esta determinante o incidente.

Respecto a la sanción aplicable al negocio jurídico otorgado bajo la influencia de la violencia física, la mayor parte de la doctrina considera que esta constituye una fuerza irresistible por la cual el sujeto obligado no ha formado una voluntad interna dirigida a la celebración del negocio jurídico, por lo que al haber ausencia de voluntad, el negocio debe considerarse nulo.

Es el caso de la doctrina y legislación italiana que en su artículo 1434<sup>o</sup> señala: *La violencia es causa de la cancelación del contrato, incluso si es ejercida por un tercero*, aquí debemos precisar que la violencia regulada, está referida a la amenaza, al respecto Roppo (2009) puntualiza que en algunos casos la violencia puede anular la voluntad del sujeto afectado y en cuyo caso la celebración del negocio jurídico únicamente será atribuible a la persona que ejerce la violencia en contra del afectado, en estos casos en vista de que la declaración destinada a la celebración del negocio no pertenece al sujeto afectado, el negocio será nulo por falta de consentimiento (pág. 757).

De la revisión de lo establecido por nuestro Código Civil vigente que establece a la violencia o la intimidación como vicios de la voluntad, y por tanto causales de la anulabilidad del negocio jurídico, podemos advertir que la regulación normativa es imprecisa puesto que en nuestra opinión, se debió establecer la diferencia entre la violencia física que anula la voluntad, la cual debería implicar que el negocio jurídico devenga en nulo, y la intimidación que únicamente vicia la voluntad a la que si le corresponde la sanción de



anulabilidad.

En cuanto a la violencia o intimidación ejercida por un tercero, el sistema jurídico ha otorgado mayor protección a la víctima y ha disminuido las exigencias para la configuración de este vicio como causal de anulabilidad, es así que carece de importancia la calidad de la persona que ejerce la violencia o intimidación, pudiendo ser la parte contratante que se beneficia con el acto o un tercero. En este último caso a diferencia de lo que sucede con el dolo, no resulta necesario el conocimiento del uso de la amenaza de tipo físico y moral, por parte de la persona beneficiada, por tanto el acto será anulable cuente o no con el conocimiento del beneficiado. Este criterio adoptado por la norma tiene como fundamento la tutela de la voluntad de la persona frente a la presencia del vicio de la voluntad de mayor gravedad (Torres, 2015, pag. 917).

En el artículo 215° se establecen los requisitos que debe tener la intimidación como vicio de la voluntad para constituir una causal de anulabilidad, estos son: la credibilidad de la amenaza, el mal externo al contrato, el temor y la evitación del mal.

La credibilidad está referida a la capacidad que tiene la amenaza para impresionar a la parte contratante afectada, para este efecto como se encuentra establecido en el artículo 216°, el ordenamiento jurídico valorara la impresión que puede causar la amenaza en una persona promedio, adicionalmente valorara la situación concreta en la que se encuentra el afectado tomando en cuenta la impresionabilidad promedio o normal que debería tener una persona de la misma edad, sexo y que se encuentre en las mismas circunstancias del sujeto



afectado (Morales, 2010, pag. 194).

De lo señalado, es pertinente precisar que la amenaza debe ser capaz de infundir un temor de sufrir un daño próximo, injusto e ilegítimo, es decir la amenaza no puede consistir en una conducta habitual permitida por el derecho, los criterios para acreditar este requisito serán los de una persona promedio que con las mismas cualidades y bajo las mismas circunstancias se vea impresionada y amenazada por el posible mal que le pudiera afectar.

Como resulta lógico, el mal amenazado debe ser externo, no pudiendo ser aplicable al objeto del contrato, por ejemplo si A quiere vender una propiedad a B y mediante amenazas le comunica que si B no compra en esta semana, el precio del inmueble será incrementado considerablemente y B termina comprando el bien, este no puede solicitar la anulabilidad por intimidación.

Finalmente es necesario advertir que el temor reverencial definido como el respeto, consideración y sumisión que tiene el inferior al superior en relación a una posición de desventaja ya sea esta económica, social, laboral o familiar, no constituye causal de anulabilidad. Al respecto Barandiaran citado por Torres (2015) precisa que el temor reverencial está exento de ser considerado como causal de anulabilidad en razón de que la persona que se encuentra en una posición de ventaja o superior, no ejerce presión en el declarante, es decir este último no ve alterada su voluntad por una fuerza externa, sino que actúa por respeto, sumisión o consideración. Por otro lado si es que el declarante hubiera celebrado el negocio jurídico bajo amenaza o presión por parte del



reverenciado, el negocio deviene en anulable como en los demás casos (pág. 923).

Queda claro entonces que si la sumisión o predisposición para el acatamiento de órdenes proviene de la misma esfera jurídica del declarante sin intervención o influencia negativa de la persona que ostenta una posición de ventaja no puede considerarse violencia o intimidación.

**c. La simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros**

La tercera causal de anulabilidad contemplada en el artículo 221° inciso 3 del Código Civil establece: *3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero*, al respecto debemos precisar, que este dispositivo normativo se refiere al acto real es decir al negocio disimulado, al que fue escondido por las partes, mas no al aparente, señalando que este será anulable cuando pese a que concurren todos los requisitos, presupuestos y elementos de validez del negocio jurídico, este perjudique el derecho de terceros.

No compartimos esta postura, y consideramos que siendo la anulabilidad un remedio otorgado por el ordenamiento jurídico, en favor de la parte que ha visto su voluntad viciada o adolece de incapacidad relativa permitiendo que esta pueda decidir si reconoce los efectos del negocio jurídico que otorgo o si por el contrario solicitara la anulabilidad del mismo y puesto que esta figura jurídica perteneciente a la categoría jurídica de la invalidez tutela los intereses particulares de las partes contratantes, no se entiende porque la afectación de



derechos de terceros sería una causal de anulabilidad.

En esa misma línea argumentativa consideramos relevante la opinión de Morales (2010) quien refiere que el texto legal del artículo 221° inciso 3 que regula únicamente el negocio disimulado y oculto cuando afecta el derecho de terceros, debe ser interpretado como una causal de ineficacia y no como una causal de invalidez puesto que los únicos sujetos para solicitar la declaración de nulidad de un negocio jurídico son las partes contratantes mas no los terceros perjudicados (pág. 195).

Si revisamos los supuestos de anulabilidad de manera integral, estos evidencian la situación de hecho por la cual una de las partes no ha podido manifestar su voluntad de manera debida y correcta a consecuencia de la afectación de un vicio, o por incapacidad relativa, lo que no sucede con el negocio disimulado o real, que ha sido otorgado en estricta observancia de todos los requisitos, presupuestos y elementos que exige el ordenamiento jurídico para su validez, en otras palabras consideramos que si el negocio disimulado fue correctamente estructurado no tiene por qué ser sancionado con la invalidez.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la anulabilidad, podemos decir que se encarga de la protección de la parte contratante débil o en desventaja por no haber podido manifestar su voluntad de manera clara y concordante con el propósito de celebración del negocio jurídico, o por haber sufrido alguna alteración en el proceso de formación de la voluntad, defendiendo así la posibilidad de ejercer el derecho de autonomía de la voluntad con libertad y



conocimiento, por tanto la tutela del derecho de terceros no corresponde a la naturaleza de la figura jurídica de la anulabilidad.

Morales (2007) indica:

*Los acuerdos que vulneran el orden público y las buenas costumbres es un supuesto de acto ilícito regulado en el numeral 8 del artículo 219 del CC. Es evidente que las omisiones de publicidad prescritas no se asemejan estrictamente a las formalidades obligatorias reguladas en el numeral 6 del artículo 219 del CC. Tampoco cabe aplicar la nulidad a los acuerdos societarios si lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. En todo caso, aquí estamos en un campo diferente de la invalidez. Si los acuerdos societarios lesionan los intereses de la sociedad y del socio, estamos en el campo de la responsabilidad pero de ninguna manera en el ámbito de la invalidez.*  
(pág. 127)

De lo señalado se puede advertir que tal y como sucede con el caso específico de los acuerdos societarios, consideramos en primer lugar que si el negocio disimulado afecta a terceros como consecuencia de perseguir una finalidad ilícita entonces deberá ser sancionado con la nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 219° que constituye un dispositivo normativo aplicable a todo tipo de negocio jurídico, debiendo desterrar la idea que el negocio simulado implica *per se* una conducta ilícita, siendo perfectamente posible y además previsto en la doctrina y en el ordenamiento jurídico la celebración de un negocio simulado lícito, sin embargo si como consecuencia

de la celebración del negocio jurídico se afecta el derecho de una parte ajena al contrato concordamos con el Dr. Morales Hervías al señalar que la figura jurídica idónea sería la responsabilidad civil.

#### **d. Cuando la ley lo declara anulable**

A diferencia de la nulidad, en la que es aplicable además de la nulidad expresa, la nulidad tácita que está sujeta a interpretación del contenido del contrato, las causales de anulabilidad están expresamente determinadas por ley, fuera de las causales establecidas en el artículo 221°, podemos citar algunos ejemplos: artículo 163° (vicios de la voluntad en la representación), artículo 166° (anulabilidad del acto jurídico consigo mismo), artículo 277° (anulabilidad del matrimonio), artículo 582° (anulabilidad de actos anteriores a la interdicción).

#### **2.3.3.3.2. Acción de anulabilidad**

En atención a la naturaleza jurídica de la anulabilidad la cual protege los intereses privados de las partes intervinientes, el artículo 222° dispone: “*esta nulidad se pronunciara a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley*”. Es decir la parte afectada con capacidad de ejercicio restringida o por los vicios de la voluntad puede solicitar ante el órgano jurisdiccional la acción de anulabilidad por la cual el negocio jurídico será declarado nulo y retrotraerá sus efectos al momento de su celebración.

Habiendo dotado de legitimidad para interponer la acción de anulabilidad, únicamente a la parte contratante afectada, no siendo posible





declararla de hecho como sucede con la nulidad, es que la sentencia que declare la anulabilidad del negocio jurídico debe tener carácter constitutivo por medio de la cual se suprimirá la eficacia que el negocio jurídico venía desplegando.

Referente a los efectos de la acción de anulabilidad, tenemos que la sentencia constitutiva que declare el negocio jurídico como nulo, dispone la restitución de prestaciones entre las partes de manera recíproca, por tanto podemos decir que como regla general la acción de anulabilidad produce efectos únicamente entre las partes, razón por la cual tiene el carácter de relativa, no obstante los terceros que adquirieron a título gratuito, y a título oneroso de mala fe, también se encuentran inmersos en esta cláusula, debiendo a su vez restituir las prestaciones recíprocas.

En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 2001° inciso 4° señala que la acción de anulabilidad prescribe a los dos años. En la doctrina se señala que en vista que los negocios jurídicos anulables pueden ser confirmados, una vez que la acción de anulabilidad haya prescrito, el negocio jurídico se estaría confirmando tácitamente.

Con relación a la operatividad del plazo de prescripción, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo establecido por el artículo 1993° el computo del plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en el caso específico de la anulabilidad, el computo del plazo prescriptorio comienza el día en que ha cesado la circunstancia que limita al afectado, entendida como los vicios que afectan la formación de la voluntad del declarante (víctima), la incapacidad. Asimismo opera a partir de que el afectado



toma conocimiento del error o de la existencia del acto disimulado (Torres, 2015, pág. 1018).

#### **2.3.3.3.3. Confirmación**

La confirmación es el mecanismo por medio del cual el negocio jurídico anulable se convalida, en otras palabras deja de tener una eficacia relativa o temporal para tener una eficacia definitiva por acción de la parte afectada con la incapacidad o con el vicio de la voluntad, que manifiesta su voluntad de sanear el negocio jurídico susceptible de invalidez.

Bianca (2011) nos dice que a través de la convalidación si bien se despoja el carácter imperfecto del negocio para convertirlo en un negocio completamente válido y eficaz y por tanto legalmente correcto no implica la sustitución del negocio anulable ni su integración, en su lugar resulta más adecuado considerar a la convalidación como un negocio accesorio que remueve la dolencia legal del negocio anulable (Pág. 696).

Concordamos con la posición del autor ya que una sustitución del negocio jurídico anulable por el negocio convalidante sería admitir que se está subsanado la presencia de la incapacidad o del vicio de la voluntad, cuando ese supuesto de hecho es imposible jurídicamente, en su lugar consideramos que lo único que se hace es regular su eficacia. Adicionalmente resulta de la interpretación del dispositivo normativo que mediante la confirmación, la parte contratante que fue afectada renuncia a la posibilidad de interponer la acción de anulabilidad, asimismo el convalidante debe estar en condiciones de manifestar su voluntad de confirmar el negocio jurídico anulable inequívocamente y bajo



las mismas formalidades que revistió el contrato primigenio, la confirmación puede ser realizada directamente por aquel a quien corresponde la acción de anulabilidad, o por su representante, o por sus herederos universales, o por su cesionario en el caso de cesión de la posición contractual.

#### **2.3.3.3.4. Ratificación**

Recordemos que la confirmación es una forma de convalidación por medio de la cual la parte contratante afectada confirma el negocio jurídico anulable para otorgarle eficacia definitiva, pues bien en el caso de la ratificación quien manifiesta su voluntad es el tercero con interés que no fue parte en el mismo teniendo como consecuencia la producción de efectos jurídicos sobre sí mismo.

Graficando esta figura jurídica tenemos que A como representante de B vende una propiedad a C. Sin embargo A solo tenía facultades de representación para arrendar la propiedad de B mas no para venderla, en este supuesto B el representado que en este caso es un tercero con interés, puede ratificar la venta a nombre propio, convirtiendo así el negocio jurídico inoponible en un negocio eficaz para B que pasa a ser parte integrante del mismo. Este supuesto está previsto en el artículo 162° del Código Civil

En relación a su aplicación, podemos decir que la confirmación se aplica al negocio jurídico anulable, debiendo ejercitarse por la parte afectada por la incapacidad o por los vicios de la voluntad una vez que la circunstancia o acción por la que se veía disminuida su voluntad haya cesado, mientras que la ratificación es aplicable al negocio jurídico inoponible dotando a este de

eficacia con relación al tercero ratificante. Ambas figuras jurídicas retrotraen sus efectos al momento de la celebración del negocio jurídico.

### **2.3.4. La ineficacia funcional del negocio jurídico**

#### **2.3.4.1. Definición de ineficacia funcional**

Para conceptualizar este tema de mejor manera, consideramos pertinente recordar lo desarrollado al hablar de ineficacia estructural o invalidez, así tenemos que esta es aplicable cuando no se ha cumplido con los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la validez del negocio jurídico, en cuyo caso el ordenamiento jurídico sanciona dicho negocio con la nulidad o anulabilidad, es importante señalar aquí que los supuestos de invalidez se originan en la formación o estructuración del negocio jurídico, siendo este el principal elemento distintivo con la categoría de ineficacia funcional o ineficacia en sentido estricto la cual se manifiesta en la ejecución, podemos decir entonces que está referida al supuesto en que el negocio jurídico, no produce efectos jurídicos, o que habiéndolos producido deja de hacerlos, por una causal sobreviniente a su celebración. No obstante debemos puntualizar que esta regla no es absoluta, puesto que en el caso de la rescisión la causal se encuentra presente al momento de la celebración del negocio jurídico.

Adicionalmente podemos decir que siendo la ineficacia estructural originada por la inobservancia de un elemento, presupuesto o requisito, exigido por ley o caso contrario un defecto de estos en la formación del negocio jurídico, responde a deficiencias de carácter intrínseco mientras que la



ineficacia funcional es aplicable ante un defecto extrínseco a la celebración del negocio jurídico, habiéndose estructurado correctamente e incidiendo este defecto en la producción de efectos del negocio jurídico. Ahora bien, es necesario señalar que la invalidez y la ineficacia no son figuras jurídicas opuestas, es decir por regla general un negocio jurídico estructurado correctamente con observancia de todos los elementos, presupuestos y requisitos y que por consecuencia es considerado por el ordenamiento jurídico como válido debería ser capaz de desplegar todos los efectos jurídicos propios a su naturaleza y al interés de las partes, sin embargo existen supuestos de hecho donde un negocio jurídico válido no produce efectos jurídicos o deja de producirlo por una causal sobreviniente a su celebración o por voluntad de las partes.

En ese entender Hinestrosa (1999) señala la existencia del negocio jurídico válido pero ineficaz, carácter que puede responder a la existencia de una *conditio iuris* consistente en un presupuesto de eficacia de orden legal o a la existencia de una condición suspensiva, de cuya verificación depende la eficacia del negocio jurídico, asimismo la ineficacia del negocio jurídico puede estar determinada por acuerdo de las partes contratantes (pág. 146).

Por su parte, Scalisi (2005) refiere que el fenómeno por el cual la ineficacia coexiste con la validez del negocio jurídico se origina en causas patológicas que a pesar de no haber afectado la estructura del negocio y por tanto mantener el reconocimiento del ordenamiento jurídico a la auto-reglamentación realizada por las partes a través de la validez, no permiten la consecución de la finalidad por la que en primer lugar fue constituido el negocio



jurídico que es la producción de los efectos y a través de ellos la satisfacción de los intereses de las partes, encontrándose la regulación normativa de carácter particular desprovista de la garantía jurídica de la realización a través del despliegue de las consecuencias jurídicas propias (pág. 294).

La ineficacia en sentido estricto o funcional es también llamada ineficacia sobreviniente, esta última denominación permite determinar su naturaleza, puesto que afecta al negocio jurídico en la fase ejecutiva es decir en el momento posterior a su celebración, debe entenderse entonces que opera ante la existencia de un acto completamente válido y que viene desplegando los efectos jurídicos que le son propios, los mismos que cesaran por la aparición de una causal sobreviniente (Castillo, 2015, pag. 137).

Finalmente se considera que el desarrollo del tema de ineficacia funcional es vital para la sustentación de la hipótesis del presente trabajo, por lo que abordar a profundidad este tema nos permitirá identificar la naturaleza jurídica de los supuestos de ineficacia funcional que consideramos relevantes como la rescisión, resolución, e inoponibilidad y a su vez fundamentar las razones por la que sostenemos que el negocio simulado es un supuesto de ineficacia funcional en lugar de un supuesto de ineficacia estructural como sostiene un sector de la doctrina.

#### **2.3.4.2. Características de la ineficacia funcional**

Taboada (2016) señala como principales características que identifican a la ineficacia funcional también llamada ineficacia en sentido estricto a las siguientes:



1.- Afecta a un negocio jurídico conformado de manera correcta y que por tanto goza de validez, por tanto el defecto que origina la ineficacia funcional responde a una circunstancia ajena a la formación del negocio.

2.- De manera general el defecto se presenta de forma sobreviniente a la celebración del negocio jurídico con excepción del supuesto de rescisión donde la causa se presenta al momento de la estructuración del negocio.

3.- La ineficacia funcional puede ser resultado del convenio de las partes contratantes como una manifestación de la autonomía privada (pág. 361-362).

### **2.3.5. Causales de la ineficacia funcional**

#### **2.3.5.1. Rescisión**

La causal de rescisión opera al momento de la celebración del acto jurídico y constituye el remedio por el cual a través de una disposición judicial se deja sin efecto un contrato válido cuando una de las partes contratantes se encuentra en una situación de desventaja asumiendo obligaciones injustas y que resultan desfavorables a sus intereses frente a la situación de aprovechamiento de la otra parte (Torres, 2015, pág. 1171).

A través del remedio de rescisión el ordenamiento jurídico ofrece a la parte perjudicada que sufre un perjuicio económico como resultado de las condiciones contractuales inicuas, el mecanismo por el cual puede solicitar al órgano jurisdiccional la cesación de la eficacia del negocio jurídico en cuanto no exista otro remedio para reparar la situación de desequilibrio entre ambas partes (Diez-Picaso & Gullon, 2002, pag.119 y 120).



Con relación a si el remedio de rescisión constituye un supuesto de invalidez del negocio jurídico o si en cambio responde a un supuesto de ineficacia funcional, la doctrina no tiene una posición unánime, en todo caso lo que si queda claro es que opera por una causal coetánea al momento de celebración del negocio jurídico, cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento injustificado de una de las partes contratantes, con la finalidad de obtener ventajas patrimoniales para sí, valiéndose de la situación de ventaja que ostenta frente a la otra parte, fundada en su estado de necesidad o peligro, de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación.

En cuanto a las diversas teorías que cuestionan su naturaleza, Trabucchi citado por Núñez (2014), refiere que el negocio jurídico que ve afectada su eficacia por acción del remedio rescisorio no es afectado por la invalidez puesto que el resultado de la rescisión resulta similar al obtenido con la anulación del negocio, en su lugar señala que su aplicación se basa en el sentido de justicia que debe existir en toda vinculación contractual aun cuando esta haya sido estructurada de manera correcta conforme a ley (pág. 580).

Como se puede advertir del enunciado del autor, la rescisión encajaría en un supuesto de anulabilidad, fundamentando este criterio en nuestra opinión en que bajo la influencia de un estado de necesidad y por tanto inequidad, el negocio jurídico contendría defectos en sus elementos estructurales, específicamente en la formación de la voluntad, por lo que evidencia una aproximación a los vicios de la voluntad, siendo lógicamente aplicable el supuesto de anulabilidad, así Bianca (2011), señala que la situación de





aprovechamiento de una de las partes y la situación de hecho por la cual la parte afectada se ve obligada a cumplir con prestaciones desfavorables para ella, es generada por el estado de necesidad o peligro que sufre, por tanto al manifestar su voluntad bajo la influencia de estas circunstancias que alteran la capacidad de decisión normal de toda persona, esta situación puede ser asimilada a lo que ocurre con los vicios del consentimiento. Por tanto el ordenamiento jurídico pone a disposición de la parte afectada el remedio de rescisión en respuesta al perjuicio económico que esta podría sufrir y con la finalidad de restituir el sentido de justicia en el vínculo contractual (pág. 702).

Dentro de la legislación comparada que ha adoptado esta posición doctrinaria podemos señalar al Código Civil Portugués de 1966 que señala:

*Artículos 282 Negocios usurarios*

*1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.*

*Artículo 283.- Modificación de los negocios usurarios.*

- 1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad.*
- 2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior.*



Así tenemos que de acuerdo a la legislación portuguesa, es anulable el negocio jurídico por usura, cuando una de las partes contratantes explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados, por tanto la extensa tutela otorgada por el ordenamiento jurídico a la parte afectada está fundamentada en la existencia de un vicio de la voluntad y el propio desequilibrio objetivo en las posiciones de las partes.

La normativa del Código Civil Alemán de 1896 por su parte establecía la sanción de nulidad al negocio jurídico con lesión enorme:

*Parágrafo 138.- Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo. Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.*

En este caso, el legislador determinó que una circunstancia de aprovechamiento por una de las partes a costa de la necesidad, ligereza o la inexperiencia de la otra parte, es considerado un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres por evidenciar una conducta impropia y reprobable, por lo cual es sancionable con la nulidad.

En cuanto a la tercera corriente o posición doctrinaria, esta señala que un contrato es rescindible cuando en este una parte ha asumido obligaciones bajo



condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado, removiendo así los efectos del negocio jurídico que este pudo producir antes de la sentencia judicial de rescisión. Así tenemos lo regulado por el Código Italiano de 1942:

*Artículo 1447. Contrato celebrado en estado de peligro*

*El contrato con el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado. El juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada.*

*Artículo 1448. Acción general de rescisión por lesión*

*Si existe desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato. La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato. La lesión debe mantenerse hasta el momento en que la demanda se interpone. No pueden rescindirse por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición hereditaria.*



Comentando esta regulación normativa Roppo (2009) señala que para la legislación italiana (artículo 1447° y ss.) los elementos defectuosos de un negocio jurídico rescindible son:

1.- El primer elemento está referido a la persona que contrata encontrándose en un estado de peligro o de necesidad no pudiendo decidir de manera normal, encontrándose presionada por la situación apremiante a celebrar el negocio jurídico en las condiciones que le propone la parte que se encuentra en situación de ventaja y por ende teniendo limitado el ejercicio de la libertad contractual.

2.- El segundo elemento versa específicamente sobre el contenido del contrato, al existir un desequilibrio entre la prestación dada por el sujeto afectado y la recibida, o la divergencia entre el valor del bien asignado en el contrato y el valor real conforme al tráfico comercial, generando en el sujeto afectado un perjuicio de carácter económico.

3.- Finalmente, el tercer elemento está referido a la conducta por la cual la parte que se encuentra en situación de ventaja se aprovecha de la situación de inferioridad o peligro de la otra parte con la finalidad de obtener un beneficio concreto de la situación de desequilibrio contractual (pág. 809).

De todo lo señalado anteriormente, podemos concluir que como elementos característicos de la rescisión tenemos:

- Es el remedio contractual por el cual se deja sin efecto un contrato por una causal configurada al momento de la celebración del negocio jurídico, aquí debemos precisar que el negocio jurídico rescindible produce sus efectos jurídicos hasta que no se declare judicialmente la rescisión del mismo, y como



consecuencia el estado de las cosas se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico.

- La causal para que se configure el remedio de rescisión es que se desprenda del contenido del negocio jurídico una situación de ventaja y aprovechamiento de una de las partes contratantes, procurando beneficios patrimoniales para sí, en perjuicio del estado vulnerable, necesitado, o ignorante de la otra parte contratante.

Adicionalmente consideramos pertinente la delimitación realizada por Torres A., (2007) al señalar las semejanzas y diferencias entre las figuras jurídicas de rescisión y anulabilidad de conformidad con la legislación nacional:

**Semejanzas:**

- a) Las principales semejanzas entre las figuras jurídicas de anulabilidad y rescisión están referidas en primer lugar al momento de operatividad de sus causales, es así que tanto las causales de anulabilidad como de rescisión son coetáneas a la celebración del negocio jurídico.
- b) En ambos casos producen los efectos jurídicos que les son propios desde su nacimiento y solo dejarán de producirlos por efecto del pronunciamiento judicial que los declare nulos o rescindidos respectivamente.
- c) El sujeto legitimado para ejercer la acción de rescisión o anulabilidad es la persona protegida por las causales de anulabilidad y las de rescisión, en otras palabras la persona afectada.
- d) En cuanto a su ineficacia tanto el contrato anulable como el rescindible en



merito a una sentencia judicial de carácter constitutivo son ineficaces desde la celebración del negocio jurídico conforme a lo establecido por los artículos 222° y 1372° respectivamente.

**Diferencias:**

a) En relación a sus diferencias refiere que mientras en el contrato anulable existen defectos en su conformación, que acarrear su invalidez, en el caso del contrato rescindible, este ha sido estructurado de manera correcta en observancia de los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley por tanto constituye contrato valido.

b) La convalidación a través de la confirmación es únicamente aplicable al contrato anulable más no en el caso del contrato rescindible al tratarse de un contrato válido.

c) La aplicación del remedio de la rescisión tiene únicamente como finalidad la protección de la parte contratante en desventaja ante un perjuicio.

d) De la naturaleza jurídica de ambas figuras se desprende que la anulabilidad es una categoría jurídica de la invalidez o ineficacia estructural mientras que la rescisión es un remedio o categoría jurídica de la ineficacia funcional del negocio jurídico.

e) Ambas figuras jurídicas resultan incompatibles entre sí, es decir lo que es rescindible no es a la vez anulable, ni lo anulable es rescindible a excepción de lo regulado en relación a la venta de bien ajeno que es rescindible a solicitud del comprador (artículo 1539°) y nulo a instancia del propietario del bien (artículo



219° inciso 1).

f) En el lapso de tiempo transcurrido entre la celebración del contrato anulable y su declaración judicial de ineficacia no son perjudicados los derechos adquiridos por terceros a título oneroso y de buena fe, mientras que en el caso del contrato rescindible en el lapso de tiempo mencionado se encuentran protegidos los adquirentes de buena fe a título oneroso y gratuito (pág. 3-4).

#### **2.3.3.5.1. La rescisión en el Código Civil Peruano**

El Código Civil vigente adoptó el mismo criterio del Código Civil italiano, señalando:

*Artículo 1370°.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.*

Como podremos ver a continuación, tal y como sucede en el supuesto de anulabilidad, las causales de rescisión están establecidas expresamente en la ley, en atención al principio de legalidad, y son tres:

##### **a. Rescisión por lesión:**

*Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.*

**b. Rescisión por venta de bien ajeno:**

*Artículo 1539.- La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda.*

**c. Rescisión de la compraventa sobre medida**

*Artículo 1575.- Si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión.*

En este punto, es relevante definir la institución jurídica de la lesión, en atención a la primera causal de rescisión establecida en el artículo 1447º, en ese sentido Díaz (2001) precisa que la lesión como causal de rescisión del contrato debe ser entendida como el perjuicio de carácter económico de la parte contratante que ha actuado por efecto de la presión ejercida por un estado de peligro o de necesidad en el que se encontraba inmersa, el mismo que debe ser determinante para la celebración del negocio jurídico. El perjuicio está determinado por la desproporción entre la prestación ejecutada y la contraprestación recibida, de forma más clara, para la configuración de la lesión es necesaria la concurrencia de tres elementos: la desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes que depende del estado de necesidad en que se encontraba la parte afectada, el estado de necesidad o peligro apremiante del sujeto lesionado y la ventaja obtenida de manera intencional por la parte que se encontraba en situación de ventaja (pág. 137).





Por tanto queda claro que cuando exista una desproporción entre las prestaciones y que esta se haya producido como consecuencia del estado de necesidad apremiante de una de las partes contratantes, se ha configurado una lesión patrimonial, por medio de la cual la parte lesionada puede demandar la rescisión del contrato que tiene un contenido inicuo.

En nuestro ordenamiento civil se ha establecido como requisito para la aplicación de rescisión por lesión, que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sea mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, sin embargo el lesionado deberá demostrar adicionalmente a la desproporción entre las prestaciones y al estado de necesidad, el conocimiento de la otra parte contratante, del estado de necesidad que le aquejaba, y que tomando ventaja de ella, suscribió un negocio jurídico obteniendo beneficios patrimoniales para sí, el mismo que lesivo para la parte contratante afectada.

#### **2.3.3.5.2. El estado de necesidad**

El estado de necesidad consiste en el interés serio e imperante del sujeto, cuyo medio de satisfacción sea el contrato, y que su insatisfacción implique un daño patrimonial serio. Este daño puede afectar al contratante o a un tercero siempre que el estado de necesidad sea determinante para el contrato y presione al afectado a pactar condiciones injustas (Bianca, 2011, pag.707).

El estado de necesidad no implica necesariamente el menoscabo permanente del patrimonio de la parte afectada, sino que también puede



consistir en la ausencia momentánea de dinero, situación que deberá ser aprovechada por la otra parte obrando de mala fe para la configuración de la causal de rescisión (Morales, 2010, pag. 211).

Por tanto, podemos decir que el estado de necesidad es la presencia latente de un perjuicio significativo en el patrimonio, por lo que el sujeto decide suscribir un negocio jurídico aun en circunstancias injustas, para evitar verse afectado con el detrimento de su patrimonio. Esta necesidad puede ser de dinero, o también de bienes o servicios, la misma que puede ser temporal no siendo necesario un estado completo de insolvencia, bastara con la urgencia de liquidez para evitar un menoscabo en su acervo patrimonial, asimismo debemos señalar que este estado de necesidad puede responder a la parte contratante o a un tercero siempre que exista un nexo de interés entre los mismos y que el estado de necesidad determine la celebración del negocio jurídico lesivo.

Por ejemplo cuando A ha entregado la inicial para la compra de un departamento y cuando se disponía a pagar el saldo sufre un asalto, y el vendedor del departamento le indica que si no le paga en la fecha señalada perderá la reserva y opción de compra, razón por la cual A decide vender otra propiedad a un precio muy bajo que no corresponde al precio de mercado, únicamente con el objetivo de obtener el dinero que necesita para cancelar el saldo por la compra del departamento y no perder su inversión. Aquí debemos precisar que para que el estado de necesidad se configure como una causal de rescisión, este debe ser determinante para la celebración del negocio jurídico inicitivo.

#### **2.3.3.5.3. El estado de peligro**

A diferencia del estado de necesidad, en el estado de peligro existe la urgencia de protegerse frente al daño inminente a la integridad física de la persona, o a cualquier atributo de su personalidad, como se desprende de su definición, este estado de dependencia de la suscripción de un negocio jurídico inícuo reviste mayor gravedad que el del estado de necesidad, estando amenazada la persona o un tercero.

La situación de peligro puede deberse a causas naturales o a actos humanos, para la aplicación del remedio de rescisión no se tomara en cuenta si la parte afectada con la lesión ha ocasionado el estado de peligro siendo suficiente el nexo causal entre la amenaza y la suscripción del negocio jurídico injusto y desequilibrado en sus prestaciones.

#### **2.3.3.5.4. Efectos de la rescisión**

El artículo 1372° dispone: *La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.*

El principal efecto de la rescisión es la restitución recíproca de las prestaciones que fueron ejecutadas entre las partes contratantes, retrotrayendo el estado de las cosas al momento de la celebración del negocio jurídico, aquí debemos señalar que el negocio jurídico rescindible produce sus efectos hasta que su inoperancia no se haya declarado judicialmente.

En cuanto a los efectos de un contrato rescindido con relación a terceros,



estos no son afectados en sus derechos ya sea su adquisición a título oneroso o gratuito siempre que esta haya sido efectuada de buena fe.

Como resulta lógico de la interpretación de los dispositivos normativos referentes a la rescisión, el legitimado para solicitar ante el órgano jurisdiccional la rescisión del negocio jurídico es la parte contratante afectada que ha celebrado el negocio en estado de necesidad, la acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato, la demanda de rescisión puede ser detenida por el demandado ofreciendo a la parte afectada la compensación o reajuste por la diferencia entre su prestación bajo la influencia determinante de un estado de necesidad, y el valor real de la prestación, restituyendo la igualdad perdida en el ámbito contractual.

#### **2.3.5.2. Resolución**

En atención a lo señalado precedentemente, la ineficacia en sentido estricto o funcional, supone un negocio jurídico válidamente celebrado, pero que se tornará ineficaz por una causa exterior a su formación.

El artículo 1371° del Código Civil dispone: *La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.*

Por lo que se infiere que a criterio del legislador corresponde considerar al remedio contractual de resolución como un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico.



Así entonces consideramos aplicable lo señalado por Roppo (2009) quien refiere que la resolución únicamente afecta a la eficacia del contrato mas no a su validez, por tanto únicamente incide en la relación obligacional derivada del contrato (pág. 860).

De lo señalado queda claro, que la resolución es el remedio contractual por el cual, se ataca con la ineficacia, los efectos de un negocio jurídico valido o su relación obligacional, como consecuencia de la aparición de una circunstancia ajena y sobreviniente a su celebración convirtiendo a la relación obligacional derivada del contrato, en inconveniente para una o para ambas partes contratantes, la resolución puede ser originada por una disposición legal como la imposibilidad sobreviniente a la prestación y por incumplimiento contractual, o por un convenio entre las partes, constituyendo una forma de extinción del negocio jurídico, ocasionando la destrucción de los efectos jurídicos de manera retroactiva al momento en que se configuro la causal de resolución.

Debemos incidir en que la resolución como remedio incide directamente en la relación obligacional, mas no en el contrato, es decir este remedio contractual no deja sin efecto el contrato puesto que de conformidad con lo establecido por el artículo 1371º, la causal resolutoria es extrínseca a la formación del negocio jurídico, por tanto estamos ante un negocio jurídico valido que deviene en ineficaz por una causal sobreviniente a su celebración. Consideramos importante hacer esta precisión, dado que es la principal característica de los supuestos de ineficacia en sentido estricto o funcional y a su vez la más notable diferencia con el remedio de rescisión por medio del cual

se deja sin efecto un contrato por una causal al momento de la celebración del negocio jurídico, razón por la cual un sector de la doctrina la considera como un supuesto de invalidez, como hemos podido ver anteriormente.

En otras palabras, el remedio contractual de resolución es el mecanismo jurídico ofrecido por el ordenamiento jurídico por el cual una de las partes contratantes puede desvincularse de la relación obligacional derivada del contrato, por la existencia de una circunstancia sobreviniente a la celebración del negocio jurídico, que no se encuentra prevista en el contrato y que desequilibra la equidad frente a las prestaciones recíprocas de las partes, por lo que el mantenimiento del vínculo contractual deviene en inconveniente.

La resolución contractual puede ser originada por disposición legal o por voluntad de las partes, así tenemos las siguientes causales:

- La imposibilidad sobreviniente de la prestación
- El incumplimiento contractual
- La voluntad de las partes.

#### **2.3.5.2.1. Efectos de la resolución**

En primer lugar debemos señalar conforme lo establecido en el segundo y tercer párrafo del artículo 1372°, que la sentencia judicial que declara la resolución del contrato, retrotrae los efectos al momento en el que se configuró o se advirtió la existencia de la causal resolutoria, no obstante nada impide que las partes pueden convenir la no operatividad de la retroactividad en caso el contrato sea resuelto.



El efecto retroactivo de las prestaciones en los contratos resueltos, tiene una excepción en los casos de contratos de ejecución continuada en los que los efectos de la resolución rigen para el futuro no afectando las prestaciones ya ejecutadas hasta el momento de la aparición de la causal resolutoria.

Por ejemplo en un contrato de arrendamiento, si la relación obligacional se originó en el año 2015 y la prestación fue cumplida correctamente por parte del deudor/arrendatario hasta el año 2017, momento en el cual se originó la causal resolutoria por incumplimiento de la prestación razón por la cual el contrato fue resuelto, el efecto retroactivo no es aplicable, no pudiendo el acreedor/arrendador devolver el importe pagado por el deudor, operando la resolución desde el año 2017 en adelante.

El principal efecto que constituye consecuencia directa de la extinción del vínculo obligacional es el efecto restitutorio, por el cual las partes se restituyen recíprocamente las prestaciones ejecutadas derivadas del contrato al momento de configuración de la causal de resolución, asimismo el dispositivo legal referido dispone que en caso no sea posible la restitución de prestaciones, deberá reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En cuanto al efecto resarcitorio Torres (2007) señala que la obligación de resarcir los daños causados, mediante el pago por concepto de indemnización, recae en el deudor que no ha cumplido con la prestación o que haya ocasionado la imposibilidad de su cumplimiento conforme se establece en los artículos 1428°, 1429° y 1432° (pág. 11).

En cuanto a los efectos con relación a terceros tal y como sucede en el



caso de la rescisión, los terceros que han adquirido derechos de buena fe no se verán afectados por la resolución del contrato no siendo relevante para el Derecho, si su adquisición fue realizada a título oneroso o gratuito.

#### **2.3.5.2.2. La resolución por incumplimiento**

Forno citado por Morales (2010), refiere que mediante el remedio de resolución por incumplimiento se extingue un vínculo contractual válido por la falta de ejecución culpable de la prestación a cargo de una de las partes, este tipo de remedio tiene naturaleza preventiva y actúa en tutela de la parte contratante que ha cumplido con la prestación, con la finalidad de que esta no sufra un daño mayor al incumplimiento culpable de la prestación por la otra parte, consistente en que la parte culpable del incumplimiento conserve en su patrimonio la prestación emitida por la parte ejecutora (pág. 213-214).

Por su parte Palacios (2011) señala que el ordenamiento jurídico a través del remedio resolutorio ofrece a la parte contratante afectada con el incumplimiento culpable de la otra parte, la posibilidad de atacar su eficacia ocasionando la eliminación de los efectos jurídicos que el negocio habría producido (pág. 383).

Pues bien ante esa circunstancia el acreedor está facultado para requerir el cumplimiento de la prestación o la resolución del contrato, basado en el interés en la prestación del deudor y en la expectativa de su cumplimiento. En el caso de que opte por la resolución del contrato, puede acceder a ella por vía judicial o extrajudicial.





En el supuesto de la resolución por vía judicial el artículo 1428° ha dispuesto:

*En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.*

Al respecto, es necesario señalar que la sentencia que declara la resolución del contrato tiene carácter constitutivo, la estimación de la demanda exige como requisitos que en primer lugar se trate de un contrato sinalagmático válido, el incumplimiento de la prestación de una de las partes y que este no se deba a fuerza mayor, caso fortuito, al hecho de un tercero o del acreedor, aquí es necesario señalar que la parte que reclama la resolución del contrato por incumplimiento debe haber cumplido su prestación o al menos haber asegurado su cumplimiento, demostrando con este hecho una clara afectación y desequilibrio del vínculo obligacional, asimismo el incumplimiento debe ser grave, es decir el incumplimiento debe revestir gran importancia conforme a la naturaleza y contenido del contrato, razón por la cual la ejecución de esta prestación debe estar fuertemente vinculada a la suscripción del negocio jurídico, esta circunstancia será valorada por el juez en atención a las características particulares de cada caso concreto, finalmente el incumplimiento del deudor no debe ser imposible, caso contrario será aplicable lo establecido en la resolución del contrato por sobrevenida imposibilidad de la prestación.



Adicionalmente es necesario mencionar el carácter irreversible de la resolución frente al cumplimiento, en otras palabras en el caso de que se requiera el cumplimiento de la prestación y una vez expedida la sentencia que ordena el cumplimiento por parte del deudor este se muestre renuente a cumplirla, el acreedor afectado puede solicitar judicialmente la resolución del contrato, sin embargo si se ha solicitado ante el órgano jurisdiccional la resolución del contrato, no se puede solicitar posteriormente el cumplimiento de la prestación, como resulta lógico dado que la resolución implica la extinción del vínculo obligacional entre las partes, por tanto se aplica lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1428°, al señalar que a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

En cuanto a la resolución de contrato de pleno derecho, esta opera por la simple verificación del incumplimiento sin necesidad de una sentencia judicial, así tenemos la figura jurídica regulada en el artículo 1429° del Código Civil que norma la resolución de pleno derecho por requerimiento del acreedor, aquí consideramos necesario referirnos a una figura jurídica desarrollada en la doctrina italiana llamada **intimación a cumplir**, al respecto Roppo (2009) señala: *“La intimación a cumplir es un negocio unilateral recepticio y formal: consiste en una intimación y en una advertencia que la parte legitimada dirige <<por escrito>> a la parte incumplidora (art. 1454)”* (pág. 883).

Podemos decir entonces que a través de esta intimación, el acreedor comunica a la parte deudora una suerte de último aviso, señalando que ha incumplido con la prestación a la cual se obligó a través de la suscripción del



negocio jurídico y que tiene un plazo determinado para ejecutarla caso contrario el contrato será resuelto.

En la legislación nacional se ha dispuesto que este último aviso o amenaza se realice mediante una carta notarial estableciendo un plazo no menor de quince días para el cumplimiento de la prestación por parte del deudor, con la indicación expresa de que en caso contrario el contrato será resuelto con la sola verificación del incumplimiento.

No obstante en este supuesto la resolución actúa de pleno derecho, para efectos de la indemnización por daños y perjuicios será necesaria una sentencia judicial que en lo que se refiere a la resolución del contrato por incumplimiento tendrá carácter declarativo señalando únicamente que se han cumplido los presupuestos para su aplicación.

Finalmente nos referiremos a otro supuesto de resolución de contrato de pleno derecho, la cláusula resolutoria expresa también llamada pacto comisorio, por medio de la cual se conviene entre las partes la resolución del contrato por el incumplimiento de una determinada prestación a cargo de una de las partes, esta forma de resolución contractual se basa en el acuerdo de partes que determinan la ineficacia del negocio jurídico a partir del incumplimiento de una prestación específica, por lo que podemos decir que esta cláusula no pertenece a la naturaleza jurídica de ningún tipo de contrato, siendo agregada de forma convencional, con fundamento en la autonomía privada de la voluntad.

De la misma forma que en el supuesto regulado en el artículo 1428°, se requiere previamente a la resolución de pleno derecho, la declaración de



voluntad del acreedor dirigida al deudor en la cual se especifica el incumplimiento de una prestación y que conforme a la cláusula resolutoria expresa, esta acción ocasionara la resolución del contrato, esta declaración de voluntad es de naturaleza recepticia, por lo que bastara la entrega al destinatario. Es necesario señalar que la resolución por la verificación de la cláusula resolutoria solo podrá ser invocada por la parte contratante que ha cumplido con su prestación y que resulta afectada por el incumplimiento de la otra parte.

Asimismo debemos puntualizar que de la misma forma que en el supuesto anterior, para efectos de solicitar la indemnización por daños y perjuicios será necesaria una sentencia judicial únicamente de orden declarativo donde se señale que la cláusula resolutoria fue cumplida.

#### **2.3.5.2.3. Resolución por imposibilidad sobrevenida**

Empezaremos señalando que este también es un supuesto de resolución de contrato de pleno derecho, y para su configuración es necesario que la imposibilidad sea sobrevenida a la celebración del negocio jurídico, ya que de otro modo sería una causal de nulidad del negocio jurídico de conformidad con lo establecido en el artículo 219°.

Ahora bien en la doctrina a través de la teoría del riesgo se ha tratado de determinar en cuál de las partes contratantes recaería la responsabilidad de asumir los riesgos frente a una imposibilidad sobrevenida, el Código de Napoleón estableció la atribución de riesgos al comprador, sosteniendo que el adquirente es propietario desde el perfeccionamiento del contrato, aun cuando



este no haya recibido el bien por parte del vendedor.

El Código Civil vigente mantiene este mismo criterio en cuanto a que el adquirente es computado propietario a partir del perfeccionamiento del contrato, no obstante el artículo 1567° señala: *El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputables a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.* Por lo que podemos inferir que el riesgo de pérdida antes de la entrega del bien corresponde al vendedor, de forma independiente al perfeccionamiento del contrato.

Ante la circunstancia de no poder ejecutar la prestación por imposibilidad sobrevenida ya sea esta física o jurídica, el contrato se resuelve de pleno derecho, esto tiene como fundamento la interdependencia entre prestaciones en los contratos sinalagmáticos, siendo así resulta lógico que frente a la imposibilidad del cumplimiento de la prestación, no exista fundamento para la exigencia del cumplimiento de la contraprestación, razón por la cual ambas partes son liberadas de la relación obligacional derivada del contrato.

De acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil vigente, la imposibilidad sobrevenida puede obedecer a:

- Caso fortuito o fuerza mayor
- Culpa del deudor
- Culpa del acreedor

En el primer supuesto, en el que la imposibilidad deriva de un caso fortuito o fuerza mayor es aplicable lo dispuesto en el artículo 1431°:

*En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.*

*Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.*

No obstante el riesgo de pérdida puede ser asumido por ambas partes contratantes, o por una de ellas, por acuerdo expreso convenido y establecido en el contrato.

Consideramos relevante señalar que el Código Civil no ha desarrollado los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, sin embargo la doctrina, los ha identificado e individualizado. Es así que Torres (2015) refiere que el caso fortuito consiste en un hecho proveniente de la naturaleza y que como tal es imposible de prever como por ejemplo un aluvión que destruye la propiedad, una enfermedad que impide que el deudor cumpla la prestación a la cual se obligó en el contrato. Por otro lado la fuerza mayor implica la existencia de un hecho ejecutado por una autoridad o por un tercero que se caracteriza por ser extraño a la conducta del deudor y es imprevisible como por ejemplo el robo del dinero con el cual el deudor pagaría el precio del bien (pág. 1223).

Debemos puntualizar que la imposibilidad sobrevenida a la que se refiere el dispositivo normativo comentado, debe ser definitiva e irreversible, no se encuentra regulada la posibilidad de que esta sea temporal, como si se encuentra prevista en el Código Civil Italiano en el artículo 1256° que dispone:

*Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, hasta que dura, no es*



*responsable de la demora en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación expira si la imposibilidad continúa hasta que, en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto, el deudor ya no pueda ser obligado a realizar el servicio o el acreedor ya no tenga interés en obtenerlo.*

Por otro lado si la imposibilidad sobreviniente es originada por las partes, el artículo 1432° ha regulado dos supuestos:

- a) Cuando la culpa sea atribuible al deudor, este no puede exigir la contraprestación y debe responder a la indemnización de daños y perjuicios que pueda solicitar el acreedor. Adicionalmente si la contraprestación ya fue efectuada, esta debe ser restituida.
- b) Cuando la culpa sea atribuible al acreedor, este deberá cumplir con la contraprestación.

#### **2.3.5.2.4. Resolución por excesiva onerosidad sobrevinida**

La excesiva onerosidad está referida al desequilibrio económico entre el valor de la prestación previsto al momento de la celebración del negocio jurídico y lo resultante en la ejecución del mismo, por la presencia de circunstancias imprevistas referentes en la mayoría de los casos al valor en el mercado, que ocasionan un gran sacrificio para su cumplimiento y/o disminuyendo la utilidad del contrato contemplada en un inicio, y que determino la suscripción del negocio jurídico.

Ante esta circunstancia el ordenamiento jurídico ofrece el remedio de resolución por excesiva onerosidad sobrevinida mediante el cual se liberara a la



parte afectada de la relación obligacional derivada del contrato. Graficando este supuesto tenemos un contrato de suministro por el cual A se compromete a suministrar productos comestibles a un restaurante en la ciudad de Aguas Calientes, el primer día de cada semana por 12 semanas en total, realizando el transporte de los productos por vía ferroviaria, sin embargo en la tercera semana sucede un accidente en la vía Cusco-Aguas Calientes por lo cual la vía se ve paralizada de forma indefinida, en estas circunstancias A evalúa que el transporte de sus productos por bus incrementara el costo y el tiempo, reduciendo considerablemente la utilidad del negocio que suscribió.

Roppo (2009) señala cuatro elementos característicos para la configuración de la excesiva onerosidad sobrevenida como causal de resolución contractual, el primero referido a la naturaleza del contrato, es así que es necesario que al menos una de las prestaciones se encuentre diferida, es decir no sea ejecutada en el momento de celebración del negocio, por tanto el contrato debe ser de ejecución continuada, periódica o de ejecución diferida; el segundo elemento es que la prestación afectada por la onerosidad, circunstancia no prevista en el contrato, no se haya agotado es decir este aún en fase de ejecución, asimismo es necesario que la onerosidad sobrevenida sea excesiva, este criterio es determinado si es que la señalada onerosidad excede el límite de riesgo del contrato contemplado por las partes, en atención a su naturaleza y contenido y el último elemento está referido a la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida (págs.. 931-937).

El Código Civil vigente en el artículo 1440° regula la excesiva onerosidad señalando en primer lugar que será aplicable en los contratos





conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, siendo extensiva a los contratos de ejecución inmediata cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella y a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato, asimismo señala que el deudor que se ha visto perjudicado por una circunstancia imprevisible con la finalidad de recuperar el equilibrio en el vínculo contractual, puede solicitar al juez que reduzca el valor de su prestación o caso contrario que aumente el valor de la contraprestación, mecanismo que es conocido en la doctrina como reducción a equidad, constituyendo este un medio para recuperar la equidad en las prestaciones. Así también puede solicitar la aplicación del remedio de resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, que determinara la ineficacia del contrato a través de una sentencia judicial constitutiva.

En atención a la naturaleza de los contratos de ejecución continuada o periódica, los efectos de la resolución del contrato son aplicables a las prestaciones futuras, no siendo afectadas las ya ejecutadas hasta la verificación de la causal de excesiva onerosidad sobrevenida.

### **2.3.5.3. Inoponibilidad**

Consideramos importante establecer previamente la definición de oponibilidad realizada por la doctrina, al respecto Torres señala (2015) los efectos jurídicos que emanan del negocio jurídico otorgado por las partes contratantes, son aplicables a estas y a terceros. Por tanto los terceros deben respetar los derechos y obligaciones derivados del vínculo contractual entre las



partes, por ejemplo en una compraventa, el tercero (acreedor) que mantiene una relación obligacional con el vendedor, ajena al contrato de compraventa debe respetar este contrato, pudiendo embargar otros bienes para satisfacer su interés (crédito) sin afectar el bien que ha sido transferido (pag.1035).

Ante esta protección del ordenamiento jurídico, que constituye la regla general, por medio de la cual, la nueva realidad contractual derivada de la suscripción de un negocio jurídico, obedece al criterio *erga omnes* por el cual los efectos del contrato son aplicables entre las partes y deben ser reconocidos por terceros, existe una excepción por la que los terceros legitimados pueden rechazar los efectos del contrato suscrito por las partes, por considerarlo lesivo de sus derechos.

Al respecto Ospina y Ospina (2015) señalan que el principio por el cual las partes y terceros deben respetar las consecuencias jurídicas derivadas de la celebración de un negocio jurídico no es absoluto, puesto que el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad a los terceros de que puedan rechazar los efectos jurídicos e incluso impugnar el acto que consideran pueda lesionar sus derechos, estableciendo la inoponibilidad del acto jurídico respecto a los terceros que se han visto lesionados por sus efectos (pág. 389).

En ese entender podemos decir que la inoponibilidad, es el supuesto jurídico por el cual, la eficacia de un negocio jurídico válido puede ser impugnada o rechazada por terceros protegidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo este negocio incidir disfuncionalmente respecto de intereses legítimos ajenos a los sujetos que lo otorgaron. Entonces mediante este remedio es



posible regular la eficacia de un negocio jurídico válido, por lo que está configurado dentro de los supuestos de ineficacia en sentido estricto o funcional.

Morales (2015) señala al respecto que por efecto de la inoponibilidad, la ineficacia del negocio jurídico será relativa, es decir que sus efectos jurídicos no serán aplicables a determinadas personas, por tanto el acto de autonomía privada se verá limitado en su fase de ejecución como consecuencia de la posición legítima del tercero que considera afectados sus derechos por el contenido del acto jurídico. Entonces la inoponibilidad puede ser definida como el mecanismo de protección a través del cual el ordenamiento jurídico tutela a determinados terceros que considera pueden ver lesionados sus derechos y los excluye de la eficacia desplegada por un acto jurídico, determinando que la auto-reglamentación de intereses presentada es válida y eficaz entre las partes pero ineficaz frente a determinados terceros.

La inoponibilidad constituye una categoría jurídica de ineficacia funcional o ineficacia en sentido estricto, por lo tanto el negocio jurídico inoponible a terceros, es un negocio válido tanto para las partes como para terceros, al haber sido estructurado cumpliendo con los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley establecidos en el artículo 140°, siendo únicamente afectada su eficacia en función a los posibles efectos lesionantes que pueda ocasionar el acto frente a determinados sujetos ajenos al vínculo contractual, los mismos que se encuentran legitimados para repeler sus efectos jurídicos, legitimación y protección otorgada por el ordenamiento jurídico (Castillo, 2015, pag. 151-152).



De todo lo señalado y para delimitar la figura de inoponibilidad consideramos relevantes las características de inoponibilidad determinadas por Torres (2015),

- 1) *La inoponibilidad es una facultad establecida, expresa o implícitamente, en protección del interés de determinados terceros.*
- 2) *Solo el tercero beneficiado puede esgrimir la inoponibilidad, en vía de acción o de excepción. A diferencia del acto nulo y del anulable declarado nulo, que adolecen de ineficacia absoluta, erga omnes, el acto inoponible adolece de ineficacia relativa, solo es ineficaz frente al tercero beneficiado por ley.*
- 3) *No puede ser declarada de oficio por el juez, por no existir un interés público que proteger.*
- 4) *La oponibilidad es la regla y la excepción es la inoponibilidad. Es decir, los actos jurídicos son oponibles a las partes y a cualquier tercero, salvo que la ley diga que no lo son.*
- 5) *La persona facultada por la ley puede actuar como hubiera podido hacerlo en la etapa anterior al perfeccionamiento del acto jurídico.*
- 6) *No se afecta la validez del acto jurídico el cual produce todos sus efectos entre las partes y los terceros, pero no puede ser esgrimido frente al tercero que por ley está facultado para actuar como si el acto no existiera.*
- 7) *La inoponibilidad protege la indemnidad de los derechos adquiridos por el tercero con anterioridad a la celebración del acto jurídico. Pero*



*también lo protege en los derechos adquiridos con posterioridad, cuando desconocía o no estaba en la posibilidad de conocer la existencia del acto jurídico. (Pág. 1039)*

Graficando el supuesto jurídico de inoponibilidad podemos citar lo establecido en el artículo 194°:

*El negocio simulado no puede ser opuesto a los terceros que hayan adquirido derechos del titular aparente a título oneroso y de buena fe.*

En este caso el tercero adquirente confiando en la apariencia, adquiere derechos del titular aparente, por tanto, las partes del negocio simulado no pueden exigir el cumplimiento de los términos de la simulación, así, el tercero que adquirió derechos a título oneroso y de buena fe se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico y ostenta el derecho potestativo de rechazar la eficacia del negocio simulado, esta tutela ofrecida al tercero se otorga con la finalidad de proteger los derechos que puedan ser vulnerados a consecuencia de la operatividad de efectos del negocio simulado.

Otro ejemplo claro de inoponibilidad, se encuentra establecido en el artículo 161° del Código Civil que establece: *El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiera conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.*

La inoponibilidad, puesto que esta institución jurídica protege los intereses particulares, deberá hacerse valer mediante sentencia judicial vía acción o excepción, a petición del tercero ajeno al vínculo contractual que ha



visto afectados sus intereses.

### **2.3.5.3.1. Tipos de inoponibilidad**

#### **a. Inoponibilidad Positiva**

El carácter positivo de la inoponibilidad se configura cuando el negocio jurídico correctamente estructurado y por consecuencia válido, por mandato de la ley no produce efectos frente a determinados terceros. En la inoponibilidad positiva el tercero pretende salvaguardar un derecho nacido de un acto anterior (preexistente) al que exhiben las partes de una relación jurídica. Por ejemplo el supuesto jurídico regulado en el segundo párrafo del artículo 161º: *También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.*

En este caso el representante no tiene facultades para actuar en nombre del supuesto representado, por tanto los efectos producidos por el negocio jurídico celebrado entre el representante y la otra parte contratante, no serán reconocidos por el supuesto representado, ante la falta de cumplimiento de un requisito exigido por ley como es el poder de representación concedido por el representado en favor del representante, por lo mismo es aplicable la inoponibilidad en razón de que los efectos jurídicos derivados de este negocio jurídico atentan contra los intereses del tercero ajeno al vínculo contractual de las partes.

#### **b. Inoponibilidad negativa**

Se manifiesta cuando el negocio jurídico celebrado por las partes es



anulado, rescindido o resuelto, en este supuesto las partes contratantes no pueden oponer la invalidez o ineficacia del negocio jurídico a ciertos terceros. Es decir, en la inoponibilidad negativa, el derecho del tercero a proteger ha nacido de un acto posterior al exhiben que las partes de una relación jurídica.

Por ejemplo lo establecido por el principio de fe pública registral, mediante el cual es protegido el derecho inscrito del tercero de buena fe y a título oneroso, aun cuando el negocio jurídico que lo origino se anule, rescinda o resuelva.

Por tanto la sanción de invalidez o ineficacia recaída sobre el negocio jurídico primigenio generador de derechos del tercero adquirente le es inoponible.

Dentro de los supuestos de inoponibilidad podemos señalar los siguientes:

a) *Inoponibilidad por incumplimiento de formas de publicidad*

El cumplimiento del deber de respetar los efectos jurídicos de un negocio por parte de terceros, solo será posible si estos tienen conocimiento del negocio, razón por la cual la ley exige a las partes contratantes el cumplimiento de requisitos de publicidad que permitan la aplicación de la presunción de conocimiento de terceros acerca del negocio jurídico y su contenido (Ospina & Ospina, 2015, pag. 390).

El principio de publicidad registral señala que nadie podrá alegar desconocimiento o ignorancia de los actos inscritos en los Registros Públicos, por tanto este principio garantiza la oponibilidad de los negocios jurídicos



frente a terceros. Sin embargo cuando estamos frente al incumplimiento de la forma de publicidad, estos no pueden desplegar su eficacia frente a terceros pudiendo ser aplicable la inoponibilidad. Estos son algunos de esos supuestos:

a.1) Oposición de derechos reales sobre inmuebles:

El artículo 2022° establece: *Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.*

Así el mejor derecho de propiedad sobre un mismo bien inmueble lo ostenta el titular con derecho inscrito con anterioridad, por tanto el derecho real inscrito con posterioridad es inoponible al derecho real inscrito preferentemente.

La jurisprudencia nacional ha señalado:

*Al derecho del acreedor que surge de un embargo inscrito en los Registros Públicos no le será oponible el del tercerista de propiedad que conste en escritura pública suscrita con anterioridad a la inscripción de la medida cautelar aludida pero no inscrita en el Registro; puesto que, una escritura pública, en tanto no contar con la fe del Registro, es oponible solo entre las partes intervinientes en el acto jurídico que formaliza, mas no de manera absoluta ante terceros, como sí lo es el derecho del acreedor que inscribió la medida cautelar de embargo, accediendo a la preferencia y oponibilidad erga omnes que otorga el Registro. (Casación N° 2683-2001, Diálogo con la Jurisprudencia, 2007,*





pág. 696)

- a.2) Principio de buena fe pública registral: Es de aplicación lo establecido por el artículo 2014º al revestir prevalencia la inscripción de un acto a título oneroso y de buena fe, aunque con posteridad dicho acto se anule, rescinda o resuelva.

Por lo que, es inoponible el derecho real originado por un negocio jurídico no inscrito, al titular registral de derecho real del mismo bien inmueble.

La jurisprudencia nacional ha señalado:

*El adquirente no puede ser perjudicado en su adquisición del derecho real de hipoteca si al momento de celebrar el contrato de crédito, con garantía hipotecaria, los transferentes aparecían en los Registros Públicos como cónyuges propietarios del bien hipotecado, por más que estos ya no estuvieran casados. Por tanto el derecho real de garantía no puede ser declarado ineficaz por causas que no se conocieron o no se pudieron al momento de la realización del referido acto contractual”.*

(Casación N° 1884- 2002, Diálogo con la Jurisprudencia, 2007, pág. 684)

- a.3) Arrendamiento no inscrito: En el supuesto de enajenación del bien inmueble que se encuentra arrendado, regulado en el artículo 1708º inciso 2, *si el contrato de arrendamiento no se ha inscrito, el adquirente puede darlo por concluido.* Por tanto por no haber cumplido con el requisito de publicidad, este negocio jurídico es ineficaz respecto de algunos terceros y resulta inoponible al adquirente del bien inmueble (tercero).

La jurisprudencia nacional ha señalado:

*Analizada la ratio legis del artículo 1708 inciso 2 del Código Civil, que regula el supuesto de la enajenación del bien arrendado cuando el arrendamiento no se encuentra inscrito, en cuyo caso el adquirente puede darlo por concluido, salvo que hubiera asumido la obligación de respetarlo; se tiene que quien adquiere un inmueble entregado en arrendamiento no inscrito, que por naturaleza jurídica, es uno de duración indeterminada, para ponerle fin debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 1703 del Código Civil dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante, lo que determina que este carezca de título justificante para detentar la posesión del inmueble. (Casación N° 1157- 2003-Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, 2007, pág. 610)*

*b) Inoponibilidad por motivo de fecha cierta:*

La forma más usual de otorgar fecha cierta a un documento privado, es mediante la legalización de firmas ante un notario público de conformidad con lo establecido en el artículo 245° inciso 3 del Código Procesal Civil. Frente a la presentación de dos documentos de carácter privado, prevalecerá el que tenga fecha cierta o en todo caso en el que ésta sea la más antigua. Dicho caso se ha regulado en la última parte del artículo 1135° al establecer:

*Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al*



*acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.*

c) *Simulación:* Conforme a lo establecido en el artículo 194°, el negocio simulado es ineficaz frente a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, la inoponibilidad del contrato simulado frente a determinados terceros está basada en la buena fe y la seguridad jurídica.

d) *Falsus procurator:* El negocio jurídico suscrito por el falso representante en mérito de un poder o facultades inexistentes o inexactas, actuando en nombre del supuesto representado es inoponible a este último. No obstante conforme lo dispone el artículo 162° el falso representado puede ratificar el negocio jurídico.

e) *Disposición de un bien conyugal por uno de los cónyuges:* La inobservancia de la norma que establece la disposición de bienes conyugales con la intervención de ambos cónyuges o en su defecto cuando uno de ellos tiene un poder especial del otro, genera la inoponibilidad del negocio jurídico frente al cónyuge que no intervino. No obstante este puede ratificarlo.

### CAPÍTULO III

#### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

Como fruto de la presente investigación, en base al aporte de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional y desde luego a nuestro criterio desarrollado a lo largo de la presente tesis, se expondrá a continuación los resultados del presente trabajo conforme a los objetivos planteados. Se empezara tratando los problemas y objetivos específicos, para luego abordar el problema y objetivo general, finalizando con la demostración de la hipótesis.

#### **3.1. Razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico**

##### **a. Razones Jurídicas**

**a.1** Desde el punto de vista legislativo, **el artículo 219° inciso 5 del Código Civil establece como causal de nulidad del negocio jurídico, el negocio jurídico simulado en su modalidad absoluta**, en concordancia con lo establecido en el artículo 190° que describe el supuesto de simulación absoluta como la situación de hecho en la cual se aparenta celebrar un negocio jurídico **sin la existencia de una voluntad real para su constitución**, finalmente el artículo 193° regula la acción de nulidad del negocio simulado.

**a.2** En referencia a la categoría de anulabilidad, el artículo 221° dispone que el negocio jurídico es anulable, en el supuesto de negocio simulado cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.



Entonces, conforme a los dispositivos legales, **el supuesto de negocio simulado es considerado como categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico.**

**b. Razones doctrinarias**

**b.1. La ausencia de voluntad interna** en el supuesto de simulación absoluta, al no existir un negocio disimulado u oculto de fondo, por lo que se considera que la voluntad declarada no ha sido construida en el fuero interno, por tanto ante una declaración de voluntad sin el componente volitivo, el negocio jurídico es nulo.

**b.2.** El negocio jurídico simulado constituye un **supuesto de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada**, en razón de que las partes contratantes tienen la intención de celebrar un determinado negocio jurídico, sin embargo declaran la voluntad de celebrar un negocio jurídico diferente, por tanto ante esta divergencia no existe una voluntad declarada verdadera, circunstancia que acarrea la nulidad del negocio jurídico.

**b3** **La ausencia de causa en el supuesto de negocio simulado**, al perseguir únicamente como finalidad la creación de una apariencia negocial ante terceros, mas no el cumplimiento del motivo abstracto de conformidad con la naturaleza del negocio jurídico y del motivo concreto que responde al interés de las partes.

**b4** **El supuesto de negocio simulado contiene una finalidad ilícita**, en vista de que es constituido con el propósito de engañar a terceros, constituyendo esta una acción que perjudica los intereses y derechos de terceros, que no puede ser reconocida por el ordenamiento jurídico, declarando su invalidez.

### 3.2. Estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa

El supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa está conformado por **el acuerdo simulatorio y el negocio simulado**, razón por la cual al tener una estructura uniforme en ambos tipos de simulación, debe ser regulado normativamente de manera homogénea.

**El acuerdo simulatorio** es el acuerdo de voluntades por el que se regulan dos tipos de estipulaciones: las referentes al contrato simulado, otorgando efectos jurídicos aparentes al negocio exteriorizado y ficticio ante terceros y regulando la ineficacia de este frente a las partes contratantes, y por otro lado otorgar los efectos jurídicos queridos al negocio real o disimulado, efectos que serán aplicables únicamente para las partes contratantes, o en su defecto convenir que no existe ningún negocio disimulado de fondo.

**El negocio simulado**, es el negocio jurídico aparente, diseñado y formado para crear una falsa apariencia ante terceros, que no tendrá efectos jurídicos entre las partes simulantes, el mismo que debe revestir todos los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley, en cuyo caso, al haber sido estructurado de manera correcta, el ordenamiento jurídico debe reputarlo como válido.

En el caso de la simulación relativa además del acuerdo simulatorio y el negocio simulado, se adiciona a la figura el negocio jurídico disimulado o real el cual es encubierto por el negocio simulado, este debe ser constituido en observancia de los requisitos de validez establecidos por el artículo 140° del Código Civil, estas y sus demás estipulaciones estarán descritas en el acuerdo



simulatorio que constara en el contradocumento o contraescritura que constituye la prueba de simulación.

### **3.3. Razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico**

#### **a. Razones jurídicas:**

**a.1.** Las razones jurídicas para considerar al supuesto de negocio simulado como categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico, están referidas en primer lugar a su correcta estructuración, así tenemos que **el negocio simulado es constituido en observancia de todos los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por el artículo 140°**, para la validez del negocio jurídico, de igual forma el contrato disimulado contenido en el acuerdo simulatorio, aun cuando tenga la calidad de oculto ha sido estructurado de manera correcta, cumpliendo con todos los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico, por tanto la ineficacia funcional que ambos presentan, es decir la cualidad por la que no despliegan los efectos jurídicos que les son propios frente a determinados sujetos, ya sea las partes contratantes o terceros, responde a una circunstancia completamente ajena a su estructura.

**a.2.** En segundo lugar, en cuanto a los efectos jurídicos del supuesto de negocio simulado, **los artículos 191° y 194° reconocen los efectos jurídicos del contrato disimulado y del contrato simulado respectivamente**, circunstancia incongruente con la teoría de la nulidad del negocio simulado defendida en los artículos 190° y 219° inciso 5. Precisamente el artículo 194° establece la inoponibilidad del negocio simulado ante terceros a título oneroso y



de buena fe mientras que de manera simultánea el artículo 193° regula la acción de nulidad del negocio simulado, nulidad que consideramos no obedece a su naturaleza *erga omnes*, por lo que resulta adecuado hablar en su lugar de ineficacia funcional del negocio simulado.

**b. Razones doctrinarias**

**b.1.** En el negocio simulado, **existe concordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada**, por tanto se ha estructurado correctamente la voluntad verdadera de cada una de las partes contratantes del negocio jurídico. Lo que sí existe son dos declaraciones simultáneas, sin embargo cada una de estas responde a la voluntad interna de las partes; tanto en el negocio simulado (voluntad exteriorizada en su celebración), como en el negocio disimulado (voluntad exteriorizada en el acuerdo simulatorio).

**b.2.** **El supuesto de negocio simulado puede perseguir una finalidad concreta lícita**, siempre que no afecte a terceros ni contravenga el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres, en cuyo caso deberá ser reconocido por el ordenamiento jurídico y declarado como un negocio jurídico válido. La característica del negocio simulado que implica el engaño a terceros no implica necesariamente el fraude, resultando más adecuado hablar de la creación de una apariencia ante terceros. Los únicos elementos necesarios para la existencia del negocio simulado son el contrato simulado y el acuerdo simulatorio.





**b.3.** En el supuesto de simulación absoluta la causa subjetiva de las partes contratantes es la creación de una apariencia ante terceros, por lo tanto no resulta cierta la teoría que señala que por no existir un negocio disimulado o real de fondo estaríamos frente a un supuesto de ausencia de causa, constituyendo justamente la creación de una apariencia negocial el motivo concreto perseguido por las partes simulantes.

**b.4.** Por las consideraciones precedentes, podemos afirmar que el supuesto de negocio simulado ha sido constituido o estructurado de manera correcta, en observancia de todos los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley para su validez, constituye un negocio jurídico formado por una voluntad verdadera declarada de cada una de las partes contratantes, motivado por una causa subjetiva legítima y que persigue un fin lícito, por lo que no adolece de ningún defecto de tipo estructural que conduzca a su invalidez.

La circunstancia por la cual, sus efectos jurídicos propios no recaen en la esfera jurídica de las partes contratantes, o en la de terceros según sea el caso, obedece a una causa ajena a la estructura del negocio jurídico, constituyendo un supuesto de ineficacia funcional.

**b.5.** El acuerdo simulatorio es el elemento fundamental para la configuración del negocio simulado, constituye el acuerdo de voluntades en el cual las partes contratantes regulan los efectos jurídicos del contrato simulado y del contrato disimulado. Así tenemos que el contrato simulado no producirá efecto entre las partes contratantes, mientras que los efectos jurídicos del contrato disimulado se aplicaran únicamente a las partes contratantes, por expresa voluntad de estas.

Por tanto la regulación de los efectos jurídicos del supuesto de negocio simulado, por parte de los simulantes, demuestra que el negocio simulado no adolece de un defecto de tipo estructural y que en cambio debe ser considerado como un negocio jurídico valido pero ineficaz funcionalmente.

### **3.4. Necesidad de modificación legislativa**

**a.** El Código Civil Peruano vigente mantiene un tratamiento normativo contradictorio al regular la figura jurídica del negocio simulado, el criterio del legislador por el cual el negocio simulado es sancionado con la nulidad del negocio jurídico se expresa en los artículos referidos a la simulación absoluta (artículo 190°), a la acción de nulidad de la simulación (artículo 193°) y a la causal de nulidad por simulación absoluta (artículo 219° inciso 5), sin embargo este criterio no es absoluto ya que de manera simultánea se reconocen los efectos jurídicos creados por el negocio simulado como se desprende de los artículos referidos a la simulación relativa (artículo 191°) y a la inoponibilidad de la simulación (artículo 194°), regulando de esta manera su ineficacia mas no su invalidez no pudiendo reconocer efectos jurídicos a un negocio nulo.

**b.** Habiendo realizado un análisis de los artículos referidos sostenemos que la coexistencia y operatividad simultanea de la teoría de la nulidad y la teoría de la ineficacia del negocio simulado en el mismo cuerpo normativo, resulta incompatible e insostenible, puesto que no se puede afirmar que el supuesto de simulación absoluta constituye una causal de nulidad del negocio jurídico y regular la acción de nulidad del negocio simulado, en clara defensa de la teoría de la nulidad, cuando al mismo tiempo se otorga protección al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso a través de la inoponibilidad de la



simulación, en alusión a la teoría de la ineficacia del negocio simulado.

c. La inclusión de estas teorías obedece a la influencia de los Códigos Civiles Alemán e Italiano en la elaboración de nuestro actual Código Civil, sin embargo las teorías propugnadas por cada uno de estos sistemas no son complementarias y resultan incompatibles entre sí, razón por la cual consideramos que su adopción conjunta en un mismo cuerpo normativo es incorrecta y perjudicial para el desarrollo y la evolución del Derecho en el ámbito nacional.

d. En referencia al Código Civil Alemán, este ha establecido la nulidad del negocio simulado basada en la interpretación de la real y verdadera finalidad de las partes contratantes, y dado que el negocio simulado fue constituido con el propósito de que este no produzca efectos jurídicos entre las partes, aun cuando su apariencia contractual refleje una finalidad aparente y distinta, el ordenamiento jurídico alemán declara su nulidad, mientras que bajo el criterio del Código Civil Italiano el contrato simulado es ineficaz, postura adoptada bajo el fundamento de que la producción o no de efectos del negocio simulado obedece a la regulación normativa realizada por las partes, introduciendo a su vez la figura de la inoponibilidad de la simulación al adquirente de buena fe.

e. Por lo señalado consideramos que es necesaria la adopción de una sola teoría bajo cuyo fundamento se regule el supuesto de negocio simulado de manera uniforme tanto para la simulación absoluta y la simulación relativa, en consecuencia es necesaria la modificación de los artículos que regulan la simulación siendo labor de todo operador jurídico el análisis integral de la



norma, el mismo que implica el cuestionamiento de las teorías que las sustentan cuando existen contradicciones en el tratamiento normativo de las figuras jurídicas que forman parte de nuestra codificación vigente.

### **3.5. Consideración general**

**a.** El supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa está conformado por el acuerdo simulatorio y el negocio simulado, en la simulación relativa se incluye además en su estructura, al contrato disimulado o real.

**b.** A pesar de que ambas figuras contienen al supuesto de negocio simulado de manera idéntica, el Código Civil las ha regulado de forma distinta: La simulación absoluta es causal de nulidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 219° inciso 5, sin embargo en el caso de la simulación relativa, solo se hace mención al contrato disimulado que constituye causal de anulabilidad en caso afecte el derecho de terceros, dejando sin regulación al contrato simulado de este supuesto. Situación que ha generado más confusiones que aseveraciones, por lo que la reelaboración de esta normativa y la adopción de un criterio uniforme es trascendental para el correcto tratamiento de esta figura jurídica.

**c.** La disposición normativa que ha incluido al negocio disimulado o real que afecte a terceros como causal de anulabilidad, parece no tener fundamento. Sobre todo si se analiza la naturaleza jurídica de esta categoría de invalidez, que ha sido constituida para proteger los intereses de la parte contratante que se encuentra en posición de desventaja, sin embargo el supuesto de hecho que



describe el artículo 221° inciso 3, consiste en la afectación de un tercero, vale decir un sujeto extraño a la relación contractual entre las partes contratantes.

De un análisis de las demás causales de anulabilidad se ha determinado que el supuesto de negocio simulado no se asemeja a un vicio de la voluntad ni a la incapacidad de ejercicio relativa, por lo que consideramos que la probable afectación a terceros no constituye una razón válida para la anulabilidad del contrato disimulado.

**d.** El estudio de las categorías de invalidez del negocio jurídico y sus causales, ha permitido determinar que el supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa en atención a su naturaleza jurídica no adolece de un defecto estructural por cuanto si es constituido cumpliendo con los requisitos de validez establecidos por el artículo 140° del Código Civil debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico como válido.

**e.** Consideramos que resulta adecuado adoptar la teoría de la ineficacia en razón de que la auto reglamentación de intereses entre las partes establecida en el acuerdo simulatorio en mérito del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que permite la desvinculación obligacional entre estas y la regulación de la eficacia del contrato disimulado, es completamente ajena a la estructura del negocio jurídico y por tanto no obedece a una sanción legal por el incumplimiento de un requisito de validez, por lo que constituye un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico, razón por la que el supuesto de negocio simulado constituye un negocio jurídico valido pero ineficaz.

f. En atención a que nuestra legislación vigente ha seguido la *Teoría del Contrato* del Código Civil Italiano, la misma en base a la cual se ha desarrollado el *Libro de Acto Jurídico* en nuestro Código Civil, consideramos congruente regular al supuesto de negocio simulado como categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

Por todo lo señalado, la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación:

Existen suficientes razones jurídicas y doctrinarias para considerar al supuesto del negocio simulado regulado en el Código Civil Peruano contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.

Ha sido demostrada.

### **3.6. ANÁLISIS DE HALLAZGOS**

Dentro del proceso de revisión de datos, conforme los términos de la investigación y el apoyo de la doctrina y jurisprudencia, se expondrá a continuación los principales hallazgos del objeto de la investigación de acuerdo a cada categoría propuesta:

#### **3.6.1. Primera categoría de estudio: Negocio simulado**

Con relación al supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa, los hallazgos han sido determinados a partir del desarrollo de dos puntos fundamentales referidos en primer lugar a su naturaleza jurídica y en segundo lugar a su tratamiento normativo en el Código Civil como un supuesto de ineficacia estructural del



negocio jurídico:

- a. En referencia al primer punto, doctrinariamente se han desarrollado diversas teorías con el propósito de determinar si el negocio simulado está conformado por dos declaraciones contradictorias sucedidas en el tiempo como lo sostiene la teoría francesa sustentada por Planiol y Ripert citado por Núñez (2014, pág. 325), la teoría alemana que conceptualiza al negocio simulado como una convención integrada por una declaración y una contradecación simultaneas y que por neutralizar recíprocamente sus efectos, dan como resultado un negocio jurídico sin efecto alguno, o caso contrario si constituye una sola declaración de voluntad integrada por dos elementos independientes como postula la teoría italiana (Guerrero citado por Núñez, 2014, pág. 326).

Al respecto constituye un hallazgo producto de la presente investigación que conforme a su naturaleza jurídica, **el negocio jurídico simulado constituye un solo acto mediante el cual por acuerdo de voluntades se regulan simultáneamente dos aspectos:**

Un negocio aparente o simulado por el cual las partes convienen crear una falsa apariencia ante terceros, el mismo que será exteriorizado cumpliendo todos los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley para su validez, y que no tendrá efectos entre las partes, y un negocio disimulado que constituye el acto real, el cual será mantenido en reserva y tendrá efecto únicamente entre las partes contratantes. En la simulación absoluta no existe un negocio oculto o disimulado, sin embargo se oculta la realidad contractual, la



cual permanece intacta, sin modificación alguna.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.2.4. del presente trabajo ubicado en las paginas 79-81.

b. En lo referente a las patologías del negocio jurídico, de lo dispuesto en el Código Civil en cuanto a la simulación, tanto en la simulación absoluta que de conformidad con lo establecido en el artículo 219° inciso 5 es causal de nulidad del negocio jurídico, y en la regulación de la simulación relativa que constituye causal de anulabilidad, cuando el acto real perjudique derecho de terceros, de acuerdo a lo establecido por el artículo 221° inciso 3, podemos inferir que el criterio del legislador fue asimilar la figura del negocio jurídico simulado a un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico, posición que también ha sido compartida por un sector de la doctrina bajo los siguientes argumentos:

b.1. Se considera que en el supuesto de simulación absoluta, hay ausencia de voluntad real de las partes contratantes, como lo señala expresamente el artículo 190° del Código Civil. El dispositivo legal describe el supuesto en el cual, en vista de no existir un negocio disimulado o real, se presume que no existe una voluntad real manifestada, causal suficiente para declarar su nulidad en razón de que no se ha configurado la intención de celebrar un negocio jurídico, componente esencial de la voluntad interna o real, al solo aparentar celebrar un negocio jurídico con el propósito de engañar a terceros, es decir declarando una voluntad que no ha sido concebida en el fuero





interno. (Savigny citado por Torres, 2015, pag.737; Sconamiglio 2004)

Conforme lo expuesto en el ítem 2.2.14 del presente trabajo ubicado en las páginas 126-130.

- b.2. En el supuesto de negocio simulado, conforme señala Taboada (2016), existe divergencia entre la voluntad interna y la declarada, circunstancia plasmada en la figura de simulación relativa, donde las partes contratantes tienen la voluntad interna o real de suscribir un determinado negocio jurídico, cuyos efectos sean únicamente aplicables entre ellas, sin embargo declaran celebrar un negocio jurídico diferente, el mismo que no producirá efectos entre las partes, con la finalidad de engañar a terceros, por lo que al no haber congruencia entre la voluntad interna o real de las partes y la declarada, el negocio jurídico es nulo (págs.. 176-177).

Conforme lo expuesto en el ítem: 2.2.6.2. del presente trabajo ubicado en las paginas 84-88.

- b.3. El error obstativo y la simulación son supuestos de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, en ambos casos el sujeto de derecho, declara una voluntad que no corresponde a la voluntad interna por lo que no existe una verdadera voluntad declarada y esta es considerada nula, y acarrea la nulidad del negocio jurídico de acuerdo a la tesis sostenida por Taboada (2016, págs. 176-177).

Conforme lo expuesto en el ítem: 2.2.6.2 del presente trabajo ubicado en las páginas 84-88.



b.4. En la simulación absoluta, señala Betti citado por Morales (2006) existe una ausencia de causa o fin, puesto que los motivos de las partes simulantes, están dirigidos únicamente a crear una apariencia ante terceros, mas no a la celebración de un negocio jurídico concreto, razón por la cual, el ordenamiento jurídico no puede validar estos motivos como relevantes para dotarlos de protección y reconocimiento y que como consecuencia puedan producir efectos jurídicos (págs. 305-306).

Conforme lo expuesto en el ítem: 2.2.14 b) del presente trabajo ubicado en las paginas 130-134.

b.5. El supuesto de negocio simulado persigue un fin ilícito, por lo que el negocio jurídico deviene en nulo, en razón de que conforme a su naturaleza, las partes contratantes convienen en fabricar una apariencia comercial con la expresa finalidad de engañar a terceros, conducta lesiva que es sancionada por el ordenamiento jurídico no pudiendo obtener su reconocimiento a través de la validez del negocio simulado.

Conforme lo expuesto en el ítem: 2.2.14 b) del presente trabajo ubicado en las paginas 130-134.

### **3.6.2. Segunda categoría de estudio: Estructura del negocio simulado**

En este punto, el principal hallazgo es la **asimilación del supuesto de negocio simulado como categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico**, el mismo que fue determinado a través de tres tópicos: i) la determinación de la estructura del negocio simulado. ii) los supuestos de negocio simulado regulados en el Código Civil. iii) los efectos jurídicos del



negocio simulado.

### **3.6.2.1. Estructura del negocio simulado**

**a.** El supuesto de negocio simulado está compuesto por el contrato simulado y el acuerdo simulatorio, donde el contrato simulado o aparente es constituido con la finalidad de crear una falsa apariencia ante terceros y por tanto no produce efectos entre las partes, por disposición expresa de estas, la misma que consta en el acuerdo simulatorio, que constituye el acuerdo de voluntades de carácter privado, por el cual las partes convienen en otorgar efectos simulados, ficticios o aparentes al negocio exteriorizado, así como otorgar los efectos jurídicos queridos al negocio real o disimulado, efectos que serán aplicables únicamente para las partes contratantes (Bianca, 2011, págs.. 716-717) & (Roppo, 2009, págs. 640-643).

Conforme lo expuesto en los ítems 2.2.6, 2.2.6.1 y 2.2.6.2 del presente trabajo ubicados en las páginas 84-88.

**b.** Torres (2015) refiere que el contrato simulado es celebrado revistiendo todas las características propias del tipo contractual, es decir en observancia de los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley, por lo que constituye un negocio jurídico estructuralmente correcto, y en consecuencia debe obtener el reconocimiento del ordenamiento jurídico a través de la validez (pág. 762).

El cumplimiento de los componentes establecidos por ley para su validez obedece a su naturaleza, puesto que solo en la medida que este, no tenga ningún defecto o ausencia de componentes de tipo estructural, podrá cumplir su finalidad, es decir podrá ser capaz de engañar a terceros, razón por la cual en



cuanto al contrato simulado no existen razones para que el negocio jurídico simulado sea incluido como un supuesto de ineficacia estructural.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.2.9. d.1) del presente trabajo ubicados en las paginas 94-97.

**c.** En cuanto al acuerdo simulatorio que constituye la razón de ser de la figura jurídica de simulación, este convenio de voluntades de acuerdo a la tesis defendida por Bianca (2011), tiene naturaleza negocial puesto que no solo describe la figura jurídica de la simulación, sino que es capaz de regular efectos jurídicos. El acuerdo simulatorio es un acuerdo único que contiene dos tipos de estipulaciones: la ineficacia funcional del contrato simulado, respecto a las partes contratantes (negativo) y la eficacia funcional del contrato real o disimulado (positivo) respecto de las partes, este último es conformado cumpliendo con los elementos, presupuestos y requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, necesarios para su validez, aun cuando este permanezca oculto (pág. 719). Solo en la medida que el contrato disimulado sea válido, podrá producir los efectos jurídicos propios a su naturaleza y los perseguidos por las partes contratantes. Por lo que la regulación de sus efectos por voluntad expresa de las partes contratantes, lo convierte en un negocio jurídico valido e ineficaz.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.2.6.2 del presente trabajo ubicado en las páginas 84-88.

**d.** El acuerdo simulatorio es plasmado generalmente en un contradocumento o contraescritura que constituye prueba de simulación, este



documento privado de acuerdo a Torres (2015) será constituido por las partes contratantes, no obstante al cumplimiento de todos los requisitos para su validez, tiene una salvedad, en caso el contrato disimulado de acuerdo a lo establecido por el Código Civil, requiera la observancia de una formalidad, que ponga en riesgo el carácter oculto del contrato, esta puede ser exonerada, ya que de ser cumplida, el negocio disimulado estaría al descubierto perdiendo así la finalidad por la que fue constituido el negocio jurídico simulado en primer lugar (pag.767).

Conforme lo expuesto en los ítems 2.2.7 y 2.2.10.1 b) del presente trabajo ubicados en las paginas 88-89 y 102-106 respectivamente.

e. En el negocio jurídico simulado existe concordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada en sus dos aspectos, tanto en relación al contrato simulado donde la voluntad de las partes contratantes es crear una apariencia negocial ante terceros, que no produzca efectos entre ellas, voluntad que es declarada en la celebración del negocio simulado, y de la misma manera tienen la voluntad interna de constituir un negocio jurídico disimulado o real que si tenga efectos entre ellas, o de no constituir ninguno, voluntad que es declarada en el acuerdo simulatorio contenido en el contradocumento (Ferri citado por Morales, 2006, pág. 305). La naturaleza oculta o privada del acuerdo simulatorio no implica la ausencia de manifestación de voluntad, estamos ante dos declaraciones de voluntad simultaneas que responden a la voluntad real de las partes contratantes, por tanto el negocio jurídico simulado en lo que respecta a la manifestación de voluntad es completamente valido.



Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.14 a), 2.3.3.2.1. e) del presente trabajo ubicado en las páginas 126-130 y 170-173 respectivamente.

**f** La simulación no puede ser considerada como un supuesto de divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada e incluida como un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico como en el caso del error obstativo. Roppo (2009) hace una clara diferenciación al respecto, señalando que en la simulación existen dos declaraciones simultáneas pero incompatibles emitidas de manera intencional por cada una de las partes contratantes, declaraciones que obedecen a la voluntad interna de estas, por tanto constituye una verdadera voluntad declarada, a diferencia de lo que sucede con el error obstativo donde una de las partes contratantes, de manera involuntaria declara una voluntad que no corresponde a su voluntad interna, por lo que frente a esta divergencia no existe una verdadera voluntad declarada (pág. 642).

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.14 a), 2.2.6.2, 2.3.3.3.1 b.1.2) del presente trabajo ubicados en las páginas 126-130, 84-88, 186-192 respectivamente.

**g** El negocio jurídico simulado no puede ser considerado ilícito por regla general y como consecuencia inválido, hemos demostrado que puede perseguir una finalidad lícita, por lo que únicamente podrá ser nulo si obedece a una finalidad concreta ilícita de las partes consistente en la afectación de derechos de terceros o en la contravención del ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres. En palabras de Bianca (2011), el fraude no constituye un elemento de la simulación, aun cuando en la práctica se encuentre muy



ligado a esta figura jurídica, no es necesario para su constitución (pág. 715).

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.3 y 2.2.5. del presente trabajo ubicados en las páginas 77-79 y 81-83 respectivamente.

**h.** En el caso de la simulación absoluta, aun cuando no exista un negocio jurídico disimulado de fondo, la finalidad concreta de las partes está dirigida a la creación de una apariencia negocial ante terceros, por lo que no compartimos la posición de un sector de la doctrina representado por Betti, citado por Morales (2006), que sostiene se está ante un supuesto de ausencia del fin (pág. 305).

Debiendo precisar que en cuanto a la causa del negocio jurídico, el Artículo 140 únicamente exige el fin lícito como requisito para otorgar su validez.

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.14 b) del presente trabajo en las páginas 130-134.

### **3.6.2.2. Los supuestos de negocio simulado regulados en el Código Civil**

**a.** Los tipos de simulación regulados en el Código Civil, son la simulación absoluta (artículo 190°) y la simulación relativa (artículo 191°). Roppo (2009) describe estos supuestos: En el primer caso, no existe un negocio disimulado de fondo, por lo que el negocio jurídico simulado no crea derechos ni obligaciones entre las partes, es decir el titular del derecho real no transfiere su derecho subjetivo a la otra parte contratante, y esta última no está obligada a una contraprestación. El negocio simulado de manera absoluta se constituye únicamente para crear una apariencia ante terceros. De otro lado, en la



simulación relativa, se constituye el negocio jurídico simulado con una naturaleza ambivalente, regulando el negocio simulado o aparente que no tendrá efectos entre las partes y por tanto será solo aplicable a terceros, y el negocio disimulado que contiene el negocio jurídico real que producirá efectos jurídicos únicamente entre las partes. Todo lo dispuesto será establecido en el acuerdo simulatorio contenido normalmente en el contradocumento (pág. 643).

Conforme lo expuesto en los ítems 2.2.9 d.1) y d.2) del presente trabajo ubicados en las paginas 94-99.

**b.** En ambos tipos de simulación: absoluta y relativa, la ineficacia del negocio simulado o aparente respecto de las partes contratantes, es regulado por estas mediante el acuerdo simulatorio. Si el negocio simulado o aparente se ha constituido observando los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley, debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico como valido como cualquier otro negocio jurídico, por no tener un defecto de orden estructural, en cuanto al defecto funcional que se traduce en la no producción de sus efectos entre las partes, esta ineficacia responde a la voluntad expresa de estas, por cuanto encaja perfectamente en un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico, por tanto conforme lo sostenido por Morales (2006), 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 (pág. 312).

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.9 d.1) y d.2), 2.2.10.1 a) del presente trabajo ubicado en las paginas 94-99, 99-102 respectivamente.





c. El artículo 190° conceptualiza la simulación absoluta señalando que se crea la “*apariencia de celebrar*”, sin tener voluntad para hacerlo. Como resultado del análisis de este dispositivo legal, se infiere que el razonamiento del legislador está dirigido a un negocio jurídico que no se celebró efectivamente y que no responde a la voluntad de las partes contratantes, razón por la cual en concordancia con lo establecido en el artículo 193° y en el artículo 219° inciso 5, es considerado nulo.

No obstante debe prestarse especial atención a la naturaleza jurídica y a los efectos jurídicos del negocio jurídico simulado, así tenemos que el negocio simulado no es aparentemente celebrado, como un intento de constitución de un negocio jurídico, sino que es celebrado efectivamente en observancia de los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley, es decir constituye un negocio jurídico formado correctamente, por tanto no incurre en una causal de invalidez. En esa misma línea conceptual Torres (2015) refiere:

*No es cierto que no exista porque solamente se aparente celebrarlo, pero no se celebró; la verdad es que existe porque fue efectivamente celebrado de acuerdo a la común intención de las partes consistente en que exista solamente como aparente y no produzca efectos entre ellas. (pág. 762)*

El cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 140° del Código Civil permite la consecución de la finalidad del negocio jurídico simulado que es crear una apariencia negocial ante terceros. En cuanto a sus efectos el artículo 194° ha dispuesto que el derecho del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso se encuentre protegido, siendo inoponible a este, la simulación. De lo



dispuesto podemos inferir que el tipo de sanción de nulidad aplicada al negocio jurídico simulado, constituye una forma *sui generis*, de otro modo, no se explica como por mandato de la ley un negocio jurídico puede ser declarado nulo y al mismo tiempo producir efectos jurídicos en favor de terceros.

Consideramos que en atención a lo regulado por el Código Civil referente a la simulación del negocio jurídico, la aplicación de la sanción de nulidad no resulta adecuada, en su lugar debe considerarse que el supuesto de negocio simulado al haber sido conformado correctamente es válido pero ineficaz, constituyendo una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico. De esta manera cobra sentido lo dispuesto en los artículos 191° y 194° del Código Civil que regulan la eficacia e ineficacia del negocio jurídico simulado.

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.9 d.1), 2.2.14, 2.3.3.2.1 e) del presente trabajo ubicado en las paginas 94-97, 126-134, 170-173.

**d.** La segunda parte del artículo 190° refiere que en la simulación absoluta no existe voluntad para celebrar el negocio jurídico, causal suficiente para declarar su nulidad. Sin embargo constituye una afirmación en la presente investigación, que la voluntad interna de las partes contratantes, en el negocio simulado está dirigida a crear una apariencia contractual que engañe a terceros, voluntad que es declarada en la celebración del negocio simulado o aparente, en cuanto a la ineficacia del mismo respecto a las partes contratantes, esta voluntad es declarada en el acuerdo simulatorio.

Por tanto la voluntad de las partes contratantes en el negocio simulado si está presente en su componente tanto interno como externo, de esta forma no



configura un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico y en cuanto a la regulación de sus efectos podemos decir que es un negocio jurídico ineficaz funcionalmente.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.2.9 d.1), 2.2.14 a) del presente trabajo ubicado en las paginas 94-97, 126-130.

e. De lo dispuesto en el artículo 191° del Código Civil en relación a la simulación relativa se infiere que el legislador condiciona la validez del negocio jurídico disimulado a que este no perjudique el derecho de terceros, otorgando un proteccionismo excesivo a los terceros afectados por la eficacia del negocio oculto, sin considerar que el mismo, al haber sido conformado cumpliendo con los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley para su validez, de por sí y siempre y cuando su eficacia no se vea afectada por una circunstancia sobreviniente, está facultado por el ordenamiento jurídico para producir los efectos jurídicos propios a su naturaleza, por cuanto los terceros que se consideren afectados no deberán tener mayor protección que la que se ofrece a todo sujeto de derecho, pudiendo hacer uso de las acciones legales otorgadas por el ordenamiento jurídico en defensa de sus intereses.

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.9 d.2), 2.2.10.1 b), 2.3.3.3.1 c) del presente trabajo ubicados en las paginas 97-99, 102-106, 212-215.

f. En cuanto a la consideración que hace el legislador de integrar como causal de anulabilidad del negocio jurídico, al negocio disimulado u oculto que afecte derechos de terceros, advertimos que esta vendría a ser la única causal de anulabilidad por la que se faculta a un tercero a solicitar la anulabilidad de un



negocio jurídico en el que no fue parte, recordando asimismo que la sanción de anulabilidad está diseñada para proteger a la parte contratante que ha visto viciada su manifestación de voluntad o que sufre de la restricción de su capacidad de ejercicio, constituye una afirmación en la presente investigación que no resulta aplicable la anulabilidad a un negocio disimulado teniendo en cuenta que este no tiene un defecto o ausencia de componentes estructurales, por lo que no se encuentra contenido en un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.3.3.1 c) del presente trabajo ubicado en las paginas 212-215.

### **3.6.2.3. Los efectos jurídicos del negocio simulado**

**a** Los efectos jurídicos del negocio simulado y del contrato disimulado entre las partes, revelan que la figura jurídica de la simulación no se encuentra configurada como un supuesto de ineficacia estructural del negocio jurídico. El negocio simulado o aparente y el contrato disimulado u oculto constituyen negocios jurídicos formados correctamente, sin ningún defecto estructural que afecte su validez, por lo que la producción de sus efectos jurídicos es regulada por las partes a través del acuerdo simulatorio, en ese mismo entender Bianca (2011) refiere que es necesario considerar que la operación simulatoria implica la creación de un instrumento negocial idóneo para producir determinados efectos jurídicos. El acuerdo simulatorio asume, entonces, carácter negocial en cuanto determina el contenido negativo del contrato estipulado o el contenido diferente que el contrato debe tener entre las partes (pág. 719).



Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.6.2, 2.2.9 d.1) y d.2), 2.2.10.1 del presente trabajo ubicados en las paginas 84-88, 94-99, 99-106 respectivamente.

**b.** El legislador ha dispuesto como mecanismo jurídico en favor de los terceros perjudicados por el contrato simulado, la acción de nulidad del negocio simulado, que tiene por finalidad invalidar la simulación y hacer valer la realidad contractual, sin embargo los efectos de esta sanción de nulidad no obedecen a la naturaleza jurídica de este supuesto de invalidez del negocio jurídico, por lo que resulta adecuado considerarlo como un supuesto de ineficacia funcional del negocio simulado.

Torres (2015) defiende este postulado indicando que la simulación antes que un caso de nulidad es un caso de ineficacia relativa del acto por cuanto es inoponible a los terceros a título oneroso y de buena fe protegidos por el artículo 194° (pág. 777).

La nulidad tiene como principal consecuencia, reputar al negocio jurídico como inválido, por lo que este no produce efectos jurídicos, retrotrayendo el estado de las cosas al momento anterior a la celebración del negocio jurídico nulo. El carácter de la nulidad es *erga omnes*, y en este punto se establece la diferencia con la acción de nulidad del negocio jurídico simulado regulada en el Código Civil, la cual aun cuando tiene como finalidad la nulidad del negocio simulado y la prevalencia de la realidad, no es aplicable a todo sujeto de derecho, habiendo regulado normativamente la protección de los derechos de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, para quienes la simulación resulta inoponible aun cuando se haya declarado la nulidad del negocio



simulado. No consideramos admisible la posición del legislador por la cual una sanción de nulidad declara la invalidez del negocio simulado y por otro lado reconoce los derechos adquiridos por determinados terceros, siendo idóneo incorporar este supuesto en la categoría de la ineficacia funcional del negocio jurídico.

Conforme lo expuesto en los ítems: 2.2.10.1, 2.2.10.2 del presente trabajo ubicados en las páginas 99-106 y 106-116 respectivamente.

### **3.6.3. Tercera categoría de estudio: Naturaleza jurídica de la ineficacia del negocio jurídico.**

El Código Civil vigente no ha determinado conceptualmente las diferencias entre la ineficacia y entre sus dos manifestaciones o categorías que son la ineficacia estructural e ineficacia funcional, indicándose únicamente el termino *ineficaz*, como por ejemplo lo dispuesto en el artículo 161° que señala: “*El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros*”.

En el que no se especifica a que categoría de ineficacia se refiere, debiendo ser identificada a través de la interpretación con apoyo de la doctrina.

En el desarrollo de la presente investigación hemos podido arribar a las siguientes afirmaciones:

- a** La validez y la eficacia del negocio jurídico son dos cualidades que deben ser vistas por separado. La validez es la cualidad por medio de la cual el



ordenamiento jurídico reconoce la autorregulación de intereses particulares de las partes contratantes cuando el negocio jurídico ha sido conformado cumpliendo los elementos, presupuestos y requisitos exigidos por ley; mientras que la eficacia es la aptitud del negocio jurídico para producir sus efectos.

Como regla general el legislador ha contemplado que el negocio jurídico reconocido por el ordenamiento jurídico como válido, sea capaz de producir sus efectos, sin embargo existen supuestos donde esta regla no se cumple, por lo que consideramos relevante la posición sostenida por Bianca (2011) para quien el contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Asimismo señala que la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio (págs. 545-546).

Conforme lo expuesto en los ítems 2.3.1.1, 2.3.1.3 del presente trabajo ubicados en las páginas 144-147, 149-151 respectivamente.

**b.** La ineficacia en sentido amplio como indica Taboada (2016) constituye la categoría jurídica por la cual, el negocio jurídico no puede producir efectos jurídicos, debido a circunstancias atribuibles a un defecto en su formación (ineficacia estructural o invalidez), o por una situación surgida de forma ajena a su estructura (ineficacia funcional o ineficacia en sentido estricto) (pág. 353).

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.1.3 del presente trabajo ubicado en las páginas 149-151.

**c.** La ineficacia estructural o invalidez, es aplicable ante un defecto en la estructura o formación del negocio jurídico, se manifiesta a través de: i) la



nulidad: sanción aplicable ante la ausencia de un elemento, presupuesto o requisito exigidos por ley o frente a la contravención de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. ii) la anulabilidad: aplicable frente a un vicio de la voluntad, o si alguna de las partes contratantes encuentra su capacidad de ejercicio restringida. Sus disposiciones normativas se encuentran reguladas en los artículos 219° y 221° respectivamente.

Conforme lo expuesto en los ítems 2.3.2 y 2.3.3 del presente trabajo ubicados en las páginas 152-159 respectivamente.

**d. La ineficacia funcional se configura por la presencia de defectos o circunstancias extrínsecas a la formación del negocio jurídico,** las mismas que pueden ser coetáneas a su celebración como en el caso de la rescisión o sobrevinientes como en el caso de la resolución. Ambos remedios se encuentran regulados en el Código Civil vigente, en los artículos 1370° y 1371° respectivamente. En este punto debemos precisar que al ser una causal de ineficacia que responde a causas extrínsecas el negocio jurídico produce sus efectos normales aunque de modo temporal, en ese sentido Castillo (2015) precisa que el acto es válido y que viene desplegando todos los efectos jurídicos que le son propios, correspondientes al tipo negocial, y dejará de producirlos por una causal que emerge en la fase de ejecución del negocio. (pág. 137).

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.4.1 del presente trabajo ubicado en las páginas 219-221.

**e. La rescisión es el remedio contractual destinado a afectar la eficacia del negocio,** establecido por el ordenamiento jurídico por una causal presente al





momento de la celebración del negocio jurídico, en palabras de Torres (2007) es definida como el remedio que la ley prevé para tutelar la libertad contractual cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento de una de las partes contratantes que determina que la otra asuma obligaciones en condiciones inicuas (pág. 1).

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.5.1 del presente trabajo ubicado en las páginas 222-230.

f. La resolución permite aplicar la ineficacia del negocio jurídico, por la existencia de una circunstancia sobreviniente a su celebración, que no se encuentra prevista en el contrato y que origina un desequilibrio contractual entre las prestaciones de las partes contratantes. Por tanto compartimos lo estipulado por Roppo (2009) cuando señala que la resolución no afecta el contrato, sino directamente sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez (pág. 860). En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.5.2 del presente trabajo ubicado en las páginas 235-237.

g. El tercer remedio denominado inoponibilidad no se encuentra configurado de manera expresa en el Código Civil y es ejercido por un tercero, **el cual impugna o rechaza los efectos de determinado negocio jurídico por constituir una amenaza y/o afectación a sus intereses**, por medio de este remedio contractual se aplica la ineficacia a un negocio jurídico válido y constituye la excepción al principio de oponibilidad de los contratos (Ospina &



Ospina, 2015, pág. 389).

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.5.3 del presente trabajo ubicado en las páginas 248-253.

**h.** De acuerdo a lo referido por Taboada (2016), las partes contratantes de común acuerdo pueden regular la eficacia del negocio jurídico otorgado (pág. 362), como en el caso de la simulación en la cual, la ineficacia funcional del negocio simulado respecto de las partes contratantes, obedece a una expresa regulación de estas.

Conforme lo expuesto en el ítem 2.3.4.2 del presente trabajo ubicado en las página 221-222.



## CONCLUSIONES

1. Las razones jurídicas por las que el supuesto de negocio simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico son: *i)* la simulación absoluta, como causal de nulidad del negocio jurídico (artículo 219° inciso 5), *ii)* la conceptualización de simulación absoluta (artículo 190°), *iii)* la acción de nulidad del negocio simulado (artículo 193°) y *iv)* la causal de anulabilidad por simulación (artículo 221° inciso 3). En cuanto al ámbito doctrinario las razones que sustentan esta consideración son: *i)* la ausencia de voluntad interna, *ii)* la divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, *iii)* la ausencia de causa y *iv)* el fin ilícito.

2. El supuesto de negocio simulado mantiene una estructura uniforme en ambos tipos de simulación: absoluta y relativa. Está conformado por el acuerdo simulatorio y el negocio simulado o aparente.

3. La categorización del negocio simulado dentro de los supuestos de ineficacia funcional del negocio jurídico, esta fundamentado en las siguientes razones jurídicas: reconocimiento de los efectos de la simulación relativa (artículo 191°) e inoponibilidad del negocio simulado ante terceros (artículo 194°). A nivel doctrinario, se considera al negocio simulado como un negocio jurídico correctamente estructurado y por lo tanto válido, en consecuencia su ineficacia no responde a una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico sino a la voluntad común de las partes contratantes.

4. Frente a la coexistencia de dos teorías incompatibles que regulan una misma figura jurídica como son: la teoría de la nulidad (artículos 190°, 193°, y 219° inciso 5), y la teoría de la ineficacia (artículos 191° y 194°), se considera



indispensable, la adopción de una sola teoría bajo cuyo fundamento se regule el supuesto de negocio simulado de manera uniforme, tanto para la simulación absoluta y la simulación relativa, por lo que es necesaria su modificación legislativa.

5. En suma por todo lo señalado, al haberse demostrado que el supuesto de negocio simulado, contenido en la simulación absoluta y en la simulación relativa, obedece a una misma estructura, y se encuentra correctamente conformado en estricta observancia de los elementos, presupuestos y requisitos establecidos por ley, es preciso afirmar que debe ser considerado como un negocio jurídico válido y entendiendo que su ineficacia responde a la regulación establecida por la voluntad común de las partes contratantes, se concluye que resulta más adecuado incluirlo como un supuesto de ineficacia funcional del negocio jurídico, adoptando la teoría de ineficacia de origen italiano.



## RECOMENDACIONES

1. Frente a la evidente contradicción normativa y teórica en el tratamiento del supuesto de negocio simulado en nuestra legislación vigente, se considera importante que los operadores del derecho realicen una interpretación sistemática de los dispositivos legales identificando las teorías adoptadas por nuestra legislación y estableciendo si estas se adecuan correctamente a nuestras normas y realidad social, dejando de lado la interpretación literal del texto normativo como única fuente para encontrar su verdadero sentido y aplicación, para de esta manera lograr una correspondencia en el desarrollo de la doctrina, legislación y jurisprudencia que impactará de forma positiva y directa en la adecuada aplicación de las reglas correspondientes a cada categoría jurídica y en la correcta y eficiente resolución de controversias.

2. Se considera que el tratamiento normativo diferenciado de la simulación absoluta y la simulación relativa es incorrecto, puesto que al tener la misma estructura deben ser regulados de manera uniforme, por lo que es necesaria entonces la unificación de criterios a nivel legislativo por la cual se opte por una teoría determinada ya sea la teoría de la nulidad o de la ineficacia, en base a la cual se elabore el tratamiento normativo consolidado del supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y relativa, por tanto consideramos necesaria la modificación de los artículos referidos a la simulación del negocio jurídico, (anexo 3).

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Acosta, C. (2010). Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración . Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte (34), Pags. 385-386. Obtenido de [www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a14.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a14.pdf).
- Beltran, J. (2010). Eclipse: Cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. Diálogo con la Jurisprudencia.(143).Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Beltran, J., & Campos, H. (2009). Breves Apuntes sobre los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico. Revista Derecho & Sociedad (32),Pags.198-211.Obtenido de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17426](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17426)
- Bianca, M. (2011). Derecho Civil El Contrato (Primera reimpression ed.). (F. H. Cortes, Trad.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Castillo, L. (2016). Supuesto de violación de facultades en la falta de legitimidad representativa, y su coincidencia con la figura jurídica del conflicto de intereses. (Tesis de doctorado). Universidad Andina del Cusco. Obtenido de <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/491>
- Castro, I. (2019). Investigar en Derecho. Texto de apoyo a la Docencia. Pags. 55-57. Obtenido de <https://www.uandina.edu.pe/index.php/escuela-posgrado/>
- Cruz, M. (2001). Algunas reflexiones sobre la condición. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (100). Pags 101-164. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/3669>
- De la Puente y Lavalle, M. (1976). Estudios sobre el contrato. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diálogo con la Jurisprudencia. (2007). El Código Civil en su jurisprudencia. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Díaz, A. (2001). La lesión. Revista IUS ET VERITAS (22,)Pags 137-148.Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15994>.
- Diez-Picazo, L., & Gullón. (2002). Sistema del Derecho Civil (Vol. II). Madrid, España: Tecnos.
- Escobar, F. (2002). Teoría general del derecho civil, 5 ensayos. Lima, Perú: Ara.
- Escobar, F. (2010). Causales de anulabilidad. Comentarios al artículo 221 del CC. En G. Jurídica, Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2010). Acto Jurídico Negocial. Lima, Peru: Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2000). El supuesto de la denominada "autonomía de la voluntad", en contratación contemporánea. Lima, Peru: Palestra-Temis.



- Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico* (Cuarta ed.). (C. J., M. Gonzalez, & E. Gomez, Trads.) Madrid, España: Fundacion Cultural del Notariado.
- Forno, H. (2011). Resolución de contrato. Comentarios al artículo 1371 del Código Civil En G. Jurídica, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas (tercera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hernandez, R. (1964). *La prueba de la simulación*. Bogota, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Hernandez Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. (sexta edición) Mexico D.F., Mexico: Mc Graw Hill Education.
- Hinestrosa, F. (1999). Eficacia e ineficacia del contrato. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (20)Pags.143-161.Obtenido de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/435>
- Leon Barandiaran, J. (1997). *Acto Jurídico*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Leon Hilario, L., & otros. (2014). *El negocio jurídico*. Lima, Perú: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente.
- Leon, L. (2013). *Los negocios jurídicos simulados. Introducción a su régimen normativo y praxis en el derecho peruano*. Lima, Perú.
- Lohmann Luca de Tena, J. (1987). *El negocio jurídico* (Reimpresión de la primera edición ed.). Lima: Librería Studium Ediciones.
- Martin, J. (1995). *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. Barcelona, España: Jose Maria Bosch Editor.
- Morales Hervias, R. (2008). Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. *Revista Derecho y Sociedad*. (28) Pags. 293-305. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17240>
- Morales, R. (2005). Contrato Inválido. *Revista Derecho PUCP*(58). Pags 101-129.Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3083>
- Morales, R. (2006). *Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley. Libro homenaje Facultad de Derecho*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Morales, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. (Tesis de doctorado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4682>.
- Morales, R. (2015). *La ineficacia del negocio jurídico*. Forseti Revista de Derecho. Lima, Perú.
- Nuñez, W. (2014). *Acto Jurídico. Negocio Jurídico (Concepto, representación, simulación e ineficacias en general)*. Lima, Perú: San Marcos.
- Ortiz, G. (2016) *La simulación absoluta del negocio jurídico*. (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, Perú. Obtenido de



- <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7862>
- Ospina, G., & Ospina, E. (2015). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogota, Colombia: Temis S.A.
- Ossorio, M. (2003). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Vigésimo tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Pacheco, G. (2016) Necesaria regulación normativa de la legitimidad para contratar como un requisito de eficacia funcional del acto jurídico. (Tesis de grado). Universidad Andina del Cusco, Obtenido de <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/644>.
- Palacios, E. (2007). Autonomía privada, principio de legalidad y Derecho Civil. *Revista Derecho Pucp* (60). Pags. 97-110. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2926>
- Palacios, E. (2011). Resolución del contrato por incumplimiento. Comentarios al artículo 1428 del Código Civil En G. Jurídica, Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil* (Vol. 1). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Quinto Pleno Casatorio Civil, Casación N° 3189-2012-LIMA NORTE. (Corte Suprema de Justicia 03 de enero de 2013).
- Ricciuto, V. (1999). "La simulazione", *Trattato dei contratti*. Turin, Italia: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET).
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Sanchez, Y. (2017) Regulación del remedio de la inoponibilidad en el Código Civil de 1984. (Tesis de maestría). Universidad Andina del Cusco, Obtenido de <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/969>
- Scalisi, V. (2005). *Categori e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*. Milan, Italia: Giufre.
- Sconamiglio, R. (2004). *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. (L. León, Trad.) Lima, Perú: Grijley.
- Taboada, L. (2000). Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos. *Revista Derecho Pucp* (53). Pags. 531-547. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6570>
- Taboada, L. (2002). *Nulidad del Acto Jurídico* (segunda ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Taboada, L. (2016). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato* (Primera reimpression ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Tantalean, R. (2019). La discapacidad, anotaciones al Decreto Legislativo 1384. *Revista Derecho y Cambio Social*. (56) Pags. 199-229. Obtenido de <https://lnx.derechoycambiosocial.com/index.php/article/view/109>
- Torres, A. (2001). *Acto Jurídico*. Lima, Perú: Idemsa.
- Torres, A. (2002). *Código Civil* (Sexta ed.). Lima, Perú: Idemsa-Temis.





- Torres, A. (2007). Rescisión y Resolución. Pags. 1-87. Obtenido de <http://www.ettorresvasquez.com.pe/resicion.html>
- Torres, A. (2015). Acto Jurídico (Quinta ed.). Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico.
- Varsi, E. (2014). Tratado de Derecho de las Personas. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Vidal, F. (1994). Tratado de Derecho Civil (Vol. Tres). Lima, Perú: Universidad de Lima.



# ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA  | OBJETIVOS  | HIPÓTESIS   | CATEGORIAS DE ESTUDIO  | DISEÑO  |
|---|--|---|--|---|
| <p><b>PROBLEMA GENERAL:</b><br/>¿Por qué el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico reguladas en el Código Civil Peruano como una categoría de ineficacia estructural, debería ser considerado en su lugar como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECIFICOS:</b><br/>1° ¿Cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico?<br/>2° ¿Cuál es la estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa?<br/>3° ¿Cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico?<br/>4° ¿Es necesaria la modificación legislativa de los artículos que regulan el negocio simulado en el Código Civil Peruano?</p> | <p><b>OBJETIVO GENERAL:</b><br/>Establecer los fundamentos por los que el supuesto de negocio simulado contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico reguladas en el Código Civil Peruano como una categoría de ineficacia estructural, debería ser considerado en su lugar como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECIFICOS:</b><br/>1° Determinar cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia estructural del negocio jurídico.<br/>2° Establecer cuál es la estructura del negocio simulado en la simulación absoluta y en la simulación relativa.<br/>3° Determinar cuáles son las razones jurídicas y doctrinarias por las cuales el negocio jurídico simulado es considerado como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.<br/>4° Analizar si es necesaria la modificación legislativa de los artículos que regulan el negocio simulado en el Código Civil Peruano.</p> | <p><b>HIPÓTESIS GENERAL:</b><br/>Existen suficientes razones jurídicas y doctrinarias para considerar al supuesto del negocio simulado regulado en el Código Civil Peruano contenido tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa del negocio jurídico como una categoría de ineficacia funcional del negocio jurídico.</p> | <p><b>1° Categoría :</b><br/><b>Negocio Simulado</b><br/><b>Subcategorías:</b><br/><input type="checkbox"/> Naturaleza jurídica.<br/><input type="checkbox"/> Simulación absoluta.<br/><input type="checkbox"/> Simulación relativa.<br/><input type="checkbox"/> Regulación normativa.</p> <p><b>2° Categoría :</b><br/><b>Estructura del Negocio Simulado</b><br/><b>Subcategorías:</b><br/><input type="checkbox"/> Naturaleza jurídica.<br/><input type="checkbox"/> Acuerdo simulatorio.<br/><input type="checkbox"/> Apariencia contractual.</p> <p><b>3° Categoría:</b><br/><b>Ineficacia del Negocio Jurídico en sentido amplio.</b><br/><b>Subcategorías:</b><br/><input type="checkbox"/> Naturaleza jurídica.<br/><input type="checkbox"/> Ineficacia estructural.<br/><input type="checkbox"/> Ineficacia funcional.<br/><input type="checkbox"/> Consecuencias jurídicas.</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Enfoque de la investigación: Cualitativo</li> <li>❖ Tipo de diseño de la investigación: Dogmático Propositivo</li> </ul> |



ANEXO 2

FORMATO DE FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

|  |  |
|--|--|
| <b>Nombre del documento</b>                      |  |
| <b>Autor</b>                                     |  |
| <b>Referencia bibliográfica según normas APA</b> |  |
| <b>Ideas principales</b>                         |  |
| <b>Ideas secundarias</b>                         |  |
| <b>Conclusiones</b>                              |  |
| <b>Aporte al tema seleccionado</b>               |  |
| <b>Ubicación de páginas dentro del texto</b>     |  |

**ANEXO 3****PROPUESTA LEGISLATIVA****Título: Modificación de los artículos 190°, 193° del Código Civil****I. Exposición de Motivos****1.1. Marco Legal**

- El artículo 219° inciso 5 establece: *“Artículo 219°.- El acto jurídico es nulo: ... 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.”*
- El artículo 221° inciso 3 establece: *“El acto jurídico es anulable: ... 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.”*
- El artículo 190° establece: *“Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.”*
- El artículo 193° establece: *“La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.”*

**1.2. Fundamentos**

- La simulación está regulada en el Código Civil de forma diferenciada, así mientras la simulación absoluta es causal de nulidad del negocio jurídico, la simulación relativa es causal de anulabilidad pero únicamente refiriéndose al negocio oculto o disimulado mas no al aparente o ficticio, existiendo un vacío normativo en lo concerniente al negocio simulado propiamente dicho



en este tipo de simulación. De la misma manera existe imprecisión en el artículo 219° inciso 5 puesto que no se ha señalado cual es la causal en la que incurre el negocio jurídico simulado en forma absoluta para ser considerado nulo, no obstante de una interpretación conjunta con el artículo 191° se puede inferir que la causal está referida a la ausencia de voluntad para celebrar el negocio.

- Se considera que todas estas estipulaciones son inexactas, debido a que en la simulación absoluta las partes contratantes celebran efectivamente un negocio jurídico<sup>1</sup> el cual es constituido en observancia de todos los requisitos de validez exigidos por la norma entre ellos, conviene especificar que las voluntades de cada una de las partes ha sido formada correctamente existiendo correspondencia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada en el contrato, por lo que debe ser considerado como un negocio jurídico valido. En lo referente al carácter aparente de este tipo de negocios jurídicos este será regulado por las partes en la fase de producción de efectos<sup>2</sup>, es decir la ineficacia del negocio jurídico simulado frente a las partes contratantes, dicho de otra manera la creación de una apariencia negocial aplicable únicamente a terceros, es regulada por las partes de común acuerdo a través del acuerdo simulatorio y no obedece a un defecto en la conformación del negocio jurídico.
  
- Se establece entonces que en la conformación del negocio simulado no ha

---

<sup>1</sup> Torres A. (2015) Acto Jurídico (Quinta ed.). Lima, Peru: Editorial Instituto Pacifico.

<sup>2</sup> Morales, R. (2006). Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley. Libro homenaje Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.



mediado ningún defecto de naturaleza intrínseca por lo que su consideración como una causal de nulidad del negocio jurídico carece de fundamento.

- En referencia a la simulación relativa, se determina que únicamente se ha regulado como causal de anulabilidad, el negocio real cuando perjudique a terceros, existiendo un vacío respecto a la regulación del negocio simulado en este tipo de simulación, desconociendo si la norma lo asimila a una causal de nulidad como en el caso de la simulación absoluta o si le otorga validez en cuyo caso existiría una seria incongruencia en el tratamiento normativo de una misma figura jurídica como es la simulación. Centrando la atención en la regulación existente, se determinó que el criterio por el cual se considera como causal de anulabilidad la afectación de un tercero por el negocio real o disimulado no obedece a la naturaleza de la figura de la anulabilidad que constituye un remedio ofrecido por el ordenamiento jurídico para que la parte contratante que se encuentra en situación de desventaja pueda solicitar al órgano jurisdiccional la nulidad del negocio jurídico del cual fue parte. Otorgar esta facultad a un tercero ocasionaría una preocupante desprotección a las partes contratantes de un negocio jurídico por lo que debe efectuarse la remoción de esta causal de anulabilidad.
- La acción de nulidad del negocio simulado se contrapone con lo establecido en el artículo 194° referido a la inoponibilidad de la



simulación<sup>3</sup>, debido a que en la misma esfera normativa no se puede declarar la nulidad de un negocio y al mismo tiempo reconocer sus efectos otorgando protección al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, razón por la cual se considera que la mal llamada acción de nulidad del artículo 193° debe ser regulada como ineficacia del negocio simulado por presentar más compatibilidad con esta figura.

- Ambos tipos de simulación regulados en el Código Civil vigente, simulación absoluta y simulación relativa mantienen la misma estructura, puesto que se encuentran contenidos por el supuesto de negocio simulado conformado a su vez por el acuerdo simulatorio y el negocio simulado, por lo tanto deben ser regulados normativamente de manera uniforme. Se considera que el supuesto de negocio simulado debe ser considerado válido en cuanto cumpla en su estructuración con los requisitos de validez del negocio jurídico, e ineficaz.
- La normativa actual de la simulación admite de manera simultánea la coexistencia de las teorías de nulidad e ineficacia del negocio simulado, práctica que es incompatible por su naturaleza, por tanto con la finalidad de esclarecer el panorama legal respecto a esta figura jurídica y no mantener errores conceptuales que repercuten directamente en la práctica y desarrollo del derecho, se debe optar por una única corriente o teoría que regule el supuesto de negocio simulado contenido en la simulación absoluta y en la

---

<sup>3</sup> Ortiz, G. (2016) La simulación absoluta del negocio jurídico. (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7862>.



simulación relativa. En vista de que el Libro de Acto Jurídico del Código Civil vigente ha sido elaborado bajo la influencia del Código Civil Italiano se considera que la teoría compatible que debe ser adoptada es la teoría de la ineficacia del negocio jurídico simulado por la cual la ineficacia del negocio simulado responde a la regulación de las partes contratantes y no a un defecto de tipo estructural en su conformación.

## II. Formula Legal

| Tópico                             | Texto normativo  |
|------------------------------------|--|
| Simulación absoluta                | <p>Artículo 190°.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.</p> <p><b>Modificación:</b></p> <p><b>“Artículo 190.- Simulación absoluta</b></p> <p>Por la simulación absoluta se celebra un negocio jurídico aparente que produce efectos jurídicos ante terceros y es ineficaz entre las partes contratantes.”</p> |
| Acción de nulidad de acto simulado | <p>Artículo 193°.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.</p>  |

|                  |   |
|------------------|---|
|                  | <p><b>Modificación:</b></p> <p>“Artículo 193°.- La acción para solicitar la ineficacia del negocio simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.”</p>   |
| Negocio simulado | <p><b>Adición:</b></p> <p>“Artículo 190-A.- <b>Negocio simulado</b></p> <p>El negocio simulado contenido en la simulación absoluta y la simulación relativa es un negocio jurídico ineficaz entre las partes por común acuerdo de voluntades y valido en cuanto cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 140°.”</p> |

### III. Análisis Costo-Beneficio

- El actual tratamiento normativo diferenciado de una misma figura como es la simulación del negocio jurídico está repercutiendo de manera directa en la interposición de demandas y en la resolución de controversias afectando los intereses de la comunidad de manera específica en los temas referentes a transferencias de propiedad, terceros perjudicados y responsabilidad contractual y extracontractual.



- Al realizar la modificación legislativa propuesta se contribuirá con un mayor entendimiento de las categorías jurídicas de ineficacia estructural y funcional lo que posibilitara su correcta aplicación y la unificación de criterios en la comunidad jurídica generando confianza en las partes contratantes al momento de la resolución de conflictos, colaborando de manera positiva con el tráfico jurídico.