

LOS CONTRATOS COLIGADOS EN FRAUDE A LA LEY. CON ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO JURÍDICO ITALIANO

Walter Vásquez Rebaza

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
y profesor de la Facultad de Derecho Cooperativo de ESAN – Graduate School of Business

Categoría Profesores

Aun cuando sus abordajes técnico-doctrinales originarios corresponden a estadios temporales bastante distantes entre sí, es posible sostener que el fraude a la ley y la coligación contractual son dos fenómenos trascendentales en el marco del derecho civil patrimonial contemporáneo. En las presentes líneas, que carecen de un afán omnicompreensivo, nos ocuparemos de algunas de las relaciones existentes entre ambas categorías. Para tal efecto, partiremos de su conceptualización básica, abordaremos su configuración jurídica (estructural y funcional), características y su tratamiento tanto en algunos modelos jurídicos comparados (ámbito en el cual aludiremos prevalentemente al modelo jurídico italiano) como en nuestro sistema jurídico. El punto central del presente trabajo consistirá en determinar con precisión cuáles son las relaciones entre fraude a la ley y coligación contractual, y cómo se traduce ello en el plano de la regulación existente en el ordenamiento peruano.

La metodología que se empleará consistirá en la dogmática jurídica y en el análisis del modelo jurídico italiano, en vista de la similitud que este último presenta —sobre todo a nivel legislativo— con el sistema nacional. El referido enfoque metodológico resulta pertinente no solo por la escasez en nuestro medio de referentes legislativos sobre los puntos tratados, sino también porque el sistema italiano se configura como uno de los más avanzados en las materias que nos convocan.

Finalmente, resulta necesario advertir al lector que en el presente trabajo nos ocuparemos exclusivamente de las hipótesis de fraude relativas a normas imperativas de derecho civil patrimonial que detonan el remedio jurídico de la nulidad (entendida como especie de invalidez); y no así de los escenarios en los que el *fraus* desencadena una disciplina jurídica particular, como los supuestos de fraude a la ley tributaria o laboral (propios del derecho público). Ello se justifica no solo por las limitaciones de espacio a las que nos encontramos sujetos, sino principalmente por la exigencia de delimitar nuestra investigación de una manera tal que de ella se puedan extraer conclusiones útiles para el intérprete.

I. Premisas básicas para el entendimiento de la coligación contractual

El contrato es un acuerdo en virtud del cual dos o más partes dan lugar a un reglamento de intereses o, lo que es equivalente, a un programa de actividades que se desenvolverá en el futuro o que estará destinado a consumarse inmediatamente después de su constitución. Se trata de un acto de autonomía privada¹ que se encuentra destinado a ser jurídicamente coercible y que lo será siempre y cuando se encuentre en sintonía con los valores acogidos por el ordenamiento jurídico, vale decir, el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres (Ferri 2002: 154).

Resulta indispensable destacar que el contrato no es un fin en sí mismo, sino un medio que permite a los propios individuos abandonar los «estados de carencia» de bienes en los que se encuentran.² Dicho de otro modo, se trata de un instrumento destinado a viabilizar, a través de la programación de reglas y actividades, la satisfacción de las necesidades individuales de diversa índole, sean económicas o no económicas (Ferri 2002: 135-136).

Por otra parte, es necesario mencionar que el contrato es un fenómeno que, a pesar de incidir directamente en la situación económica preexistente, no debe equipararse a la sustancia económica subyacente. En ese sentido, resulta determinante explicitar los tres planos o niveles (estrechamente relacionados entre sí) del fenómeno contractual: *a*) el contenido jurídico-contractual (reglamento); *b*) la economía del contrato (el programa económico), y *c*) la función económico-individual del contrato (causa en concreto) (Grondona 2011: 275).³ Entendido en estos términos, el contrato viene a constituirse como una suerte de vestido jurídico del programa económico (Grondona 2011: 275). Así, la «economía del contrato» es una entidad que cuenta con «objetividad propia», razón por la cual «debe ser netamente separada de la idea de contrato como producto de las voluntades de las partes» (Grondona 2011: 297).

La necesidad (valga la redundancia, entendida como estado de carencia que el sujeto tenderá a abandonar) configura la razón que impulsa a las partes a vincularse jurídicamente a

1 Se puede definir a la autonomía privada como aquel poder en virtud del cual los individuos se encuentran habilitados para, dentro de ciertos límites, regular sus intereses frente a la satisfacción de sus propias necesidades, dotando al producto de dicho poder de la tutela necesaria para garantizar su efectividad. En ese sentido, tal como sostiene Roppo (2009: 48), autonomía privada es el poder que ostentan los individuos para autoimponerse reglas en el ámbito de sus propias relaciones jurídico-patrimoniales antes que admitirlas del exterior. La libertad que supone la noción de autonomía privada no resulta en modo alguno equiparable al mero arbitrio de la voluntad. Se trata de un poder parametrado, sin que tal situación sea incompatible con su esencia de libertad, pues esta última se desenvuelve dentro de ciertos límites preestablecidos. Así lo considera Schlesinger (2002: 106), para quien el derecho, sin importar cuál fuera la fuente: leyes, estatutos, jueces, costumbres, etcétera, desempeña siempre un papel de dirección y control de los actos de autonomía con la finalidad de establecer cuándo y cómo concederles «justiciabilidad» a los compromisos asumidos por los particulares.

2 En una posición a la que nos adherimos, Nicolò (2005: 106) ha aseverado que la necesidad es un concepto tomado de la economía (o sea, previo al derecho) que podría definirse, de modo generalísimo, como aquel «estado de insatisfacción del sujeto». De esta última derivaría lógicamente el concepto de bien, es decir, «aquella entidad objetiva que es idónea (o que, de todas maneras, el sujeto considera idónea) para eliminar el estado de insatisfacción». Según el autor, dado que las necesidades pueden ser actuales o futuras, materiales o espirituales, instantáneas o permanentes, regulares o irregulares, la variedad de bienes aptos para satisfacerlas será bastante amplia. En caso que un sujeto advierta el estado de necesidad y sea consciente de la idoneidad de un bien específico en orden a su satisfacción, se colocará frente a este último en un «estado de tensión de la voluntad» y dará lugar al interés.

3 Según Grondona (2011: 275), semejante perspectiva «es la adoptada por la moderna (es decir, del siglo XX), teoría del contrato, que considera a la voluntad de las partes como una voluntad que se hace objetiva en el reglamento contractual».

través de la vía del negocio jurídico. Ahora bien, los individuos pueden satisfacer sus necesidades canalizándolas a través de reglamentos negociales que se encuadren directamente en los esquemas abstractos (tipos contractuales) previstos por el ordenamiento jurídico. Estos últimos se encuentran predispuestos a la obtención de aquellos fines que el legislador consideró, en un contexto histórico-social específico, dignos de tutela y favorecimiento. Cuando ello ocurra, nos encontraremos en el ámbito de los contratos típicos.⁴

No obstante ello, tal como ha manifestado un ilustre jurista, «[...] le vicende della vita económica colletiva, e più specialmente la sempre maggiore complessità dei rapporti economici, cui è parallelo il mutarsi e il progredire della tecnica degli affari, come creano nuovi bisogni, così suggeriscono nuove modalità per la loro soddisfazione [...]» (Osti 1959: 498).⁵ De esta forma, las referidas mutaciones «determinano forme sempre nuove e diverse di quella collaborazione economica fra i soggetti, che si attua col mezzo tecnico giuridico del contratto» (Osti 1959: 498).⁶

Efectivamente, el constante surgimiento de finalidades económicas de complejidad creciente reclama la presencia de formas contractuales cada vez más novedosas y sofisticadas, las cuales poco a poco van excediendo la capacidad de aquellos modelos típicos unitarios hijos de su tiempo concebidos por el legislador. Ante semejante realidad, resulta evidente que, al menos en el marco de una economía moderna, la restricción de las iniciativas individuales frente a la satisfacción de estas nuevas (o renovadas) necesidades no constituye una posibilidad genuina.

Reformulando lo apenas mencionado es posible aseverar que, en virtud de su autonomía privada, los sujetos cuentan con el poder de crear reglamentos contractuales que se aparten de los modelos típicos (eventualmente, sin siquiera la presencia de algún elemento esencial de alguno de estos [Osti 1959: 498]) dando lugar al fenómeno de la atipicidad. Se trata de formas *ad hoc* creadas para satisfacer finalidades económicas específicas no consagradas típicamente por el legislador.⁷ Lo que queremos dejar en claro es que son las siempre cambiantes necesidades del tráfico económico-jurídico las que determinan que los particulares, haciendo uso de su autonomía privada, den lugar a organizaciones negociales alternativas a los modelos típicos, configurándose de este modo contratos atípicos.

Pero, además de ello, reviste particular importancia considerar que en el escenario comercial contemporáneo suelen presentarse ciertas necesidades cuya especial complejidad amerita la presencia coordinada de una pluralidad de negocios jurídicos tan diversos entre sí que su reducción a la unidad estructural resulte inviable.

Pensemos, por ejemplo, en una necesidad económica compleja específica como la siguiente: un grupo de inversionistas desea tomar control de una sociedad anónima cerrada contando

4 Si dos partes desean intercambiar la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien a cambio del pago de un precio en dinero acudirán al esquema de la compraventa. La función abstracta de dicho contrato es precisamente el intercambio de titularidades sobre los bienes involucrados (la cosa y el precio); dicha circunstancia satisfará, al menos en teoría, las necesidades de cada una de las partes sin que sea indispensable que estas acudan a esquemas atípicos o a una pluralidad de formas negociales.

5 «Las mutaciones de la vida económica colectiva, y especialmente la cada vez mayor complejidad de las relaciones económicas, las cuales son paralelas al cambio y progreso de la técnica de las operaciones económicas, tal como crean nuevas necesidades, así sugieren nuevas modalidades para su satisfacción». (La traducción es nuestra).

6 «Determinan formas siempre nuevas y distintas de aquella colaboración económica entre los sujetos que se actúa con el medio técnico jurídico del contrato». (La traducción es nuestra).

7 El artículo 1353 del Código Civil peruano reconoce la existencia de estas manifestaciones al señalar lo siguiente: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

con financiamiento externo. Dicha operación involucra, por lo menos, a tres partes diversas: los inversionistas-compradores, los accionistas-vendedores y la entidad financiera. Asimismo, su implementación requerirá, como mínimo, la coordinación de *a)* un contrato relativo a la compra del paquete que represente la mayoría absoluta de las acciones y *b)* un contrato en que se programe el financiamiento bancario indispensable para viabilizar la consecuencia *a)*.

En otros términos, frente a la consumación de la aludida toma de control corporativo no será suficiente acudir a un esquema contractual unitario por más «complejo» que este sea, sino que se requerirá la concertación de dos o más contratos que, a pesar de su diversa entidad, se encuentren orientados a la consumación de la misma operación económica unitaria. En el caso más simple, dichos contratos vendrían a ser la compraventa de acciones y el mutuo dinerario.⁸

Tal como se podrá advertir, la complejidad de las operaciones económicas presentes en las sociedades modernas determina que, a causa de su elevada sofisticación, ciertas necesidades individuales no puedan ser satisfechas mediante un solo acuerdo contractual.⁹ De allí que los privados en no escasas oportunidades orientan una pluralidad de contratos distintos hacia la satisfacción de una necesidad unitaria; o mejor, buscan gestionar una operación económica global a través de varios contratos.

En tal contexto, si bien cada uno de los contratos que apunta a la actuación de la operación global debe calificarse como una estructura autónoma (vale decir, que cuenta con una entidad propia, distinta a la de los otros miembros del grupo), en múltiples ocasiones el derecho no puede ignorar la conexión existente entre los referidos convenios, dado que origina importantes consecuencias jurídicas peculiares. Tal como lo considera la más autorizada doctrina, es precisamente esta realidad la que determina la emersión de la coligación contractual como categoría lógica-operativa.¹⁰

Las consideraciones desarrolladas anteriormente nos ilustran respecto al panorama contractual predominante en la actualidad. Se trata de un escenario en el cual cada vez menos necesidades pueden satisfacerse a través de contratos únicos, un escenario donde resulta frecuente la concurrencia de agrupaciones contractuales frente a la realización de programas económicos unitarios. En tales hipótesis, el contrato no puede seguir considerándose una «isla», es decir, una realidad absolutamente ajena a los cambios económicos y jurídicos producidos por otro u otros acuerdos contractuales.¹¹ El razonamiento apenas descrito configura el paradigma del contrato aislado.

8 El ejemplo narrado podría quizá resultar demasiado elemental si se lo compara con la compleja trama de vínculos jurídicos que se implementan con ocasión a los procedimientos de toma de control corporativo (piénsese en las operaciones de *leveraged buyouts*). Sin embargo, esto último no hace sino apoyar nuestra posición, según la cual la creciente sofisticación de necesidades requiere en múltiples ocasiones escapar a los esquemas rígidos y aislados de la contratación tradicional.

9 En esta línea, Marino (2009: 1) ha sostenido que las hipótesis de coligación contractual son directamente proporcionales a la capacidad humana de crear nuevas operaciones económicas y de incrementar las ya existentes y adaptarlas a las nuevas necesidades.

10 En ese sentido, véanse Cascio y Argiroffi (1988: 3) (la paginación corresponde a la de la separata); Messineo (1962: 49), y Lorenzetti (2001: 122), para quien la unión de contratos «es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras típicas existentes».

11 Así lo considera Mosset Iturraspe, para quien, en la consideración clásica, «la regla es el contrato aislado, un universo o integralidad, que se satisface a sí mismo, nace, vive y muere en la soledad» (1999: 63).

En palabras de Seguí,

El fenómeno es de tal intensidad, que nos enfrentamos a diario con contrataciones que aparecen relacionadas, coligadas, imbricadas entre sí en la búsqueda de una finalidad común, situación que nos aleja velozmente del

Secundar el mencionado modelo equivaldría —para emplear una metáfora— a apreciar de forma incompleta una obra de arte que, a pesar de estar compuesta por una multiplicidad de pequeñas imágenes distintas, busca trasladar un mensaje unitario que se configura a partir de la combinación de los diversos fragmentos. Fijamos únicamente en alguno de los componentes aislados y no apreciar el valor global que la conjunción coordinada de piezas autónomas representa, podría llevarnos a conclusiones miopes (y, por ende, equívocas) sobre el auténtico significado que el artista deseaba plasmar. Por el contrario, desentrañar el genuino valor de la obra requerirá, sin duda, apreciar la imagen en su completitud o globalidad, esto es, una valoración de conjunto.

Como se podrá apreciar, en las últimas décadas la contratación ha experimentado (continúa y continuará haciéndolo) cambios de fundamental relevancia. En esta línea, cabe destacar que el aludido paradigma del contrato aislado, que es precisamente aquel que influyó indirectamente en la regulación del Código Civil peruano de 1984, era propio de una sociedad que acogía un modelo de contratación artesanal. Bajo el referido esquema, el contrato desempeñaba un rol instrumental frente a la generación de obligaciones y, en cualquier caso, subordinado a la institución de la propiedad (sobre todo aquella que recaía sobre bienes corporales) (Díez-Picazo y Ponce de León 2004: 10).

En tal contexto, el jurista —encargado de describir fenómenos, establecer cuándo tienen lugar, cómo se realizan y descubrir la lógica interior de las fuerzas que los dominan— (Irti 2004: 336) se encuentra llamado a advertir la constante evolución que caracteriza al fenómeno contractual¹² para así poder elaborar categorías lógicas compatibles con los roles que semejante institución desenvuelve día tras día, los cuales se encuentran estrechamente relacionados con la satisfacción de necesidades humanas. Semejante perspectiva ha sido advertida por una destacada opinión, la cual, de manera acertada, ha afirmado lo siguiente:

Los institutos jurídicos son también fenómenos sociales y por lo tanto entidades en constante evolución, pues están destinados a servir de instrumentos de realización de una pacífica convivencia social. En consecuencia, los institutos jurídicos no deben ser necesariamente lo que el Derecho romano nos enseñó, o lo que la tradición jurídica sugiere, ni siquiera lo que el Código o la ley en general ya han dispuesto; los institutos jurídicos deben ser lo que la sociedad necesita que sean en cada momento histórico determinado, y el jurista y el legislador tienen la enorme responsabilidad de descubrir esa necesidad y entenderla apropiadamente para darle conveniente atención mediante la creación o adecuación de institutos jurídicos útiles y eficientes. (Forno 2000: 17)

Aunque aplicada al ámbito específico del derecho contractual, la misma idea de fondo ha sido plasmada por otro autorizado especialista contemporáneo (Gabrielli 2009: 910) según el cual:

Compito dell'interprete è infatti di assicurare il necessario ricambio dei concetti e delle categorie ordinanti, al fine di evitare il pericolo che l'attaccamento alla tradizione impedisca la comprensione

contrato concebido por los Códigos decimonónicos: ya no es posible estudiarlo como figura «aislada», porque se ha «ensanchado» su contenido, se han expandido sus moldes, y ello exige el examen de éste desde su nueva realidad.(2001: 183-184)

12 Cierta voz (Konder 2006: 1) ha destacado que la reiterada mención a la transformación del derecho contractual podría deberse a la enraizada creencia de que dicha parcela del campo jurídico, dado su alto grado de abstracción, estaría dotada de una supuesta «atemporalidad» en virtud de la cual sería inmune a las alteraciones históricas.

dei nuovi e concreti fenomeni sui quali il diritto comune dei contratti è chiamato ad operare, così che gli istituti, seppur rimanendo fedeli ai valori ed alla logica dell'ordinamento, si modifichino in aderenza alla modificazione della realtà che essi sono chiamati concettualmente ad organizzare e a disciplinare.¹³

A nuestro parecer, la coligación contractual es precisamente una de las categorías lógicas que ha hecho surgir la constante evolución de la contratación de las últimas décadas. Por tal razón, su conceptualización constituye un intento de adaptación de los modelos contractuales y de las técnicas interpretativas existentes a realidades modernas y complejas operaciones económicas (Marino 2009: 4). Sobre este último punto, debe advertirse que la vinculación entre contratos pasaría fácilmente inadvertida si se pretendiese apreciarla desde el tradicional paradigma del contrato aislado pero que, dada la importancia que ha adquirido hoy en día, amerita, sin lugar a dudas, delimitación y consideración propias.

En síntesis, estamos convencidos de que a estas alturas las formas de satisfacción de las necesidades complejas que caracterizan los intercambios contemporáneos ya no pueden apreciarse adecuadamente desde el prisma del contrato aislado, que era el modelo propio de las sociedades decimonónicas. En la actualidad es posible verificar que cada vez con mayor frecuencia los individuos acuden a dos o más contratos distintos para dar cumplimiento a un programa económico unitario. De esta forma, emerge lo que denominaremos «el nuevo paradigma de la contratación», el cual, al orientarse hacia la satisfacción de necesidades cada vez más sofisticadas, determina el advenimiento del fenómeno jurídico denominado «coligación contractual».

2. Los contratos coligados: noción y tratamiento jurídico

En el marco de los modelos jurídicos comparados han germinado innumerables clasificaciones de contratos coligados.¹⁴ Sin embargo, muchas de las categorías identificadas no revisten genuina relevancia jurídica, es decir, no pueden considerarse operativas, sino meramente descriptivas. A nuestro parecer, la noción de coligación operativa (es decir, jurídicamente relevante) se corresponde con lo que la doctrina italiana ha venido denominando «coligación funcional». En esta hipótesis, un negocio jurídico (contrato) actúa o está dirigido a actuar sobre la relación jurídica derivada de otro negocio jurídico (contrato). Semejante incidencia se puede producir *ex uno latere* o en sentido recíproco (en este último caso las vicisitudes de un negocio se reflejan sobre aquellas del otro y viceversa) (Gasperoni 1995: 372).

En nuestra opinión, la coligación funcional puede dividirse en dos subcategorías: *a*) coligación abstracta y *b*) coligación concreta.

¹³ «Es tarea del intérprete asegurar el necesario recambio de los conceptos y de las categorías ordenantes, con el fin de evitar el peligro de que el apego a la tradición impida la comprensión de los nuevos y concretos fenómenos sobre los cuales el Derecho común de los contratos está llamado a operar, de modo que los institutos, aunque permaneciendo fieles a los valores y a la lógica del ordenamiento, se modifican en consonancia con la modificación de la realidad que ellos están llamados conceptualmente a organizar y regular». (La traducción es nuestra).

¹⁴ Para un análisis detallado de las diversas clases de coligación contractual identificadas por la doctrina comparada, permítasenos remitir a nuestro siguiente trabajo: Vásquez (2012: 114 ss.). Asimismo, en el referido trabajo hemos desarrollado con amplitud los aspectos de la extensión de la ineficacia como consecuencia de las hipótesis de coligación contractual.

La coligación abstracta reúne aquellas agrupaciones de contratos vinculados en abstracto, es decir, por su naturaleza inherente o por la función abstracta (causa abstracta) que uno de ellos desempeña respecto al otro. Es este el tipo de vinculación presente entre los contratos de garantía (personal o real) y los contratos de los que surge el crédito garantizado;¹⁵ asimismo, un nexo de semejante naturaleza une al contrato base con los acuerdos derivados (es decir, con los subcontratos en sentido técnico).¹⁶

Por su parte, la coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados entre sí a partir del texto o del contexto por estar dirigidos hacia la gestión de una operación económica global. En tales supuestos, el cumplimiento de la pluralidad de contratos resulta necesario e instrumental frente al desenvolvimiento de la operación económica global, la cual no podrá ser actuada a partir de la ejecución aislada de cada contrato. Es precisamente la coligación concreta la que se tomará como base frente a la realización del presente estudio.

Pasando a otro punto, nos referiremos a los componentes necesarios para la configuración de una hipótesis de coligación contractual concreta. Esta noción cuenta con dos requisitos lógicos indispensables: la pluralidad contractual y el nexo funcional.

En efecto, es universalmente aceptado que la configuración del escenario que nos ocupa requiere, en primer lugar, la convergencia de una agrupación de contratos diversos que no pierdan su individualidad ni su autonomía y que conserven su propia causa.¹⁷

Por su parte, el nexo funcional es aquel componente que instaura un vínculo de dependencia entre los convenios aludidos. A su vez, el nexo funcional cuenta con dos componentes lógicos: a) el elemento externo y b) el elemento interno.¹⁸

El elemento externo se encuentra conformado por una operación económica global, la cual debe entenderse como aquel resultado unitario cuya realización requiere de la actuación coordinada de dos o más contratos. La operación económica global puede ser de dos tipos: a) la macrofinalidad y b) el macroequilibrio. En virtud del primer perfil, la pluralidad de contratos

15 Ciertas normas del Código Civil peruano de 1984 hacen emerger la relevancia jurídica de la coligación abstracta. Así, el artículo 1875 determina el carácter accesorio de la fianza al señalar que esta, como regla, no puede existir sin una «obligación válida». Luego, en virtud de dicha norma, el contrato que diera origen al crédito y el contrato de fianza se encuentran conectados por un vínculo de accesoriedad en virtud del cual la afección patológica del primero de ellos comporta la afección de la fianza. Obsérvese que el caso contrario (es decir, la patología de la fianza) no tendría por qué incidir en el contrato garantizado. Por su parte, el artículo 1885 establece que el fiador pueda oponer al acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor principal, salvo las inherentes a su persona. Como se podrá apreciar, semejante regla constituye otra manifestación de la estrecha vinculación que existe entre el acuerdo que diera origen al crédito garantizado y la fianza como programa dirigido a garantizarlo.

16 Otro conjunto normativo mediante el cual nuestro Código Sustantivo regula aspectos particulares relativos al tema objeto de estudio puede apreciarse en la disciplina del subarrendamiento. El artículo 1694 dictamina la «extinción» del subarrendamiento (contrato derivado), aunque su plazo se encuentre vigente, como consecuencia de la «conclusión» del arrendamiento (contrato base). En otros términos, el legislador reconoce que el subarrendamiento se extinguirá a causa de la terminación de un contrato distinto: el arrendamiento. No obstante, como podrá advertirse, la «conclusión» no es la única situación de ineficacia predicable de un contrato de arrendamiento, sino que existen un sinnúmero de patologías que podrían llegar a afectarlo. Para tales hipótesis no es posible apreciar una regulación jurídica específica. Esta situación justifica el estudio del nexo que une al arrendamiento con el subarrendamiento (y, más en general, al contrato base y al subcontrato) en el marco de la teoría de la coligación negocial.

17 Para una metodología que permita distinguir entre uno o varios contratos (tarea mucho más complicada de lo que parecería ser), véase Vásquez (2012: 155 ss.).

18 Para un desarrollo detallado sobre este punto, véase Vásquez (2012: 220 ss.).

coligados estará proyectada a la consecución de una unidad teleológica, o sea, de una finalidad de conjunto. En lo que respecta al macroequilibrio, la operación canaliza una proporción económica de riesgos y beneficios ajena al contenido de cada acuerdo y que se teje o engrana a partir de la concertación de estos.

Por su parte, el elemento interno (segundo componente del nexo funcional) penetra en la estructura negocial de al menos uno de los contratos coligados en concreto. Se trata de la asunción, en el elemento de la causa concreta, de un interés —jurídicamente relevante— en la coordinación con los otros contratos conexos, frente a la actuación de la operación económica global. La causalización del interés en la coordinación complementa la función abstracta cristalizada en el tipo (es decir, la causa abstracta) otorgándole, en el caso específico, un margen mayor de operatividad al acto de autonomía privada.

La verificación de la asunción causal del interés en la coordinación se desenvolverá atendiendo al texto y al contexto.¹⁹ La causalización del interés en la coordinación se derivará del texto cuando en el reglamento consensual se incluya una cláusula en virtud de la cual se califique como *coligados* (o bien con alguna expresión equivalente) a los diversos contratos.

Por su parte, la asunción causal de semejante interés se derivará del contexto a partir de ciertos indicios reveladores (no limitativos, desde luego) como los siguientes:

- a) El conocimiento, por parte de los contrayentes, de la operación económica global a la que se dirigen los contratos coligados.
- b) La tipicidad de la operación económica global. Dicho de otra manera, a raíz de su práctica reiterada, las coligaciones entre contratos se toman socialmente típicas, lo cual puede generar la presunción de que el contenido contractual en concreto corresponda al modelo socialmente típico (Marino 2009: 146).²⁰
- c) Las características de los bienes a los que se refieren los diversos contratos, los cuales podrían ser de naturaleza complementaria o brindar una utilidad unitaria.
- d) La colaboración previa y planificada de algunas de las futuras partes contractuales frente a la celebración y operatividad de la agrupación de contratos.²¹
- e) Los nexos de parentesco o de dependencia organizativa entre dos o más partes de la agrupación de contratos.

El valor de semejantes indicios reveladores no es absoluto. Afirmar ello en abstracto podría ser peligroso. El valor específico de cada índice deberá fijarlo caso por caso el juez o árbitro, de conformidad con los criterios hermenéuticos consagrados por el legislador.

19 En realidad, ambas situaciones, en caso se verifiquen, constituirán dos formas distintas de apreciar un mismo fenómeno. Es decir, no existirán especies distintas de coligación concreta según el interés en la coordinación se haya causalizado a partir de indicios textuales o contextuales.

20 Marino destaca, entre otros, el ejemplo del contrato de franquicia coligado a arrendamiento, a favor del franquiciado, de un inmueble especialmente acondicionado para la operación del negocio (2009: 172 ss.).

21 Esto resulta particularmente explícito en los financiamientos trilaterales celebrados en el marco de las operaciones de crédito al consumo. Sobre el particular, véase: Piepoli (1976: 143 ss.); Bergel y Paolantino (1993: 28); Escuin (2002: 89 ss.), y Marín (2010: 190 ss.).

En tales escenarios se puede apreciar la convergencia de una serie de indicios objetivos relevantes capaces de darnos luces sobre la asunción causal del interés en la coordinación, tanto en el esquema de provisión como en el de financiamiento. En otro lugar (Vásquez 2011: 193-194), hemos clasificado tales indicios en dos grupos diversos denominados la «lista negra» y la «lista gris».

Los contratos coligados en concreto cuentan con un tratamiento particular que se diferencia tanto de la regulación jurídica aplicable al contrato unitario como de aquella propia de los contratos independientes. Se trata de un genuino régimen privativo. Evidentemente, el estudio del tratamiento mencionado no puede plantearse con detalle en estas líneas. Sin embargo, siguiendo a Sacco (2011: 240), resulta posible mencionar algunas de las consecuencias jurídicas que la jurisprudencia italiana ha venido derivando de las hipótesis de coligación negocial:

- a) La interdependencia de los contratos conlleva que las vicisitudes de uno repercutan sobre las del otro y lo condicionen en su validez y eficacia.
- b) Por ello, si un contrato es nulo, toda la cadena es nula, salvo la «prueba de resistencia» establecida en virtud de la regla de la nulidad parcial.
- c) La anulación, la resolución y el desistimiento no pueden afectar a un contrato sin afectar a toda la cadena.
- d) No es admisible el desistimiento de uno solo de los contratos coligados.
- e) Quien es parte de un contrato puede impugnar toda la cadena.
- f) El derecho de retención se comunica de un contrato al otro.
- g) La condición insertada en un contrato puede afectar a toda la cadena.
- h) El nexo de reciprocidad se presenta entre prestaciones derivadas de los contratos autónomos coligados.
- i) La interpretación global y sistemática del contrato será aplicable a la cadena y determinará que los diversos contratos sean apreciados de manera armónica.
- j) La presencia de un contrato oneroso destruye la gratuidad del acuerdo coligado a este.
- k) La fidelidad a la buena fe en la ejecución del contrato y la correspondencia a la buena fe en el ejercicio del desistimiento se aprecian teniendo presente no solo los contratos individuales, sino toda la cadena.

3. La noción de fraude a la ley y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional

Quizá la consecuencia más representativa de los escenarios de coligación contractual es la llamada «propagación de la ineficacia». Semejante fenómeno consiste en determinar, en los supuestos de conexión entre contratos, qué incidencia puede tener la ineficacia (entendida en sentido genérico) de un convenio sobre los demás. En otras palabras, se busca saber «si se extiende (o cuándo se extiende) la ineficacia de un determinado contrato a otro u otros vinculados funcionalmente con aquel» (López 1994: 292-293). Sin embargo, el aspecto patológico de la coligación contractual objeto del presente estudio —y que desarrollaremos a continuación— se comporta de una manera diametralmente diversa.

En efecto, existen hipótesis en las cuales los contratos coligados en concreto se encuentran concertados de manera tal que la operación económica global a la que están dirigidos coincide con el resultado que alguna norma imperativa prohíbe bajo sanción de nulidad o al que le otorga cierto tratamiento particular.

Este segundo perfil patológico ha recibido una atención mucho menor por parte de los estudiosos de la coligación contractual. A pesar de ello, los problemas jurídicos relevantes presentes en estos escenarios no solo resultan particularmente interesantes y complejos, sino

que también son frecuentes en la *praxis*. Por tal razón, a nuestro juicio, se trata de casos que ameritan un estudio tan profundo como aquel dedicado a la extensión de la ineficacia.

La doctrina que se ha ocupado del segundo perfil patológico de la coligación concreta se ha pronunciado sobre sus importantes vinculaciones con el fraude a la ley,²² entendida como norma imperativa. Conviene en este punto, por tanto, dirigir nuestra atención a esta última noción.

Antes de emprender dicha tarea, resulta importante reiterar al lector que en las presentes líneas nos ocuparemos únicamente de la elusión a aquellas normas imperativas cuya violación directa desencadena el remedio jurídico de la nulidad y, por lo tanto, no determina consecuencias como la aplicación directa de la norma defraudada. Las situaciones apenas descritas resultan comunes frente a la elusión de normas imperativas laborales o tributarias, ámbitos que no buscaremos abarcar en las presentes líneas.²³ Consideramos que semejante delimitación se encuentra justificada por la naturaleza del presente trabajo y por las limitaciones de espacio a las que nos vemos sujetos.

El primer punto que suele evaluarse en los estudios tradicionales (basados en las fuentes romanistas) (D'Amico 1993: 5 ss.; Nardi 2006: 3) sobre el negocio jurídico fraudulento es su distinción con los actos de autonomía privada *contra legem*. En esta línea, se ha dicho que en las hipótesis *fraus*, respetando solo en apariencia el texto de la norma, los particulares llegan a violarla en su espíritu. Se trata de una afirmación que halla su antecedente directo en un pasaje de un comentario de Paulo²⁴ relativo a la prohibición de donaciones de la *Lex Cincia* transmitido por el *Digesto* de Justiniano D.I, 3, 29: «*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis sententiam eius circumvenit*». Acorde con esta perspectiva, el intérprete deberá determinar el espíritu de la norma a partir de los procedimientos de interpretación declarativa y extensiva de la prohibición legal (Coviello 1949: 465-466).

Las hipótesis de fraude a la ley, desde luego, no han sido del todo ajenas a nuestras fronteras, pues se han documentado pasajes de nuestra historia menos reciente en los cuales resulta posible apreciar claramente el recurso a «un serie de herramientas legales y contractuales realmente complejas y sutiles (e.g., mandatos sin representación, compraventas consuetudinarias) para eludir ciertas restricciones legales impuestas» (Guevara 2012: 272).

Según las opiniones clásicas, el contrato en fraude a la ley no realiza el resultado prohibido por la norma, sino uno análogo o similar a este último.²⁵

Como contrapartida, existe otra orientación según la cual tanto en los supuestos de contravención directa (*contra legem*) como en el fraude a la ley se actúa el resultado prohibido

22 El fraude a la ley ha sido un tema abordado solo de manera tangencial por los estudiosos de la coligación negocial. Entre los autores que han mencionado este perfil se encuentra Gasperoni (1995: 386-387). Asimismo, destaca la monografía de Nardi (2006). Ya Bianca señalaba que el fenómeno de la coordinación fraudulenta no parece poderse agotar en el instituto de la coligación negocial propiamente dicha (1957: 254).

23 Sobre este punto, conviene reproducir la distinción realizada por Ferri: «Se observa que el fraude es objeto de estudio en el derecho civil bajo tres distintas formas: como fraude a la ley (artículo 1344) como fraude a los acreedores (artículo 2901) y como fraude al fisco. La reacción frente a las diversas hipótesis de fraude es diferente: en la hipótesis de fraude a los acreedores no hay nulidad, sino revocabilidad del contrato (artículo 2901); en la hipótesis de fraude al fisco, a su vez, el contrato parece considerarse válido, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones fiscales» (2004: 241-242).

Tal como se ha mencionado, en el presente trabajo nos dedicaremos única y exclusivamente a la figura mencionada en primer lugar, esto es, al contrato en fraude a la norma imperativa que desencadena el remedio jurídico de la nulidad.

24 Así lo narra Flume (1998: 419-420).

25 En ese sentido, véanse: Carresi (1987: 339); Cariota-Ferrara (1956: 518), y Santoro-Passarelli (1964: 225).

por la norma. Luego, la diferencia entre los escenarios referidos anteriormente debería constatarse atendiendo fundamentalmente al momento estructural de los diversos actos de autonomía privada (Pugliatti 2011: 506). De este modo, mientras el actuar *contra legem* produciría un contraste inmediato entre el resultado del negocio y la prohibición legal, en el *fraus legem* se apreciaría un itinerario indirecto que consiste en la degradación de un negocio singular a la calidad de mero instrumento para perpetrar el fin ulterior que consiste en la elusión de la prohibición. Semejante degradación se obtendría a través de un acuerdo defraudatorio, el cual vendría a configurarse como un negocio jurídico ulterior (Pugliatti: 2011: 507)²⁶ y con entidad propia.

En cuanto a la legislación comparada, cabe destacar que ni el Código Civil alemán ni el Código Civil francés²⁷ regularon explícitamente el contrato en fraude a la ley. En tales latitudes, el fenómeno objeto de análisis suele encuadrarse en instituciones como la interpretación normativa,²⁸ la valoración de la sustancia real de las operaciones creadas por las partes, el abuso del derecho, etcétera (Morello 1990: 2-3).²⁹

Respecto al sistema jurídico alemán, Flume narra que la exclusión del fraude a la ley del Código Civil alemán fue intencional en vista de que los autores de este importante cuerpo normativo vieron el potencial inconveniente para el tráfico jurídico del efecto psicológico derivado de crear una norma especial para ocuparse de esta institución. Al respecto, según el referido autor: «Podría correrse el peligro de que una serie de negocios jurídicos permitidos fueran declarados nulos, si se atacara así la libertad de interpretación del juez y en la Ley se le quisiera dar una directiva» (1998: 420). Adicionalmente, Flume opina que en consideración a la regulación legal del negocio simulado y a los principios hoy reconocidos sobre la interpretación de la ley, en Alemania, «no hay lugar a una teoría especial sobre el fraude a la ley» (1998: 421).

No obstante ello, la reforma del Código Civil alemán, que entró en vigencia a partir del 2002, introdujo ciertas manifestaciones expresas al fraude o elusión normativo. Un ejemplo de ello se encuentra en el parágrafo 306a que forma parte de la Sección Segunda del mencionado Código, titulada «Configuración de relaciones obligatorias negocial mediante condiciones generales de la contratación», según el cual «Las disposiciones de esta sección se aplican si se eluden por medio de otro procedimiento».

Por otra parte, es necesario resaltar que el Código Civil español cuenta desde 1974 con una disciplina expresa sobre el fraude a la ley plasmada en su Título Preliminar.³⁰ En efecto, en el numeral 4 del actual artículo 6 del referido cuerpo normativo (contenido en el Capítulo

26 De esta manera, el autor vincula el fraude a la ley con el fenómeno de la coligación negocial.

27 Según D'Amico, en dicha tradición se suele asimilar el fraude al principio *fraus omnia corrumpit* (1993: 91 ss.).

28 En palabras de Flume: «La respuesta a la cuestión de si un negocio jurídico debe ser nulo por ser realizado in fraudem legis, depende de la interpretación del supuesto de hecho jurídico-negocial y de la norma que comprenda este supuesto» (1998: 420).

Si bien aquí resulta inviable realizar una crítica adecuada de cada uno de los mencionados perfiles, parece que el fenómeno hermenéutico difícilmente podría llegar a absorber la problemática del *fraus legem*. Semejante afirmación obedece a dos razones concretas: a) las cortapisas que el juez halla de cara a la realización del procedimiento hermenéutico en la era de la codificación (D'Amico 1993: 58), y b) la potencial creación de «criptosistemas complejos» que proliferen de manera incontrolable y determinen notables dificultades de determinación de las reglas operativas de hecho seguidas (Morello 1990: 7) (La paginación corresponde a la de la separata).

29 La paginación corresponde a la de la separata.

30 Año en el cual se promulgó el Decreto 1838/1974, del 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

III, titulado «Eficacia general de las normas jurídicas») regula el fraude a la ley en los siguientes términos: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

La Exposición de Motivos³¹ de la mencionada norma modificatoria sostiene que para obtener la descripción sintética de las situaciones representativas de fraude a la ley y de abuso del derecho, se han tenido en cuenta especialmente las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de derecho comparado, a lo cual se agrega la siguiente justificación, la que por su importancia reproducimos textualmente a continuación:

En la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo: por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse esta última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias.

Con la finalidad de explicar el precepto normativo contenido en el Código Civil español, cierta doctrina española considera que de la frase «lo realizado al amparo de una norma que persiga un resultado prohibido» se debe deducir que la ley, al prohibir ciertos negocios, ha prohibido un fin para aquel caso y para cualquier otro (Albaladejo, citado por Puig 1978: 539).

Por otro lado, se ha aclarado que la consecuencia de la declaración de la existencia del fraude, a la luz del inciso 4 del artículo 6 del Código Civil español, es la aplicación de la ley imperativa o prohibitiva defraudada, lo cual contrastaría con la regla establecida en el inciso 3 del referido artículo, según el cual los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un defecto para el caso de contravención (Salvador y otros 2004: 12).³²

En general, es posible afirmar que la doctrina española se refiere al fenómeno objeto del presente trabajo como aquella situación consistente en utilizar un tipo de contrato, o varios contratos combinados, para evitar la aplicación de normas dictadas para regular otro contrato, y precisamente aquel cuyo resultado las partes quieren alcanzar (Puig 1978: 537). Según otra opinión, el fraude supone la realización de un resultado contrario al derecho: la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y de atender» (Díez-Picazo y Ponce de León 1992: 9).

Ahora bien, resulta importante resaltar que ya previamente al reconocimiento de la concepción moderna del negocio jurídico en fraude a la ley en el Código Civil español (que como mencionamos se produjo en 1974), la doctrina más autorizada venía definiendo a aquella figura como una manifestación especial del fraude a la ley que «consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular

31 La cual forma parte de la sección expositiva del Decreto 1838/1974, del 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

32 La paginación corresponde a la de la separata. Salvador y otros (2004: 14 y 15) citan otras normas jurídicas que reprimen el fraude a la ley en el sistema jurídico español.

otro negocio; aquel, precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica» (De Castro y Bravo 1985: 370).

En esta línea de ideas —siguiendo con el parecer antes mencionado—, la relevancia del fraude:

[S]erá distinta según que el resultado propuesto se centre en lograr algo en sí mismo ilícito (p. e., escapar de una prohibición legal, conseguir un propósito inmoral) o se limite a buscar una eficacia distinta a la propia de su finalidad (p. ej., transmitir gratuitamente con la firmeza de un título de venta; enajenar por precio sin exponerse al retracto). La calificación de fraudulento lleva consigo que el resultado verdaderamente buscado, sea cualquiera el tipo de negocio o procedimiento o combinación comercial que se utilice, queda sometido a las normas que deban serle aplicables, conforme a su verdadera condición, y a las sanciones que ellas impongan. Si resulta que la causa está viciada por el fraude, hasta resultar ilícita, habrán de aplicarse las disposiciones propias de esta situación. (De Castro y Bravo 1985: 370).

Por otra parte, en ciertos modelos jurídicos hispanoamericanos se verifica la existencia de una regulación explícita para la institución que nos ocupa. En ese sentido, el Código Civil boliviano de 1975, notablemente influido por la regulación del Código Civil italiano de 1942 (que pasaremos a describir posteriormente), señala en su artículo 489, contenido en la Sección IV titulada «De la causa de los contratos», lo siguiente: «La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa».

Por su parte, el artículo 166 del Código Civil de Brasil, en vigor desde el 2003, ha regulado al fraude a la ley como una causal de nulidad en los siguientes términos: «Es nulo el negocio jurídico cuando: [...] VI) tiene por objetivo defraudar una ley imperativa».

Más recientemente, el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino (Proyecto Lorenzetti) ha propuesto una regulación del fraude a la ley relacionándolo con la institución del orden público. En efecto, el artículo 12 del citado cuerpo normativo dispone lo siguiente: «Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir».

En fin, existen una serie de menciones —interesantes, sin duda— al fenómeno que nos ocupa en legislaciones³³ y jurisprudencia³⁴ extranjera. Sin embargo, los propósitos del presente

33 Código Civil chileno. Artículo 11.- «Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley».

Ley de Reforma del Código civil costarricense. Artículo 20.- «Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Ley del Organismo Judicial Guatemala. Artículo 4. Actos nulos. (Reformado por Decreto 64-90 del Congreso de la República).- «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

34 En Colombia, la Corte Constitucional se ha ocupado del fraude a la ley en la Sentencia SU.1122/01, enarbolando

trabajo y los parámetros a los que nos encontramos sujetos impiden efectuar un desarrollo que se aleje aún más del modelo jurídico que tendremos como principal referente: el italiano.

En Italia, el Código Civil de 1865 no acogió el contrato en fraude a la ley, lo cual no impidió que dicha categoría goce de un predominante reconocimiento doctrinario durante la vigencia del aludido cuerpo normativo. Como contrapartida, el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1344 reguló el fenómeno en los siguientes términos «también se reputa ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa». A pesar de que en Italia el fraude está normativamente vinculado a la causa del contrato, la doctrina mayoritaria prefiere concederle autonomía conceptual (Pugliatti 2011: 491).

El tenor literal del artículo 1344 del Código Civil italiano ha causado no poca perplejidad entre los estudiosos de dichas latitudes sobre todo en lo relativo a lo que debe entenderse por «reputar ilícita» la causa del contrato. La polémica se agrava si se tiene en cuenta que al momento de redactar el referido cuerpo normativo predominaba la teoría de la causa abstracta. Según esta corriente, el solo hecho de elegir un tipo contractual cuya licitud y protegibilidad habían sido de antemano respaldadas por el legislador a través de su reconocimiento positivo, hacía inviable que el contrato comprendido en el referido modelo abstracto sea ilícito. Dicho de otro modo, la licitud resultaba predicable en abstracto, ya que se derivaba del tipo contractual particular en el que la declaración contractual se encuadraba.

Pasando a otro punto, es importante mencionar que la doctrina italiana menos reciente ha destacado la necesidad de concurrencia de los requisitos objetivo y subjetivo para la verificación del contrato en fraude a la ley.³⁵ En virtud del aspecto objetivo, el *fraus* se distinguiría porque el contrato viola una norma imperativa y alcanza indirectamente el resultado que esta prohíbe. Por su parte, el perfil subjetivo requiere la intención o *animus* de los agentes que consiste en eludir la aplicación de la norma imperativa en cuestión.

Así concebidos, los componentes referidos no han permanecido exentos de críticas. Respecto al perfil objetivo se ha dicho que vendría a confundir al fraude con el actuar *contra legem*. Por otro lado, se suele negar el valor del aspecto subjetivo dado que la intención de eludir la norma pertenecería al plano de los motivos siendo, por consiguiente, irrelevante para el derecho (Giacobbe 1969: 79-80).³⁶

Como contrapartida, según la doctrina más próxima a nosotros en el tiempo, la configuración del contrato en fraude a la ley debe desligarse parcialmente de los perfiles objetivo y subjetivo

el presente criterio:

Se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

35 Así lo manifiesta Nardi (2006: 7-8).

36 A mayor abundancia, cabe mencionar que la tendencia subjetiva ha sido rechazada por un sector de la doctrina (Carusi 1999: 572 ss.) bajo el siguiente argumento: no parece aceptable requerir la presencia del elemento subjetivo (intención de los contratantes de eludir la aplicación de la norma imperativa) para la aplicación del fraude a la ley, así como no es necesario que las partes sean conscientes de la ilicitud de la causa para que esta se declare.

Contra: Pugliatti (2011: 497), quien considera que el elemento subjetivo del fraude a la ley es imprescindible. Sin embargo, el autor lo entiende de manera diversa a cómo lo hacía la doctrina clásica, pues aboga por la existencia de un «acuerdo defraudatorio» que contaría con naturaleza negocial, esto es, sería un genuino contrato.

apenas mencionados y debe, en cambio, tener en cuenta los aportes de la teoría norteamericana del *business purpose* (D'Amico 1993: 112-113) (formulación estrechamente relacionada con el ámbito tributario). De esta forma, debería concedérsele importancia a un elemento ulterior: la verificación de un legítimo o razonable interés de las partes a sostener las reglas negociales o el procedimiento declarado.

Según la doctrina del *business purpose*, es necesario verificar si el negocio singularmente considerado tiene para el contribuyente una apreciable utilidad y por tanto una autónoma justificación; o bien si, por el contrario, la utilidad derivada del fraccionamiento comercial está limitada al ahorro vinculado a la elusión de impuestos. De tal manera, «si opera un'inversione dell'onere probatorio potendosi presumere, ove non si allegi una diversa fondata ragione del frazionamento del contratto, che esso sia destinato a conseguire un indebito risparmio fiscale» (Gabrielli 2008: 749).³⁷

Para el caso específico de los contratos coligados, Giuseppe Cricenti (2008: 42) ha sostenido en una destacada monografía que el mencionado procedimiento

[D]eve mirare allo stesso risultato vietato da una norma imperativa, oppure deve essere rivolto allo scopo di sottrarsi ad una disposizione sfavorevole: in entrambi i casi può fare fede la mancanza di un apprezzabile interesse delle parti a porre in essere quel procedimento; meglio, di un interesse diverso da quello ad eludere il divieto. Se v'è un interesse apprezzabile il collegamento (o il procedimento) è giustificato o totalmente, o in parte.³⁸

En este orden de ideas, atendiendo a las opiniones antes mencionadas, el punto central en la indagación del contrato fraudulento pasaría a ser la determinación de un interés sustancial merecedor de tutela que fundamente la reglamentación contractual tal como ha sido organizada. Si semejante interés no llegase a verificarse, la operación vendría a constituir solo un instrumento dispuesto para eludir una norma imperativa (Morello 1990: 10-11)³⁹ o, al menos, la carga probatoria sería asignada al sujeto que desee negar semejante posibilidad.

Luego de haber revisado esquemáticamente algunas reflexiones doctrinales sobre el punto que nos interesa, debemos señalar que, a nuestro parecer, el *fraus legem* consiste en la persecución, a través de un itinerario indirecto que se vale primordialmente del instrumento contractual, de un resultado económico-jurídico que ha sido disciplinado de cierta forma por una norma imperativa. Esta última bien podría haber prohibido la obtención de la consecuencia empírica aludida (estableciendo remedios como la nulidad, que es el caso que analizaremos

37 «Se efectúa una inversión de la carga probatoria pudiéndose presumir, cuando no se alegue una distinta y fundada razón del fraccionamiento del contrato, que este se encuentra destinado a conseguir un ahorro fiscal indebido». (La traducción es nuestra).

En la misma línea, para D'Amico (1993: 174 ss.), puede ocurrir que ciertos actos jurídicos se evidencien como anormales si están desprovistos de un contenido económicamente apreciable o privados de un objetivo carácter de conveniencia y economicidad. En tales escenarios, resultaría aplicable el fraude a la ley.

38 «Debe aspirar al mismo resultado prohibido por una norma imperativa, o bien debe estar dirigido a sustraerse de una disposición desfavorable: en ambos casos puede darse fe de la ausencia de un interés apreciable de las partes a crear aquel procedimiento; mejor, de un interés distinto del de eludir la prohibición. Si existe un interés apreciable la coligación (o el procedimiento) está total o parcialmente justificado». (La traducción es nuestra).

39 La paginación corresponde a la de la separata.

en estas líneas) o haber previsto algún tratamiento peculiar (como en el caso de las normas tributarias⁴⁰ y laborales).

Habiendo realizado un análisis con mayor detenimiento, se tiene que las hipótesis de fraude pueden segmentarse en dos componentes lógicamente diferenciables. En virtud del primero, los individuos hacen uso anómalo o desnaturalizado —es decir, desviado de su causa abstracta— de cualquiera de los aspectos de su autonomía contractual (libertad de configuración interna, libertad de celebrar contratos atípicos, libertad de vincular diversos contratos, etcétera). Como es evidente, ello no colisiona per se con los valores del ordenamiento jurídico. En efecto, por sí sola, la desnaturalización de una forma negocial no amerita una reacción negativa por parte del sistema, pues no necesariamente transgrede los límites de la autonomía privada. Se trata únicamente de una utilización lícita del principio cardinal apenas citado.

Sin embargo, los escenarios de *fraus* presentan un segundo elemento: la desnaturalización del esquema negocial empleado tiene como propósito único y exclusivo la obtención de un resultado empírico vetado o regulado de forma peculiar por alguna norma imperativa.

En esta línea de ideas, el intérprete —inexorablemente— procederá a formularse la siguiente interrogante: ¿cuál debería ser la postura de un sistema privado ante los contratos en fraude a la ley? Sobre el particular (y con un esfuerzo sintético de no escasa envergadura), podríamos distinguir dos grandes orientaciones.

Por un lado, se ha dicho que acoger una postura favorable a la interdicción del fraude a la ley crearía inseguridad jurídica, la cual derivaría de la incerteza que generaría la difícil aplicación de esta institución. Según esta corriente, un sistema basado en reglas claras y sencillas (que sería

40 Para ilustrar lo antes dicho, piénsese en el siguiente ejemplo: una norma grava con el tributo Zigma la obtención del resultado económico Alfa a través del contrato Gamma. Sin embargo, los particulares, en uso de su autonomía privada, podrían obtener el resultado Alfa a través de una vía indirecta, por ejemplo, vinculando los contratos típicos Ipsilon y Omega o celebrando el contrato mixto «Gammega». Como consecuencia de ello, y ateniendo al hecho de que los individuos han obtenido el resultado Alfa sin valerse del contrato Gamma, ninguna de las partes calificaría como deudora del tributo Zigma!

Cabe destacar la reciente modificación de la regulación fiscal en el Perú, que ha comprendido la inclusión de una cláusula antielusiva: la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. El texto del dispositivo mencionado es el siguiente: «NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN. Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso de que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados».

el ideal a alcanzar) debería evitar a toda costa este tipo de doctrinas, pues —a la postre— estas últimas repercutirían negativamente en la seguridad de las transacciones, lo cual terminaría por desincentivar a los inversionistas.

Como contrapartida, la segunda orientación sostiene que la interdicción del fraude a la ley resulta indispensable puesto que un ordenamiento jurídico no podría tolerar la obtención, a través de vías indirectas, de resultados que prohíbe de manera directa (a través de normas imperativas). Ello cobraría mayor relevancia si se pone de manifiesto que a todas las normas mandatorias aludidas subyace la tutela de valores e intereses de diversa índole, que han sido considerados dignos de protección por el Estado.

A nuestro parecer —y a la luz del desarrollo expuesto anteriormente—, la primera postura resulta equivocada. Es insostenible negar la necesidad de combatir el fraude con argumentos tan elementales. Aceptar la posibilidad (no sancionada y, por ende, respaldada por el ordenamiento) de obtener un resultado económico reprochado a través de un itinerario indirecto —sin desencadenar la regulación imperativa aplicable ante la verificación de este— implicaría avalar la destrucción del propio sistema jurídico y de los valores que las normas buscan tutelar. Concebir la autodefensa del sistema jurídico implica, como consecuencia lógica, concebir la necesidad de reaccionar contra el fraude.

El argumento que incide en los costos y en la falta de predictibilidad es ciertamente relativo. Si bien es cierto que esta última ocasiona efectos indeseables en todos los niveles, es necesario reconducir el análisis costo-beneficio hacia parámetros más acordes con la realidad. Dicho de otra forma, el análisis costo-beneficio relativo a la admisibilidad del fraude debería contrastar a) el costo —en términos de impredecibilidad— que generaría la prohibición del fraude con b) el costo que ocasionaría regular positivamente todos los medios idóneos para conseguir los resultados proscritos por las normas. Si bien lo primero podría parecer económicamente gravoso, lo segundo resultaría absurdamente «prohibitivo»: implicaría anticipar absolutamente todas las formas en que las partes podrán utilizar su autonomía privada.

A nuestro parecer, la segunda postura (favorable a la interdicción del *fraus legem*) resulta correcta. Contrarrestar la elusión de normas imperativas a través de la vía contractual se configura como el contrapeso necesario para cualquier sistema jurídico que —como el nuestro— acoja el principio de autonomía privada. Se trata del equilibrio indispensable frente a la constatación de que los individuos, a través de contratos, cuentan con el poder de perseguir una gama enorme de funciones empíricas, muchas de ellas rechazadas por el ordenamiento.

A pesar de que el legislador peruano de 1984 no disciplinó el contrato en fraude a la ley, a nuestro juicio no sería correcto pretender desconocer la operatividad de dicho fenómeno al interior de nuestras fronteras. Ello en la medida que un sistema jurídico no puede avalar la consecución indirecta, a través del empleo de una pluralidad de instrumentos negociales, de un resultado que prohíbe de modo directo. En ese sentido, concordamos plenamente con aquella opinión según la cual no ocuparse del tema y dejarlo a las simples reglas de la convivencia social resultaría peligroso en grado extremo, en la medida que «se corre el riesgo de que todo el sistema jurídico y las diversas figuras e instituciones que lo conforman puedan ser utilizadas en contravención con las finalidades sociales para las cuales y en mérito de las cuales fueron reconocidas» (Taboada 2002: 347).

Por lo demás, esta tendencia ha hallado acogida en la jurisprudencia nacional. En efecto, es famoso el caso resuelto por la sentencia del Décimo Juzgado Civil de Lima de fecha 23 de

febrero de 2002, que amparó una pretensión de declaración de nulidad, por configurar una hipótesis de fraude a la ley, del negocio jurídico de constitución de las asociaciones Edge Social Club y The Piano Social Club, en la cual se sostuvo lo siguiente:

No es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados, significando además que el fraude ante la ley se da en el artículo noventiséis del Código Civil al permitir que el Ministerio Público pueda solicitar judicialmente la disolución de una asociación cuyos fines resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres, por cuando si bien tenemos que la asociación está formalmente constituida, empero también lo es que sus actos atentan contra el orden público o las buenas costumbres, *constituyendo un fraude ante la ley por el hecho porque se usa una forma lícita para contravenir normas de orden público*; que en el presente las normas de orden público están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, que también debe destacarse que el status económico esgrimido como una de las maneras de justificar la discriminación a las discotecas que regentan las empresas demandadas por sí sola se da sin necesidad de que se restrinja el ingreso, ya que los servicios que se prestan dentro de ellos al ser de alto costo, como lógica respuesta del usuario que no tiene dicha capacidad económica no podrá utilizarlos, que por ello resultaría innecesario que se restrinja el ingreso por tales motivos.⁴¹ (Las cursivas son nuestras)

Siguiendo con el análisis del sistema nacional, es preciso poner de manifiesto que el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil Peruano de 1984, contenido en la Resolución Ministerial 043-2006-JUS, publicada el domingo 5 de febrero en el diario oficial El Peruano, propuso la regulación del fraude a la ley en los siguientes términos: «Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir».

Si bien la referida propuesta hasta la fecha no ha sido aprobada, es preciso manifestar nuestra extrañeza con el texto propuesto. Ello en la medida que parece contrariar a la lógica jurídica más elemental el hecho de que el remedio jurídico aplicable frente a una hipótesis de fraude a la ley sea la nulidad del negocio jurídico y que a la vez lo sea la aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir. En efecto, la aplicación de esta última tiene como presupuesto indispensable la validez y eficacia del negocio jurídico defraudado.

Como podrá apreciarse a partir del análisis hasta aquí expuesto, el intérprete que busque identificar los casos de fraude a la ley debe conducirse tan cautelosamente como el navegante mitológico que pretenda transitar entre Escila y Caribdis,⁴² es decir, debe buscar el difícil equilibrio entre la exigencia de no legitimar que la ley sea puesta en jaque por la malicia de las partes y aquella otra de no contrarrestar la actuación lícita basada en las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento (D'Amico 1993: 126).

41 En efecto, según la mencionada resolución, «no es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados». Para la narración del caso específico que motivó semejante pronunciamiento, véase Espinoza (2004: 243 ss.).

42 En la mitología griega, Escila era un monstruo marino que bloqueaba un estrecho canal de agua junto con Caribdis, Si las embarcaciones se aproximaban demasiado a esta última, corrían el riesgo de ser devoradas y luego expulsadas. La navegación cercana a Escila no era menos riesgosa dado que esta última atacaba a sus víctimas con sus seis cabezas y doce pies. Por consiguiente, la frase «estar entre Escila y Caribdis» hace referencia a aquella situación en la que uno se encuentra atrapado entre dos males igualmente grandes de un modo tal que alejarse de uno implicaría acercarse al otro.

4. La noción de coligación contractual fraudulenta

Pasando al tema específico que nos convoca, D'Amico —en una acertada síntesis— ha señalado que el comportamiento negocial en fraude a la ley se caracteriza por «il sottrarsi (o il tentare di sottrarsi) all'applicazione di una norma(tiva) realizzando la fattispecie di una diversa norma(tiva) (più favorevole), rispetto alla quale non sussistono le limitazioni o i divieti che il privato intende evitare. Chi agisce in frode alla legge mira, dunque, a conseguire un risultato illecito attraverso il ricorso a mezzi leciti, cioè a forme (negoziali) previste e consentite dalla legge» (1993: 125 y 126).⁴³

Cuando las limitaciones impuestas por las normas imperativas conciernen al contenido del contrato, su elusión se realiza a través de la elección de un tipo negocial diverso de aquel sometido a la regulación limitativa. No obstante, cuando los límites legales conciernen a aspectos de la libertad negocial como la elección del contratante, el objeto del negocio, etcétera, es difícil que la elusión se efectúe a través de un negocio individual. En tales supuestos, las partes recurren «ad una serie di "atti" tra essi "collegati" (c.d. collegamento negoziale fraudolento), volti ora a rimuovere artificiosamente i presupposti che determinerebbero l'applicazione della norma(tiva) che i privati intendono evitare, ora a creare all'opposto (altri) presupposti (in realtà fittizi o meramente apparenti) che egualmente escludono quella applicazione» (D'Amico 1993: 170 ss.).⁴⁴

De esta forma, la coligación contractual es, si no la única, definitivamente la hipótesis más frecuente a través de la cual, haciendo uso de diversos actos de autonomía privada, se efectúa la elusión de las normas imperativas.⁴⁵ Se trata de un fenómeno al cual denominaremos, a tono con las tendencias mayoritarias, «coligación contractual fraudulenta» o «coligación contractual en fraude a la ley».⁴⁶ En estas situaciones la ley no es violada directamente, sino mediante una suerte de maniobra o engaño (Bravo 2006: 330).

En esta línea de ideas, en una célebre investigación jurídica, Massimo Bianca ha descrito a la coligación fraudulenta en los siguientes términos:

Ad ogni modo, si pone ulteriormente il problema di chiarire i limiti di estensione della figura del collegamento fraudolento. Quest'ultimo si esprime nella massima evidenza in un negozio che precisi l'impegno al compimento dei vari atti per il raggiungimento del fine vietato. L'accordo dei diversi autori dei negozi, nel senso di coordinare questi ultimi verso il risultato mediato, può comunque

43 «La elusión (o intento de elusión) de la aplicación de una norma(tiva) realizando el hecho jurídico hipotético de una diversa norma(tiva) (más favorable) respecto a la cual no subsisten las limitaciones o prohibiciones que el privado intenta evitar. Quien actúa en fraude a la ley aspira, entonces, a conseguir un resultado ilícito a través del recurso a medios lícitos, es decir, a formas (negociales) previstas y permitidas por la ley». (La traducción es nuestra).

44 «A una serie de "actos" entre ellos "coligados" (la llamada coligación negocial fraudulenta), dirigidos ya sea a remover artificiosamente los presupuestos que determinarían la aplicación de la norma(tiva) que los privados tratan de evitar, ya sea a crear, por el contrario, otros presupuestos (en realidad ficticios o meramente aparentes) que igualmente excluyen aquella aplicación». (La traducción es nuestra).

45 Si bien la doctrina ha vinculado el fraude a la ley a categorías como los negocios indirectos, simulados o a los procedimientos contruidos sobre la base de negocios (o entre estos y actos jurídicos en sentido estricto), la coligación contractual parecería ocupar un lugar destacado en el ámbito referido. Así lo han considerado: Carusi (1999: 571); Nardi (2006: 55 ss.) y Navarretta (2010: 230).

46 Nuevamente, vale aclarar que en el presente estudio no nos ocuparemos de las hipótesis de coligación contractual presente en el ámbito tributario o laboral, donde es perfectamente posible la aplicación directa de la norma eludida y no del remedio jurídico constituido por la nulidad.

manifestarsi tacitamente, onde il dubbio che possa essere sufficiente la semplice consapevolezza della fine perseguita e non anche necessariamente un impegno in tal senso. In particolare, si potrebbe osservare che il coordinamento fraudolento è illecito e che le parti potrebbero essere consapevoli di tale illiceità e dell'inefficacia giuridica dei loro impegni. Esse potrebbero, quindi, affidare l'ulteriore compimento dei negozi fraudolenti ad un semplice dovere di coscienza, come tale. (1957: 254).⁴⁷

Los estudiosos de la hipótesis apenas referida afrontan el problema de establecer si puede ocurrir que, siendo lícito cada contrato coligado, sea ilícito el resultado de conjunto programado a partir de su despliegue coordinado (al cual habíamos denominado operación económica global), con la consecuencia que semejante disvalor pudiese llegar a afectar a la propia regularidad estructural de los diversos contratos agrupados. La postura predominante parece suscribir semejante afirmación (Bianca 2007: 647).⁴⁸

En tal contexto, hay quien ha sostenido que la coligación contractual en fraude a la ley se configura a partir de la concurrencia del aspecto funcional y el aspecto estructural. En virtud del primero, la coligación negocial obtiene el resultado prohibido por la norma imperativa. Por su parte, el perfil estructural supone la concurrencia de una pluralidad de contratos lícitos, los cuales fungen de instrumentos a través de los cuales se logra el referido resultado prohibido (Nardi 2006: 23). En términos más exactos,

[L]a frode alla legge presuppone una pluralità di negozi composti in un'unità formale per la realizzazione di un interesse illecito trascendente i negozi stessi. Infatti, nel collegamento negoziale ciascun contratto coinvolto, giusta l'interdipendenza che lo lega agli altri, «sacrifica» la propria funzione immediata per rendersi strumentale al raggiungimento di un unitario ulteriore interesse economico. Così che questo, lungi dall'essere conseguenza immediata di un singolo negozio, lo è piuttosto dell'operazione complessa. Ne segue che, ove tale interesse urti con un divieto normativo, rende la causa di ciascun contratto collegato, in virtù dell'autonomia causale di questo, non direttamente illecita, bensì fraudolenta. (Nardi 2006: 55-57)⁴⁹

Como se podrá advertir, la referida opinión postula a la operación económica global como un elemento indispensable para explicar las hipótesis de coligación contractual fraudulenta. En

47 «De cualquier modo, se presenta ulteriormente el problema de esclarecer los límites de extensión de la figura de la coligación fraudulenta. Esta última se manifiesta en su máxima expresión en un negocio que precisa del compromiso respecto al cumplimiento de varios actos para la consecución del fin prohibido. El acuerdo de los distintos autores de los negocios, en el sentido de coordinar estos últimos hacia el resultado mediato, puede en todo caso manifestarse tácitamente, de lo cual deriva la duda de que pueda resultar suficiente el simple conocimiento del fin perseguido y no así necesariamente un compromiso en tal sentido. En particular, se podría observar que la coordinación fraudulenta es ilícita y que las partes podrían ser conscientes de tal ilicitud y de la ineficacia jurídica de sus compromisos. Por lo tanto, ellas podrían confiar la realización ulterior de los negocios fraudolentos a un simple deber de conocimiento como tal». (La traducción es nuestra).

48 Para Massimo Bianca, el contrato fraudulento en sí mismo no incurre en la prohibición legal, ya que su contenido no integra un resultado proscrito, sino que se encuadra como una combinación negocial que se dirige a realizar semejante resultado. En el mismo sentido: Nardi (2006: 58-59) y Navarretta (2010: 230).

49 «El fraude a la ley presuppone una pluralidad de negocios compuestos en una unidad formal para la realización de un interés ilícito que trasciende a los propios negocios. De hecho, en la coligación negocial cada contrato involucrado, dada la interdependencia que lo vincula a los otros, "sacrifica" su propia función inmediata para volverse instrumental a la consecución de un ulterior interés económico unitario. De modo que este último, lejos de ser consecuencia inmediata de un negocio individual, lo es más bien de la operación global. De ello resulta que, cuando tal interés colisione con una prohibición normativa, la causa de cada contrato coligado se torna, en virtud de la autonomía causal de este, no directamente ilícita, sino fraudulenta». (La traducción es nuestra).

efecto, la entidad antes referida constituiría justamente el punto de referencia sobre el cual recaería el juicio de compatibilidad con los valores del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la operación, en el conjunto, persigue un objetivo ilícito (Navarreta 2010: 230), es decir, reprobado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, según la postura expuesta, el análisis no debe detenerse allí (pues de lo contrario no se diferenciaría en nada de la coligación fraudulenta de la contravención directa de la norma imperativa), sino que resulta necesario constatar de qué manera se obtiene el tantas veces referido resultado global ilícito. En ese sentido, sin perder de vista el aspecto funcional, sería indispensable tener en cuenta la pluralidad negocial: el resultado ilícito se gestiona a partir de la convergencia de varios contratos lícitos (Nardi 2006: 139-140).

La licitud de los componentes de la coligación fraudulenta se sustentaría en que cada uno de estos, evaluado de forma aislada, no resulta idóneo para provocar el evento prohibido. Luego, la nulidad que afecta a los contratos coligados en fraude a la ley no sería inherente a su estructura, sino que derivaría de su vinculación con otros acuerdos en función de un ulterior interés práctico unitario. De este modo, la inmediata licitud del negocio individual vendría a ser corrompida o contaminada por el interés ilícito trascendente alcanzado a consecuencia de la coligación con otros contratos (Nardi 2006: 154).

5. La coligación contractual fraudulenta y la ilicitud de la causa concreta

Toca ahora evaluar con precisión las relaciones existentes entre la coligación en fraude a las normas que prescriben la nulidad y la ilicitud de la causa del negocio jurídico.⁵⁰ En efecto, es necesario determinar si ambas instituciones convergen, si son compartimentos estancos o si, por el contrario, coinciden solo parcialmente. Para entender a cabalidad este punto, es absolutamente indispensable tener en cuenta la diferencia entre las dos corrientes principales que buscan explicar el fenómeno causal: la teoría de la causa abstracta y la teoría de la causa concreta.

La causa abstracta —o función económico-social— es aquella funcionalidad constante e invariable del reglamento contractual que no toma en cuenta el contexto concreto ni las finalidades prácticas específicas perseguidas aun cuando hayan sido asumidas por ambas partes. Según esta formulación, por ejemplo, la causa de todas las compraventas del mercado vendría a estar constituida por el intercambio entre el bien y el precio sin que revistan relevancia circunstancias como de qué bien o de qué precio se trata ni los fines o presupuestos comunes de ambas partes con relación al destino o la utilidad del bien. En palabras de Emilio Betti, el más conspicuo propulsor de esta tendencia: «En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella [...] una razón práctica típica inmanente a ella, una “causa”, un interés social a que aquella responde» (1943: 134-135).

⁵⁰ La relevancia de la causa del negocio jurídico en este ámbito ha sido resaltada por De Castro y Bravo, (1985: 371). Según el jurista referido, para llegar a la condena de un negocio por fraude a la ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo, y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura. Según el autor, la posibilidad de este tipo de interpretación depende de la concepción que domine en cada sistema. «Será imposible o gravemente obstaculizada en los ordenamientos en los que predomina el formalismo, se favorecen los negocios abstractos o se defiende el concepto abstracto de los tipos de los negocios; resulta necesaria en aquellos otros sistemas en los que prepondera la causa sobre la abstracción y la forma, atendiendo al fin práctico propuesto con el negocio».

Sobre la base de los argumentos apenas descritos, la corriente abstracta fue objetada dando lugar a perspectivas que revalorizaron el rol operativo de la institución. Se trató de las teorías concretas de la causa. En esta línea, por oposición a la función económico-social, se concibió a la causa concreta como función económico-individual. Semejante orientación constituyó un indiscutible mérito de Giovanni Battista Ferri. En palabras del notable jurista:

Solo quiero poner en evidencia, por un lado, que en la compleja y detallada estructura de la regla privada que el contrato expresa, la *causa* se presenta como el elemento de cohesión de todos los demás elementos (primarios o secundarios que sean) de los que está compuesta la estructura; por otro lado, ya que el contrato expresa, precisamente, una reglamentación de privados intereses, la *causa* se presenta como el indicio de que dicha regla privada es la *expresión objetivada de las finalidades subjetivas* que los autores del contrato pretenden perseguir. En esta última acepción, la causa aparece como el elemento que enlaza técnicamente la entera operación económica contenida en el contrato, entendido en su globalidad, con los sujetos que son sus autores. En resumen, la causa, como función económica-individual, busca indicar la dimensión *racional y razonable* (*Zweck* y a la vez *Grund*, si así se puede decir) de la específica regla contractual a través de la cual las partes han ordenado sus específicos y concretos intereses, teniendo en cuenta, precisamente, la especificidad que, en concreto, los caracteriza. (Ferri 2002: 273)⁵¹

Retomando a la coligación fraudulenta, resulta importante destacar la posición de Luigi Ferri, quien aboga por la licitud de la causa del contrato fraudulento. Según el autor, el contrato en fraude a la ley no posee causa ilícita (en el sentido que esta no resulta contraria a la norma imperativa) dado que, a su parecer, en todas las hipótesis de fraude (a la ley, al fisco o a los acreedores) existe «una voluntad interna o psicológica que permanece como aspecto subjetivo y no se objetiviza en el contrato, por la razón adicional que bien podría no ser común a las partes» (Ferri 2004: 242).

Si bien, en el caso específico del fraude a la ley, este «propósito fraudulento» estaría dirigido a eludir normas imperativas o inderogables, no habría sido declarado en el contrato pues, de lo contrario, sí existiría causa ilícita. En este orden de ideas, el fraude «no se transforma en dato objetivo, en fin del contrato, sino que permanece como dato subjetivo, motivo o propósito». Por consiguiente, Ferri concluye que la causa no es ilícita, dado que las partes no han incorporado el «propósito fraudulento» en el contrato (Ferri 2004: 243).

Más adelante, agrega que la colusión o el acuerdo fraudulento están separados del contrato, el cual, de tal modo, resulta instrumentalizado. Semejante relación sería análoga a aquella que existe entre el acuerdo simulatorio y el contrato simulado. Por lo demás, sostiene que el artículo 1344 del Código Civil italiano no dictamina que el contrato en fraude a la ley tenga causa ilícita, sino solamente que esta «se reputa» ilícita y, por ende, se aplica la misma sanción que corresponde a la hipótesis de ilicitud (Ferri 2004: 243-244) en tal sistema, es decir, la nulidad.

51 En nuestro medio, la teoría de la causa concreta ha sido desarrollada y sustentada con rigor científico y lógico por Morales (2004: 446 ss.) —especialmente en las pp. 458 y 460—, quien en un extenso trabajo dedicado exclusivamente a la categoría referida ha llegado a afirmar que «la causa del contrato es el interés concreto que el contrato está dirigido a realizar». Agrega que esta concepción (que en comparación con la función económico-social resulta menos rígida y, al mismo tiempo, más rica y abierta a la autonomía individual) no constituye un retorno a la dimensión subjetiva y atomística. La finalidad concreta es, según el autor, el fundamento objetivo de los efectos jurídicos o la razón de ser de la constitución, modificación o extinción de las situaciones jurídicas subjetivas y relaciones jurídicas del contrato en concreto.

Evidentemente, una cabal comprensión de la opinión descrita requerirá tener en cuenta la noción de causa de la cual parte. De acuerdo con Ferri, la causa vendría a ser el propósito de la voluntad objetiva o voluntad negocial,⁵² es decir, «el propósito inmanente a las normas negociales». No se trataría del propósito perseguido por el sujeto a través del negocio, sino del «propósito del negocio» (Ferri 2004: 233).⁵³

Los motivos, a manera de principio, no formarían parte de la causa, a no ser que se incorporen en el contrato y dejen de ser un hecho meramente psicológico y subjetivo y se conviertan en el elemento objetivo que «enriquece el contrato» y que puntualiza y da color al fin, la causa del contrato. Pero para tal efecto, el motivo debería manifestarse en el contrato particular (Ferri 2004: 236), lo cual, a juicio del autor, no ocurriría en el ámbito del negocio fraudulento.

Hasta aquí con las posturas que abogan por la licitud de la causa del contrato en fraude a las normas que prescriben la nulidad. Otro sector de la doctrina, en cambio, ha asimilado abiertamente la conexión contractual fraudulenta a la ilicitud de la causa.⁵⁴

En esta línea, resulta pertinente considerar la opinión de Giovanni Giacobbe, según el cual, en virtud del fraude a la ley, el negocio prima facie lícito pierde su autonomía típica al insertarse en un hecho jurídico concreto complejo más amplio del cual constituye solo uno entre varios elementos. En tal contexto, el negocio se colocaría no tanto como instrumento para conseguir un efecto típico, sino más bien como medio para realizar, a través del efecto típico, también querido, el resultado prohibido (Giacobbe 1969: 83).

Siguiendo este razonamiento (que parte de considerar a la causa como «síntesis de los efectos esenciales programados por el sujeto, a través de la utilización de un esquema estructural típico o atípico»), en los escenarios de fraude a la ley, el elemento causal se ensancha para comprender en la síntesis efectual típica a los elementos propios del efecto prohibido con la finalidad de recomponerlos en un esquema causal más vasto, en el cual la programación de la síntesis efectual típica del negocio utilizado se inserta como elemento determinante, pero no exclusivo, del hecho jurídico concreto complejo que resulta (Giacobbe 1969: 85-86).

Dicho de otra manera, en las hipótesis de negocios fraudulentos cobra importancia ya no la causa aislada de cada contrato típico, sino aquella causa mayor proyectada por íntegro supuesto de hecho en la que el mencionado acuerdo se encuadra. Es sobre la base del análisis de este esquema causal amplio —y, ciertamente, concreto— que se determina la ilicitud de la causa del contrato instrumental.

52 Según Ferri (2004: 233), la teoría normativa del negocio «implica la existencia, dentro del negocio, de una voluntad, la llamada «voluntad negocial», la cual no es una voluntad subjetiva ni una voluntad actuada, sino una voluntad normativa, que es objetivada en mandatos jurídicos, en normas. La voluntad del sujeto, aun cuando haya existido, se ha separado del autor del negocio, y ha precipitado en el negocio; ha devenido algo inherente al negocio, propio de este».

53 En opinión del autor (2004: 277), la causa no es propiamente un componente del contrato, es decir, no integra su contenido. Se trataría, más bien, de un elemento que constituye «el enlace entre la norma, el reglamento contractual, que son realidades ideales, y las necesidades, las exigencias, los intereses, que representan la realidad social concreta».

54 Se han adherido a esta corriente: Giacobbe (1969: 82); Cataudella (2000: 336); Roppo (2009: 383). En nuestro medio, aunque con algunos matices que se explicitarán posteriormente, han sostenido que el contrato en fraude a la ley posee causa ilícita, y resulta de aplicación el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil: Espinoza (2010: 529) y Taboada (2002: 356). Este último, luego de señalar que el negocio fraudulento busca una finalidad anómala a la forma negocial instrumental de la que se vale, llega a la conclusión de que el remedio jurídico aplicable es la nulidad del negocio sobre la base de la norma antes referida.

La corriente que cree hallar ilicitud de la causa en los escenarios de fraude a la ley ha sido acogida por un sector de la doctrina nacional. Efectivamente, al abordar esta materia, el profesor Lizardo Taboada ha señalado que en el fraude a la ley se produce una «instrumentalización anormal de las figuras negociales», lo cual originaría «un uso inadecuado de los esquemas negociales establecidos [...] no en base a inventos del legislador, sino en base a la función socialmente útil o trascendente para la satisfacción de necesidades no contempladas dentro del respectivo ordenamiento jurídico» (Taboada 2002: 346).

Dicho de otra manera, «en el caso del negocio celebrado en fraude a la ley, los sujetos celebran el negocio buscando una finalidad distinta a la contemplada por el legislador, al establecer el esquema legal, es decir, una función totalmente distinta a la función socialmente útil que justificó la creación de ese esquema legal de figura negocial» (Taboada 2002: 347).

Los negocios fraudulentos presentarían todos los componentes y requisitos estructurales propios de la figura negocial, lo cual determinaría la existencia de un negocio completo. Sin embargo, a decir del autor, «la característica fundamental del fraude debemos encontrarla en la finalidad fraudulenta». (Taboada 2002: 352) En otras palabras, «lo fundamental para calificar un negocio de fraudulento o no radica en su finalidad y no en su estructura» (Taboada 2002: 352).

A juicio de Taboada, la finalidad debe entenderse como el propósito práctico de los sujetos que celebraron el negocio jurídico, perspectiva que se encontraría referida directamente al concepto de causa en su «aspecto subjetivo». Es decir, se trataría de «la finalidad común que las partes pretenden conseguir mediante la celebración del negocio y que es, precisamente la que las ha determinado a concluir dicho negocio». Esta finalidad común, que conforma el aspecto subjetivo de la causa, deja de pertenecer al campo de las motivaciones de las partes y pasa a convertirse en elemento propio del negocio de que se trate en particular (Taboada 2002: 352-353).

Posteriormente, tras señalar que el negocio con causa ilícita es aquel que contraviene el orden público, las buenas costumbres o la norma imperativa, este parecer concluye que el negocio fraudulento amerita la asignación del remedio jurídico de la nulidad sobre la base de la misma norma que consagra la nulidad por causa ilícita (inciso 4 del artículo 219 del Código Civil peruano) (Taboada 2002: 356). En suma, entendemos que el autor considera al negocio fraudulento portador de una causa (aunque en su «aspecto subjetivo», o sea, en su «finalidad común») ilícita.

En la misma línea, Escobar ha sostenido que en las hipótesis de *fraus* «el objeto del negocio es perfectamente lícito, pero su causa no, ya que ella intenta eludir, mediante la coligación de componentes negociales de distinta naturaleza, la aplicación al caso concreto de una norma imperativa» (2007: 682). Como ejemplo de ello, la opinión ahora expuesta cita el caso de un contrato de compraventa con pacto de rescate dirigido a sustraer a las partes de la aplicación de la norma que establece la nulidad del pacto comisorio

Recientemente, Espinoza ha aseverado que en el caso del negocio jurídico con fraude a la ley, «nos encontramos frente a un negocio que se hace bajo el amparo de una norma de cobertura para eludir ilícitamente los alcances de una norma imperativa. La sanción es desconocer el acto que se hace al amparo de la norma de cobertura, aplicando la norma imperativa» (Espinoza 2010: 334). Agrega el referido autor que a pesar de que el sistema peruano no cuenta con una norma expresa que sancione con nulidad el acto jurídico por fraude a la ley, no existe inconveniente alguno en aplicar el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico que tenga un fin ilícito (Espinoza 2010: 335).

Respecto a la coligación contractual en fraude a la ley (en particular, a normas cuya violación se sanciona con nulidad), debemos manifestar nuestro escepticismo para con las opiniones que afirman la licitud de la causa concreta al interior de cada convenio integrante del grupo. Del breve desarrollo que hemos podido elaborar, nos parece que semejante afirmación descansa básicamente en dos fundamentos.

El primero de ellos se encuentra constituido por la interpretación exegética del artículo 1344 del Código Civil italiano en un contexto histórico en el que, como habíamos visto, predominaba la teoría de la causa abstracta. En efecto, si la norma «reputa» ilícita la causa del contrato es porque dicho elemento no presenta de antemano tal cualidad. Luego, la licitud de la causa se configura como un presupuesto o *prius* lógico al momento en que es «reputada» ilícita. Si la causa estuviese afectada de ilicitud, no podría lógicamente considerarse titular de semejante cualidad.

Consideramos que este argumento quedaría superado si, como planteamos, se acogiese la teoría de la causa concreta. En efecto, la licitud de la causa de un acto de autonomía privada no es una cualidad predicable en abstracto, sino que atiende a la funcionalidad concreta hacia la que el negocio jurídico ha sido programado. Por ende, la subsumibilidad típica de una declaración contractual no bastará para determinar su licitud. No en vano se suele afirmar que, según la teoría de la causa concreta, incluso un contrato típico puede ser ilícito.

Lo mencionado anteriormente es respaldado de cierta forma por Giuseppe Mirabelli, según el cual el legislador italiano dictó el artículo 1344 constreñido por haber enarbolado una teoría causal (causa abstracta) en virtud de la cual dicho elemento no podía ir *contra legem* (la causa típica es siempre lícita). Ante tal escenario —prosigue este parecer— se hacía necesaria la creación de una «válvula de escape» que permitiese conminar la nulidad cuando el resultado perseguido por los privados colisionara con una prohibición legal, no obstante la licitud abstracta del reglamento elegido (Mirabelli, citado por Morales 2006: 330-331).

Según esta voz, si se hubiese asumido la teoría de la causa concreta —la cual coloca en primer plano el «propósito total de la operación económica» de modo que un contrato típico puede ser ilícito sobre el plano causal— no habría habido necesidad de incluir el artículo 1344 del Código Civil italiano. Ello en la medida que, de acogerse la corriente causal apenas mencionada, la hipótesis del fraude a la ley quedaría reabsorbida en aquella de la ilicitud de la causa con la cual comparte la sanción (establecida por el ordenamiento) de la nulidad (Mirabelli, citado por Morales 2006: 331).

Lo mencionado queda confirmado si, como observa Cricenti (2008: 41-42), se atiende al texto de la *Relazione al codice* (número 614), según el cual en el fraude a la ley «opera l'illiceità dell'intento pratico comune ad entrambe le parti, che in via generale è preso in considerazione nell'art. 1345».⁵⁵ Tal como podrá apreciarse, este propósito común a ambas partes sancionado con ilicitud de manera general no es otra cosa que la causa concreta del contrato.

A nuestro parecer, en un sistema jurídico como el peruano en el que no existe norma alguna que regule el fraude a la ley, no concurren los mismos problemas de coherencia sistemática que debieron afrontar los estudiosos italianos. Es decir, no hay razón para distinguir entre la genuina causa concreta ilícita y aquella otra reputada ilícita.

La segunda razón por la que se suele predicar la licitud de los contratos coligados en fraude a la ley es que, individualmente considerado, cada acuerdo no es capaz de realizar el resultado

⁵⁵ «Opera la ilicitud del propósito práctico común a ambas partes, el cual es tomado en consideración de manera genérica por el art. 1345». (La traducción es nuestra).

prohibido. En efecto, la operación económica global a la que los contratos coligados apuntan es la entidad que desvuelve la aludida funcionalidad reprochada por el ordenamiento jurídico y contrarrestada con el remedio de la nulidad. La referida operación debe entenderse como una síntesis, es decir, como un resultado de conjunto al cual convergen los diversos componentes negociales. De allí que —según la orientación ahora objetada— podría ocurrir que solo uno de los componentes mencionados (negación de la síntesis) sea lícito y la función de conjunto al que este concurre sea ilícita. Si bien este razonamiento parece convincente, no podemos secundarlo.

En efecto, como se ha tenido oportunidad de destacar, la funcionalidad programada por el acto de autonomía privada (causa concreta) podría no circunscribirse únicamente al reglamento contractual. Dicho de otra manera, la causa no es —o mejor, no solo es— la dimensión dinámica del contenido contractual, sino que podría tener como referente o presupuesto a algún factor externo a la estructura del contrato sin que por ello deba calificarse como «causa externa» (Navarreta 2010: 223 ss.).

Luego, el interés común de las partes en un resultado externo al contrato (en el caso de los contratos coligados, un resultado global que obtener a partir de su concertación con otros contratos) podría llegar a contaminar su función concreta privativa. De suceder ello, deberá sin más predicarse la incompatibilidad de la causa concreta con los valores del ordenamiento, a pesar de que el contenido negocial de cada contrato aislado no contravenga directamente —sino indirectamente— el resultado vetado por la norma imperativa.

Queda por referirnos a la postura de Luigi Ferri según la cual, como se recordará, el «propósito fraudulento» no pasa a objetivarse en el contrato (y, por ende, no forma parte de la causa), sino que permanece en el plano de los motivos. En atención a ello, es natural que el autor se decante por la licitud de la causa privativa del o los contratos en fraude a la ley. La afirmación expuesta ha sido refutada convincentemente por Salvatore Pugliatti, según el cual en la hipótesis de *fraus legi*, al menos en aquella regulada por el 1344 del Código Civil italiano, el fin elusivo, considerado fin ulterior, actúa como propósito, relevante en cuanto tal, y no como motivo (Pugliatti 2011: 506).

Por nuestra parte, como veremos a continuación, creemos que en los escenarios de *fraus* concurre un peculiar interés común que, en cuanto tal, cuenta con relevancia causal, es decir, que pasa a integrar el elemento funcional del contrato. De este modo, resulta lógico sustentar la afección patológica del contrato cuya funcionalidad programada asuma tal interés.

Efectivamente, en la coligación contractual fraudulenta el interés en la coordinación con los diversos contratos (elemento interno del nexo funcional) frente a la obtención de un resultado prohibido por la norma imperativa contamina la causa concreta de cada contrato que lo asuma,⁵⁶ y la encamina hacia una operación económica global proscrita por la ley.

Sobre el particular, nos parece que no puede desplegar sus efectos jurídicos fisiológicos un contrato coligado que funja de instrumento para la actuación de una operación económica global que desvuelve un resultado prohibido por una norma imperativa. En tales hipótesis, el interés en la coordinación con los otros convenios, que penetra en la causa concreta de cada

56 Ello ocurrirá, como se repite, independientemente de que la entidad que realiza el resultado prohibido (operación económica global programada) sea externa a la estructura contractual. En efecto, si un contrato coligado en concreto ha sido programado de manera instrumental a la consecución de una operación económica global prohibida (por integrar un resultado contrario a la norma imperativa), su causa concreta privativa debe ser alcanzada por el análisis de disvalor.

esquema coligado, corrompe el elemento funcional determinando su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, nos parece que la presencia del elemento subjetivo (o voluntad de defraudar la norma imperativa) no es indispensable para la configuración del contrato en fraude a la ley. Dicha conclusión ya era sostenida por Bianca en la década de los cincuenta, a decir de la cual:

In realtà, questo elemento della intenzione fraudolenta si risolverebbe nella rilevanza di un apprezzamento che il soggetto faccia sulla illiceità giuridica del suo comportamento. E come tale esso non potrebbe essere preso in considerazione. Se, infatti, si ammetta che nella frode alla legge il fine perseguito debba essere obiettivamente vietato, è chiaro che la illiceità di questo, e del comportamento che lo realizza, si pone indipendentemente della valutazione che il soggetto ne faccia sul piano giuridico. (1957: 262-263)⁵⁷

En efecto, las partes pueden no haber tenido la intención de eludir la aplicación de la norma imperativa en cuestión, pero sí de coordinar un grupo de contratos hacia la consecución de un resultado de conjunto que, aunque las partes lo ignorasen, se encuentra prohibido por la norma. En semejante supuesto no debería dudarse de la configuración del fraude a la ley, a pesar de la ausencia del *animus* de eludir la vigencia del precepto imperativo. A mayor abundancia, no se aprecia que en las situaciones «normales» de ilicitud, la asignación del remedio jurídico de la nulidad presuponga la intención de las partes de vulnerar una norma jurídica.

Por lo demás, no queda claro cómo Ferri justifica la interdicción del fraude a la ley en el sistema italiano si es que el propósito fraudulento permanece —tal como afirma— en todo momento dentro del plano de los motivos, el cual, por definición, forma parte de la dimensión interna y psicológica de las partes. En todo caso, si se tratara de un escenario de excepcional relevancia de los motivos configurado por el artículo 1344 del Código Civil italiano, creemos que ello llevaría a la negación de la vigencia de dicha figura en nuestro país, donde no existe norma *ad hoc* reservada para tales escenarios.

Reformulando las ideas expuestas anteriormente, dos o más contratos coligados que, aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados de una manera tal que su actuación coordinada desenvuelva una operación económica global incompatible con alguna norma del sistema y a cuya promulgación subyazca la tutela de ciertos valores del ordenamiento jurídico. La técnica mencionada se emplea frecuentemente en la práctica con la finalidad de eludir la aplicación de normas imperativas cuya vulneración acarrea como resultado la aplicación del remedio jurídico de la nulidad.

El fraude supone instrumentalización de contratos; la palabra *instrumentalización* sugiere la idea de emplear una forma como medio para conseguir una finalidad distinta (anómala) a la que en una situación de normalidad esta entidad es capaz de desenvolver. Sin embargo, a manera de principio, la instrumentalización de una figura negocial no colisiona con los límites impuestos a la autonomía privada. En efecto, no configura disvalor alguno el hecho de que los sujetos se valgan de los esquemas contractuales abstractos para obtener fines (motivos, incluso elevados a nivel causal) diversos a aquellos contemplados por el legislador al momento de positivizar un modelo negocial.

57 «En realidad, este elemento de la intención fraudulenta se resolvería en la relevancia de una apreciación que el sujeto efectúa de la ilicitud jurídica de su comportamiento. Y como tal, esta no podría tomarse en consideración. En efecto, si se admite que en el fraude a la ley el fin perseguido debe ser objetivamente prohibido, es claro que la ilicitud de este, y del comportamiento que lo realiza, se presenta independientemente de la valoración que el sujeto realiza en el plano jurídico». (La traducción es nuestra).

No obstante ello, en la coligación fraudulenta, que es el ámbito que nos compete, la instrumentalización, que afecta a los diversos contratos coligados, determina que estos últimos se empleen como medios para la obtención de una operación económica global que se corresponde nada menos que con un resultado prohibido por la norma.

Por otro lado, la licitud de un acto de autonomía privada se determina en concreto y no en abstracto. De allí que la instrumentalización de un contrato origina aquel estado de cosas sobre el cual deberá recaer el juicio concreto de compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Si la instrumentalización del contrato busca un resultado global prohibido por alguna ley imperativa cuya inobservancia está sancionada con nulidad, semejante circunstancia determinará el disvalor concreto del medio negocial empleado (ilicitud).

En ese sentido, hablar de una instrumentalización no debería llevarnos a pensar que al medio (contrato) le es inherente una calificación permanente de licitud. Esta última sería predicable únicamente en el plano abstracto, situación que no resulta determinante. En suma, creemos que la utilización anómala de un grupo de contratos frente a la actuación de una operación global vetada por una norma imperativa resguardada con la sanción de nulidad supone únicamente la licitud de la causa abstracta y no así de la causa concreta de los convenios que componen la referida pluralidad.

Como se ha tenido oportunidad de apreciar, ciertas opiniones en el marco del análisis jurídico de los modelos comparados han considerado que la coligación contractual fraudulenta se encuentra estrechamente ligada al perfil de la ilicitud de la causa concreta. La ilicitud de la causa suele vincularse a su contravención al orden público, buenas costumbres y normas imperativas, siendo que en tales hipótesis al contrato le sería asignado el remedio de la nulidad.

En lo que concierne a la coligación en fraude a la ley, creemos que si la norma imperativa defraudada a través del recurso a un itinerario indirecto estuviese respaldada con la sanción de la nulidad, la causa concreta de los diversos contratos coligados será ilícita por absorber un interés en la coordinación hacia un resultado expresamente prohibido.

Sintetizando el desarrollo expuesto anteriormente, consideramos que en las hipótesis de coligación fraudulenta, el disvalor de cada contrato coligado por contravención a la norma imperativa podrá apreciarse únicamente a partir de una perspectiva macrosistémica, es decir, desde un punto de vista que tenga en cuenta la funcionalidad compleja o de conjunto a la que apunta la agrupación contractual. De este modo, la operación económica global (elemento externo del nexo funcional) se erige como una entidad lógicamente indispensable para explicar satisfactoriamente la coligación fraudulenta.

La idea central es que si en los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental del contrato a través de su inserción en un conjunto de elementos más amplio (conformado por la pluralidad coordinada de contratos coligados en concreto), es absolutamente necesario analizar el resultado que es capaz de desenvolver la conjunción de los mencionados convenios (operación económica global). Solamente a través de semejante indagación resulta factible predicar la contravención a la norma imperativa, primero, del mencionado resultado global y, luego, de cada contrato instrumentalizado.

A lo mencionado podría replicarse que la operación económica global se configura como un elemento externo a la estructura de cada contrato coligado. Ante semejante constatación, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿cómo podría sostenerse la afección patológica (en este caso, la nulidad) de la estructura de cada contrato miembro de la agrupación? Según creemos, la clave para brindar respuesta a tal interrogante debe hallarse en la otra cara del nexo funcional: el elemento interno.

Como se recordará, el plano interno del nexo se encuentra estrechamente vinculado con la relevancia de la causa concreta del negocio jurídico. En efecto, esta última, como se ha destacado con anterioridad, es una institución que permite explicitar los intereses perseguidos por las partes más allá del núcleo cristalizado en el tipo abstracto. Precisamente dentro de esta gama de intereses se inserta el interés en la coordinación de los diversos contratos coligados hacia la operación económica global.

En suma, a nuestro parecer, la operación económica global y la causa concreta son dos nociones cruciales frente a la adecuada configuración de la coligación contractual fraudulenta. Lo mencionado equivale a afirmar que para el adecuado esclarecimiento del fenómeno referido resulta imperativo prestar atención a los dos elementos que configuran el nexo funcional que une a los contratos coligados: el elemento externo (operación económica global) y el elemento interno (interés en la coordinación con relevancia causal).

En los escenarios de coligación en fraude a la ley, la operación económica global coincide con la prohibición que importa la norma imperativa. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés común en la coordinación hacia la aludida operación. Luego, en tal escenario, la causa concreta de cada contrato coligado en concreto asimila un interés en la coordinación hacia la obtención de un resultado complejo ilegal (en cuanto prohibido por una norma imperativa). Por tal razón, en la medida que tales esquemas constituyen un medio para defraudar una norma imperativa, la causa de cada contrato coligado en que penetra semejante interés se verá inexorablemente afectada.

El interés en la coordinación hacia la operación económica global traslada la calificación predicable del resultado global vetado a la causa concreta privativa de cada miembro singular de la coligación. Por consiguiente, es posible afirmar que el interés mencionado, al contar con relevancia causal, desempeña el rol de hilo conductor del disvalor hacia la estructura de cada contrato coligado en concreto.

Lo que queremos decir es que, en los supuestos de coligación fraudulenta, la afectación de la causa concreta de cada contrato vinculado (por contrariedad a la norma imperativa) se produce a raíz de la asimilación de un interés que recae en una funcionalidad externa (la operación económica global) incompatible con los valores del ordenamiento jurídico. A consecuencia del disvalor que porta la mencionada funcionalidad, el interés en la coordinación hacia esta última se revela inexorablemente reprochable. Por ende, la causa concreta de los contratos que absorban semejante interés se teñirá de la calificación aludida, esto es, será contraria a la norma imperativa. Si la inobservancia de esta última se encuentra sancionada con nulidad, entonces cada uno de los contratos coligados será nulo.

6. Aplicación del tratamiento propuesto para el fraude a algunos casos prácticos desde la óptica del sistema jurídico peruano

Finalmente, con la finalidad de apreciar adecuadamente el desarrollo teórico planteado, pasaremos a graficar la coligación fraudulenta en nuestro sistema jurídico nacional a través de la presentación de algunos casos concretos. En el primer escenario planteado se programa, a

través de una conjunción coordinada de contratos, la violación indirecta del artículo 1111⁵⁸ del Código Civil peruano, cuya contravención directa desencadenaría la nulidad.⁵⁹

Alfa (actuando en calidad de mutuante) y Beta (actuando en calidad de mutuataria) celebraron un contrato de mutuo oneroso. De conformidad con el contenido de dicho acuerdo, la suma prestada ascendió a S/. 20 000, la cual debía restituirse en veinte cuotas (distribuidas en un lapso de dos años) ascendentes a S/. 1 050 cada una.

Contextualmente, ambas partes otorgaron una escritura pública en la cual concluyeron otros dos convenios. En primer lugar, un contrato de compraventa en virtud del cual Beta, en calidad de vendedora, le transfirió a Alfa un bien inmueble de su propiedad (valorizado en S/. 400 000) a cambio de S/. 21 000. En segundo lugar, un contrato de comodato, a través del cual Alfa le cedió a Beta el uso del bien transferido a su favor por un plazo indeterminado.

En el contenido de la compraventa inmobiliaria, los actores incluyeron algunas disposiciones peculiares:

- a) Una condición resolutoria con retroactividad consensual que supeditaba la extinción de la eficacia del referido convenio al evento condicionante constituido por el cumplimiento, por parte de Beta, de la obligación de restituir en el plazo pactado todas y cada una de las cuotas de la suma obtenida en virtud del contrato de mutuo.
- b) Una cláusula que difería el pago del precio por el inmueble, a cargo de Alfa, al segundo año contado a partir de la celebración de la compraventa.
- c) Una provisión en virtud de la cual el incumplimiento en el pago de alguna de las cuotas del mutuo por parte de Beta determinará la exigibilidad e inmediata compensación entre el precio de la compraventa, debido por Alfa, y el monto impago del capital, intereses y daños causados a Alfa en razón del incumplimiento del mutuo.

En otras palabras, las partes subordinaron la terminación retroactiva de la eficacia de la compraventa (y la consiguiente restitución del inmueble transferido a un precio ínfimo) al cumplimiento de las obligaciones del mutuuario en el marco del contrato de mutuo. En el ínterin, Beta se mantendría en el uso del bien, en virtud del acuerdo de comodato. De este modo, Alfa (mutuante-comprador-comodante) se haría de la propiedad del bien, aunque su valor haya sido mucho mayor al de la suma prestada, si es que Beta (mutuuario-vendedor-comodatario) no cumpliera con restituir oportunamente, y con los intereses compensatorios correspondientes, alguna de las cuotas de la suma desembolsada.

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

59 Que el pacto comisorio pueda eludirse a través de diversos contratos coligados entre ellos es una afirmación pacífica en la jurisprudencia italiana contemporánea. Al respecto, cabe traer a colación lo mencionado por la Casación del 19 de mayo de 2004, número 9466 (citada por Nardi (s. a.: 10) (la paginación corresponde a la de la versión digital), según la cual el aludido resultado se presentará:

[C]uando derive una organización global de intereses capaz de hacer considerar que el mecanismo negocial a través del cual debe realizarse la transferencia de un bien del acreedor está efectivamente coligado, en vez de a la función de intercambio, a un propósito de garantía, prescindiendo de la naturaleza meramente obligatoria, o traslativa, o real del contrato, o bien del momento temporal en que el efecto traslativo está destinado a verificarse, además de los instrumentos negociales destinados a su actuación e, incluso, de la identidad de los sujetos que hayan estipulado los negocios coligados, complejos o mixtos, siempre que entre los diversos pactos sea reconocible una relación de interdependencia y las mismas resulten funcionalmente dirigidas al propósito final de garantía.

En el caso narrado es posible apreciar tres contratos distintos: a) un mutuo dinerario, b) una compraventa de bien inmueble, c) un comodato de bien inmueble. De examinarse aisladamente, se vería que ninguno de tales esquemas presenta patologías evidentes. Sin embargo, en concreto, la coordinación proyectada entre ellos (o mejor, la operación económica global a la que se encuentran encaminados) realiza aquel resultado vetado por el artículo 1111 del Código Civil: la configuración de una garantía que recae sobre un bien inmueble con la posibilidad de que si el deudor no cumple su obligación, el acreedor se haga de la propiedad del bien.⁶⁰

En efecto, como es posible advertir, la transferencia de propiedad, en el contexto detallado, no solo se encuentra instrumentalizada para otorgar una garantía inmobiliaria al mutuante, sino que le permitirá a este último mantener la propiedad del inmueble otorgado en garantía (cuyo valor excede ampliamente el de la obligación garantizada) en caso que el mutuuario incumpla con su obligación de restituir alguna de las cuotas de la suma desembolsada.

En síntesis, en el supuesto narrado es posible advertir dos peculiaridades: a) cada acuerdo contractual, individualmente considerado, resulta incapaz de integrar el resultado prohibido por el artículo 1111 del Código Civil y b) el fin vetado será realizado por el despliegue coordinado de los reglamentos programados en virtud de la pluralidad contractual.

A nuestro parecer, en el ejemplo se presentan los indicios objetivos suficientes para llegar al convencimiento de que la causa concreta de los contratos coligados de compraventa y comodato⁶¹ asume un interés en la coordinación hacia la actuación del resultado vetado (operación económica global) por una norma imperativa. Esta última, a su vez, forma parte de aquellas leyes que interesan al orden público, dado que su contravención se sanciona con el remedio de la nulidad por el artículo 1111.

Siguiendo este razonamiento, y en aplicación de las ideas desarrolladas líneas arriba, deberá concluirse que las respectivas causas concretas de los dos contratos coligados mencionados son ilícitas (al haber absorbido un interés en la coordinación hacia una operación económica global prohibida por una norma imperativa de orden público). Por consiguiente, el remedio jurídico aplicable a los convenios mencionados se encuentra dado por la nulidad.

Otro ejemplo de coligación contractual fraudulenta en el sistema peruano podría constituirlo la violación, a través de un itinerario indirecto, del inciso 4 del artículo 1366 del Código Civil. Imaginemos que el magistrado Alfa desea adquirir por la vía contractual un inmueble que pertenece a Beta, quien fuera parte en un proceso judicial de su competencia que versara sobre la titularidad del bien. Como podrá advertirse, un contrato de compraventa del inmueble entre Alfa y Beta contravendría abiertamente la norma imperativa aludida y con ello ameritaría la aplicación del remedio jurídico de la nulidad.

No obstante ello, consciente de la prohibición, Alfa celebra un contrato de mandato sin representación con Gamma (un familiar cercano suyo) con la finalidad de que este, por la vía contractual, se haga de la propiedad del inmueble de Beta y, posteriormente, se la retransmita a Alfa través de un nuevo convenio de atribución. Beta, por su parte, se encontraba al tanto de la prohibición de adquisición que recaía sobre el magistrado y de que el procedimiento indirecto estaba destinado a procurar que este último termine por hacerse del bien. Aprovechando

⁶⁰ El pacto comisorio suele definirse como aquel acuerdo entre el acreedor y el deudor hipotecario que permite que, en caso de incumplimiento, aquel se haga pago de la obligación, adquiriendo la propiedad del bien.

⁶¹ No así la del contrato de mutuo porque, en el caso específico, la ley restringe la nulidad al pacto comisorio y no la extiende al negocio jurídico del que deriva la obligación garantizada.

dicha situación, Beta decidió realizar una oferta de venta al familiar del magistrado en la cual incrementó el precio del bien en un 20 %, respecto al precio originalmente solicitado a Alfa.

En el caso narrado, ni el mandato sin representación celebrado entre Alfa y Gamma, ni la compraventa concluida entre Gamma y Beta, ni tampoco el contrato de retransmisión a Alfa de la propiedad adquirida por el mandatario Gamma, individualmente considerados, encajan en el resultado vetado por el inciso 4 del artículo 1366, pues ninguno de tales esquemas es apto para provocarlo por sí mismo. Sin embargo, es evidente que la operación económica global resultante de la combinación de los mencionados contratos coligados sí producirá semejante resultado (procurar la adquisición de un inmueble que había sido litigioso a favor del magistrado que conoció la controversia).

En tal escenario, la causa concreta de cada uno de los tres contratos coligados en concreto asume un interés en la coordinación hacia la actuación del fin prohibido por una norma imperativa. Por otro lado, deberá atenderse al hecho que la norma busca tutelar un interés de orden público como la «necesidad de evitar que quienes ocupan determinados cargos o ejercen determinadas actividades abusen del poder que tales cargos o actividades les confieren para lucrar en beneficio propio» (De la Puente y Lavalle 2007: 433). Por ende, en aplicación de los incisos 4 y 8 del artículo 219 y del artículo V del Título Preliminar tal como fueran interpretados líneas arriba deberá concluirse que los diversos contratos son nulos por ilicitud de la causa.

Como creemos haber demostrado, dos o más contratos coligados que, aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que integra un resultado vetado por una norma imperativa. En los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental de un contrato a través de su inserción en un complejo de elementos más amplio (conformado por la pluralidad de contratos), siendo absolutamente necesario analizar la funcionalidad de conjunto (operación económica global) que es capaz de actuar la concurrencia coordinada de contratos.

En las hipótesis descritas, la operación económica global coincide con la prohibición legal, es decir, resulta incompatible con una norma imperativa específica. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés en la coordinación hacia la operación global reprochada (en cuanto prohibida por una norma imperativa) que hemos mencionado. Por tal razón, la causa concreta de cada contrato coligado contrariará simultáneamente la norma imperativa, y será de aplicación el remedio de nulidad en caso que este sea asignado por el legislador ante la contravención de dicho dispositivo.

7. Conclusiones

- a) Los esquemas contractuales típicos consagrados por el legislador frecuentemente se revelan insuficientes para satisfacer las necesidades, cada vez más novedosas y complejas, del tráfico comercial contemporáneo. En vista de ello, los individuos, en uso de su autonomía privada, suelen valerse de la concertación de una pluralidad de contratos frente a la satisfacción de necesidades complejas (aunque unitarias). Este fenómeno, que denominamos «nuevo paradigma de la contratación», constituye el sustrato sobre el cual se sienta la noción de contratos coligados.

- b) La coligación contractual jurídicamente relevante se corresponde con lo que la doctrina italiana denomina «coligación funcional». A su vez, esta última se subdivide en: a) coligación abstracta y b) coligación concreta. La coligación abstracta supone agrupaciones de contratos vinculados en abstracto, es decir, por su naturaleza o por la función abstracta que uno de ellos desempeña respecto al otro. La coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados en concreto (a partir del texto o del contexto) por estar dirigidos hacia la consecución de una operación económica global. En tales hipótesis, la concurrencia de la pluralidad de contratos resulta necesaria frente al desenvolvimiento de la operación económica global, la cual, a manera de principio, no podrá ser actuada a partir del despliegue aislado de cada acuerdo contractual.
- c) El fraude a la ley consiste en la persecución a través de un itinerario indirecto que contempla la utilización de medios en abstracto lícitos (y que se vale primordialmente del instrumento contractual) de un resultado económico-jurídico que ha sido disciplinado de cierta forma por una norma imperativa. Esta última bien podría prohibir la obtención de la aludida consecuencia empírica (estableciendo remedios como la nulidad) o aplicarle algún tratamiento peculiar (como en el caso de las normas tributarias y laborales).
- d) Un sistema jurídico debe combatir el fraude a la ley por los siguientes argumentos: a) el contrato es un instrumento polifuncional; b) la autonomía privada le permite a los individuos actuar resultados económicos de diversa índole desligándose —a veces por completo— de los esquemas negociales formales utilizados; c) a muchos de esos resultados se les veta directamente o les es aplicable cierto tratamiento peculiar al cual subyace la tutela de ciertos valores, y d) aceptar que esos resultados puedan obtenerse de forma indirecta sin desencadenar la regulación contenida en una norma imperativa implicaría desproteger los valores defendidos por esta última y, además, darle carta blanca a los individuos para subvertir los lineamientos más elementales de un sistema jurídico.
- e) Dos o más contratos coligados, que aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haberse programado para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que actúa un resultado vetado por una norma imperativa. En los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental de un contrato a través de su inserción en un complejo de elementos más amplio (conformado por la pluralidad de contratos), siendo absolutamente necesario analizar la funcionalidad de conjunto (operación económica global) que es capaz de actuar la concurrencia coordinada de contratos.
- f) En las hipótesis descritas, la operación económica global coincide con la prohibición legal, es decir, resulta incompatible con una norma imperativa específica. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés en la coordinación hacia la operación global reprochada que hemos mencionado. Luego, la causa concreta de cada contrato coligado contrariará simultáneamente la norma imperativa, y será de aplicación el remedio de nulidad en caso que este haya sido previsto por la ley ante la inobservancia de la norma defraudada.

8. Bibliografía

BARBA, Vincenzo

2008a «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale». Parte I. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXII, número 3, pp. 791-818.

2008b «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale». Parte II. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXII, número 4, pp. 1167-1188.

BERGEL, Salvador y Martín PAOLANTINO

1993 «Bases para una regulación jurídica del crédito al consumo». *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, año 26, números 154-156, pp. 15-39.

BIANCA, Massimo

1957 *Il divieto del patto commissorio. Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri*. Milán: Giuffrè.

2007 *Derecho civil 3. El contrato*. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BRAVO, Jorge y Rómulo MORALES

2006 «El negocio jurídico en fraude a la ley entre el derecho civil y el derecho tributario: una nueva visión para un viejo problema». *Vectigaglia*, año 2, número 2, pp. 39-42.

BUONOCORE, Vincenzo

2007 «Contratti d'impresa e collegamento negoziale». En AA. VV. *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*. Milán: Giuffrè, pp. 9-41.

CARIOTA-FERRARA, Luigi

1956 *El negocio jurídico*. Traducción del italiano de Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar.

CARRESI, Franco

1987 *Il contratto*. En CICU, Antonio y MESSINEO Francesco (directores) (continuado por Luigi Mengoni). *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Volumen XXI, tomo I. Milán: Giuffrè.

CARUSI, Donato

1999 «La disciplina della causa». En GABRIELLI, Enrico (editor). *I contratti in generale*. En *Tratato di Diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno. Tomo I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 529-630.

CATAUDELLA, Antonino

2000 *I contratti*. Parte generale. Turín: Giappichelli.

CLARIZIA, Renato

2002 «I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring». En

BUONOCORE, Vincenzo (director). *Trattato di Diritto commerciale*. Tomo IV. Turín: Giappichelli.

COLOMBO, Claudio

1999 *Operazioni economiche e collegamento negoziale*. Padua: Cedam.

COVIELLO, Nicola

1949 *Doctrina general del derecho civil*. Traducción del italiano de Felipe de J. Tena. México D. F.: Unión Tipográfica.

CRICENTI, Giuseppe

2008 *I contratti in frode alla legge*. Milán: Giuffrè.

D'AMICO, Giovanni

1993 *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*. Milán: Giuffrè.

D'ANGELO, Andrea

1992 *Contratto e operazione economica*. Turín: Giappichelli.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico

1985 *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

DI MAJO, Adolfo

2002 «La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. Premesse di carattere generale». Intervención en el *Incontro di studio del C.S.M.* realizado del 22 al 24 de abril de 2002. Consulta: 20 de enero de 2011.
<<http://www.judicium.it>>

DI MARZIO, Fabrizio

2004 «Illiceità nei contratti emergenti». En *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*. Volumen I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 407-431.

DI NANNI, Carlo

1977 «Collegamento negoziale e funzione complessa». *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año LXXV, número 11-12, pp. 279-343.

DI SABATO, Franco

1959 «Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)». *Rivista di Diritto civile*, parte I, año V, pp. 412-438.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

1992 «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código

- Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». *Ius et veritas*, año III, número 5, pp. 5-14.
- 2004 «Contrato y libertad contractual». *Themis. Revista de Derecho*, número 49, pp. 7-14.
- ENNECCERUS, Ludwig y otros
1950 *Tratado de derecho civil*. Tomo II. Traducción del alemán de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch.
- ESCOBAR, Freddy
2007 «Causales de nulidad absoluta». En *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias de derecho civil*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 675-688.
- ESCUÍN, Irene
2002 *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*. Granada: Comares.
- ESPINOZA, Juan
2004 «Abuso de derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico?». En AA. VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, pp. 243-262.
- 2010 *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica.
- FERRANDO, Gilda
2000 «I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative». *Contratto e impresa*, año XVI, número 1, pp. 127-141
- FERRI, Giovanni
2002 *El negocio jurídico*. Traducción del italiano de Leysser L. León. Lima: Ara Editores.
- 2004 «La presencia "invisible" de la causa del contrato», Traducción del italiano de Carlos Zamudio Espinal. En AA. VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, pp. 263 -283.
- 2006 «La nozione di contratto». En AA. VV. *I contratti in generale. Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli*. volumen I, tomo I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 3-40.
- FERRI, Luigi
2004 *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*. Traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Grijley.
- FLUME, Werner
1998 *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Tomo II. Traducción del alemán de

José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

FORNO, Hugo

2000 «Acerca de la noción de contrato». *Gaceta Jurídica*. Tomo 78-B, pp. 9-26.

GABRIELLI, Enrico

2003 «Il contratto e l'operazione economica». *Rivista di Diritto civile*, número 2, pp. 93-114.

2008 «Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica». *Giustizia civile*, año LVII, número 3, pp. 728-750.

2009 «L'operazione economica nella teoria del contratto». *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXIII, número 3, pp. 905-939.

GASPERONI, Nicola

1995 «Collegamento e connessione tra negozi». *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año LIII, números 1-2, pp. 357-387.

GIACOBBE, Giovanni

1969 Voz «Frode alla legge». En *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVIII. Milán: Giuffrè, pp. 73-89.

GIORGIANNI, Michele

1937 «Negozii giuridici collegati». *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, año XII tomo XV, pp. 275-352.

1960 Voz «Causa (Diritto privato)» en *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VI. Milán: Giuffrè, pp. 547-576.

GRONDONA, Mauro

2011 «Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada». Traducción del italiano de Pablo Andrés Moreno Cruz. *Revista de Derecho Privado*, número 20, pp. 271-299.

GUEVARA, Armando

2012 «La propiedad agraria en el derecho colonial». En PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 265-282.

IRTI, Natalino

2004 «Es cierto, pero...» (Réplica a Giorgio Oppo). En AA. VV. *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara Editores, pp. 331-344.

KONDER, Carlos

2006 *Contratos conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Río de Janeiro: Renovar.

LEÓN, Leysser

2004 «Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)». En AA. VV. *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara Editores, pp. 877-936.

LÓPEZ, Ana

1994 *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosch.

LORENZETTI, Ricardo

2001 *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Lima: Palestra Editores.

MAISTO, Filippo

2000 *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordenamento giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARÍN, Manuel

2010 *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Navarra: Aranzadi.

MESSINEO, Francesco

1962a Voz «Contratto collegato». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen X. Milán: Giuffrè, pp. 48-54.

1962b Voz «Contratto innominato». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen X. Milán: Giuffrè, pp. 95-110.

1972 Il contratto in genere. Volumen XXI, tomo 2. En CICU, Antonio y Francesco MESSINEO (directores). *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Milán: Giuffrè.

MORALES, Rómulo

2006 «Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley». En MORALES, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, pp. 305-342.

MORELLO, Umberto

1990 Voz «Negocio giuridico. VI) Negozio giuridico in frode alla legge». En *Enciclopedia giuridica*. Volumen XX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 1- (la paginación corresponde a la de la separata).

MOSSET, Jorge

1999 *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

NARDI, Sandro

s. a. *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*. Consulta: 20 de diciembre de 2011.
<http://judicium.it/news/ins_25_02_05/Nardi%20civile.html>

2006 *Frode alla legge e collegamento negoziale*. Milán: Giuffrè.

NAVARRETTA, Emanuela

2007 «Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione». *Rivista di Diritto civile*, año LIII, número 6, pp. 823-841.

2010 «Causa del contrato». En *Derecho civil 8: Contratos. Selección de textos de Rómulo Morales Hervias*. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 218-231.

NICOLAU, Noemí

1997 «Los negocios jurídicos conexos». En CENTRO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO. *Trabajos del centro*, segunda serie, número 2, pp. 9-16.

NICOLÒ, Rosario

1939 «Aspetti pratici del concetto di causa» (Nota a la Casación del 12 de julio de 1938). *Rivista di Diritto commerciale*, volumen XXXVII, pp. 10-17.

2005 «Las situaciones jurídicas subjetivas». Traducción del italiano de Carlos Zamudio Espinal. *Advocatus. Revista de la Asociación Civil ADV*, número 12, pp. 103-116.

OERTMANN, Paul

1933 *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor.

ORLANDO, Salvatore y Carlo ARGIROFFI

1988 Voz «Contratti misti e contratti collegati». En *Enciclopedia giuridica*. Volumen IX. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, pp. 1- (La paginación corresponde a la de la separata).

OSTI, Giuseppe

1959 Voz «Contratto». En *Nuovissimo digesto italiano*. Volumen IV. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 462-535.

PALACIOS, Eric

2002 *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores.

PIEPOLI, Gaetano

1976 *Il credito al consumo*. Nápoles: Jovene.

PUGLIATTI, Salvatore

2011 «Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia». *Scritti giuridici*. Volumen III: 1947-1957. Milán: Giuffrè, pp. 455-516.

PUIG, José

1978 *Fundamentos de derecho civil*. Volumen I, tomo II: «Doctrina general del contrato». Barcelona: Bosch.

ROPPO, Vincenzo

2009 *El contrato*. Traducción del italiano de Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica.

SACCO, Rodolfo

2011 Voz «Contratto complesso o misto». En Rodolfo Sacco (director). *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Sesto Aggiornamento*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 238-241.

SALVADOR, Pablo y otros

2004 «Autonomía privada, fraude a la ley e interpretación de los negocio jurídicos». *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, pp. 1- (La paginación corresponde a la de la separata).

SANTORO-PASSARELLI, Francesco

1964 *Doctrinas generales del derecho civil*. Traducción del italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SEGUI, Adela

2001 «Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones. (Especial referencia al Proyecto del Código Civil de 1998 y a las Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Santa Fe, Setiembre de 1999)». En AA. VV. *Contratación contemporánea. Contratación electrónica y tutela del consumidor*. Tomo II. Lima: Palestra Editores, pp. 183-184.

SCHLESINGER, Piero

2002 «La autonomía privada y sus límites». Traducción del italiano de Leysser L. León. *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 3, pp. 103-110.

SCOGNAMIGLIO, Renato

1960 Voz «Collegamento negoziale». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VII. Milán: Giuffrè, pp. 375-381.

TABOADA, Lizardo

2002 *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley.

VÁSQUEZ, Walter

2011 «Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo

y la teoría de la coligación contractual». *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*, número 10, tomo II, pp. 183-198.

2012 *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*. Tesis de licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

VENDITTI, Arnaldo

1954 «Appunti in tema di negozi giuridici collegati». *Giustizia civile*. Tomo I. Año 4, Milán: Giuffrè, pp. 259-272.



COMENTARIOS

Rómulo Morales Hervias

Director de la Maestría en Derecho Civil y profesor de la Escuela de Posgrado y del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo de investigación «Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano» de Walter Humberto Vásquez Rebaza constituye un valioso aporte académico en cuanto es un ejemplo de lo que debe ser un estudio dogmático, comparado y funcional.

El fraude «es la denominación de nuevo usada en una acepción descriptiva y genérica para designar en su complejo el total procedimiento simulatorio» (Breccia 1999: 286). El trabajo toma como referencia el derecho civil italiano. En efecto, el artículo 1344 del Código Civil italiano de 1942 —norma inexistente en el Código Civil peruano de 1984— indica expresamente lo siguiente: «Se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa». No obstante el texto expreso de la ley, un sector de la doctrina italiana ha encontrado la razón de ser del negocio jurídico en fraude a la ley en la simulación relativa. Se ha expresado que el «negocio en fraude a la ley debe necesariamente ser un negocio “atípico”, que fundamentalmente se estructura en un negocio típico “medio” y en acuerdos ulteriores (no siempre contenidos en documentos adjuntos). En efecto, si los acuerdos ulteriores fueran tales para dar lugar a un diverso contrato *típico*, habría un caso de simulación relativa (y no de fraude a la ley)» (Morello 1990: 5). Asimismo, una doctrina italiana ha manifestado que

El propósito fraudulento, por su misma esencia, no se manifiesta en el contrato, y, por consiguiente, no se transforma en causa. Por ello, la causa del contrato instrumentalizado para eludir una prohibición legislativa, y para conseguir el resultado prohibido, no es ilícita. Aunque ambos contratantes fueren partícipes del fraude (y ello, como se ha anotado, no siempre es necesario), la colusión o el acuerdo fraudulento están separados del contrato, que, de tal modo, resulta instrumentalizado, del mismo modo en que el acuerdo simulatorio es cosa distinta del contrato simulado. Por lo demás, el artículo 1344 no señala que el contrato en fraude a la ley sea un contrato con causa ilícita: lo que se dice, solamente, es que «se reputa» ilícita su causa, y ello significa que la sanción en el caso de fraude a la ley es la misma que se aplica cuando la causa del contrato es ilícita. (Ferri 2004: 243-244)

En el trabajo, la causa cumple un rol importante para delimitar el contrato en fraude a la ley pero en cada caso en concreto.

Por otro lado, el trabajo estudia los vínculos entre la coligación contractual y el fraude a la ley. Ya en la actualidad una doctrina italiana expresa que las partes pueden concebir la combinación contractual como medio para eludir normas imperativas (como las tributarias) y de ahí que la jurisprudencia «debe valorizar el objetivo de ahorro tributario como elemento de la causa (concreta) del contrato» (Roppo 2013: 977). Antes otra doctrina informaba que

entre las modalidades en que se realiza el fraude a la ley están «la previsión de cláusulas solo formalmente válidas a través de la utilización de una tipología contractual, cuyo recurso es puramente instrumental para evitar la aplicación de normas imperativas, o mediante procedimientos indirectos, que usan con una finalidad elusiva la coligación contractual» (Navarretta 2011: 686). Ello cobra relevancia en un Código Civil como el peruano que no ha regulado la nulidad cuando los contratos violan normas imperativas (artículo 1354). De ahí que el trabajo tiene una innegable actualidad.

Bibliografía

BRECCIA, Umberto

1999 «Frode alla legge». En BESSONE, Mario (director). *Trattato di diritto privato*. Volumen XIII. Turín: G. Giappichelli Editore, pp.

FERRI, Luigi

2004 *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Presentación, notas y edición de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley.

MORELLO, Umberto

1990 «Negozio Giuridico. I) Negozio in frode alla legge». En *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, pp.

NAVARETTA, Emanuela

2011 «Della causa del contratto». En AA. VV. *Commentario del Codice Civile*. Dirigido por Enrico Gabrielli, Dei Contratti in generale, bajo la dirección de Emanuela Navarretta y Andrea Orestano, artículos 1321-1349. Turín: Utet Giuridica.

ROPPO, Vincenzo

2013 «Causa concreta: Una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito». *Rivista di Diritto Civile*, año LIX, número 4, pp. 957-988.

Alfredo Soria Aguilar

Profesor del Departamento Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sobresaliente es una palabra que resume adecuadamente el trabajo titulado «Los contratos coligados en fraude a la ley» que el CICAJ nos presenta en esta oportunidad.

El autor, Walter Humberto Vásquez Rebaza, ha sido intelectualmente intrépido al proponer, en una misma investigación, el estudio de dos figuras sumamente complejas que, no solamente carecen de regulación legal específica en nuestro país, sino que resultan, sin ninguna

duda, muy interesantes si es que se analizan en conjunto, como lo hace acertadamente el autor de este excelente trabajo.

Como es sabido, los particulares, en virtud de la libertad de configuración interna de los contratos, pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento legal o pueden también celebrar sus acuerdos celebrando sus respectivos contratos sin necesidad de utilizar las figuras preconcebidas o tipificadas por el ordenamiento legal, es decir, pueden también celebrar contratos atípicos.

Asimismo, si bien una operación comercial puede ser compleja en cuanto a sus prestaciones, puede realizarse a través de un solo contrato (cuando todas las prestaciones responden a una causa única) o, por el contrario, puede efectuarse recurriendo a distintos contratos a la vez (pluralidad de causas o pluralidad de contratos) como ocurre en el supuesto de los contratos coligados.

Como es evidente, las figuras contractuales reguladas expresamente por la ley (figuras típicas) podrían resultar insuficientes para satisfacer los diferentes y cada vez más complejos intereses y necesidades de los particulares, dado que la ley no podría prever ni tampoco tipificar toda la amplia gama de contratos posibles de pactar. Por ello, resulta de relevancia que las partes puedan satisfacer sus respectivos intereses creando sus propias figuras contractuales.

Precisamente, en el marco de sus respectivas negociaciones, las partes pueden decidir celebrar válidamente, tanto contratos típicos, como figuras contractuales no reguladas por normas legales especiales, o también satisfacer sus intereses recurriendo a varios contratos distintos pues, en el ejercicio de la libertad de configuración interna (o libertad contractual),¹ los particulares se encuentran facultados para determinar libremente el contenido del contrato. Sin embargo, la libertad de configuración interna del contrato no es irrestricta; sino que, por el contrario, tiene algunos límites que son precisamente aquellos que señalan las propias normas legales.

Como lo sostiene Walter Vásquez, «Dos o más contratos coligados, que aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que actúa un resultado vetado por una norma imperativa». Por ello, una de las conclusiones que nos propone el autor es que si bien un contrato coligado resulta admitido jurídicamente como un acuerdo válido y eficaz, el contrato coligado no debe realizarse en fraude de ley. Es decir, no puede eludirse la aplicación de normas imperativas utilizando un contrato coligado.

En palabras de Walter Vásquez,

La idea central es que si en los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental del contrato a través de su inserción en un conjunto de elementos más amplio (conformado por la pluralidad coordinada de contratos coligados en concreto) es absolutamente necesario analizar el resultado que es capaz de desenvolver la conjunción de los mencionados convenios (operación económica global).

Lo enunciado resulta totalmente razonable dado que, como lo sostiene Héctor Lafaille «La voluntad humana exteriorizada tiene fuerza porque el legislador se la confiere y en la medida en que este se la acuerda, considerando los intereses colectivos y la seguridad de terceros»

¹ Al respecto, véase el artículo 1354 del Código Civil.- «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

(Lafaille 1927: 20). Por ello, en nuestro país, la voluntad de las partes no puede establecer acuerdos que sean contrarios a las normas imperativas, las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres.²

Este brillante trabajo no se agota en lo enunciado. Esta obra plantea una posición muy bien fundamentada sobre varios temas relacionados con los contratos coligados en fraude a ley. Esta sobresaliente publicación busca generar un punto de partida, debidamente fundamentado, para iniciar la discusión jurídica de nuevos temas. Pretende ofrecer un importante aporte a partir del cual surjan otros estudios. Por ello, consideramos que esta publicación resulta altamente recomendable. Estamos seguros de que esta obra será fuente de inspiración y referencia para nuevos trabajos de investigación sobre otros aspectos relacionados con estos interesantes y complejos temas.

Bibliografía

LAFAILLE, Héctor
1927 *Curso de contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

² Dado que la libertad contractual es reconocida por el ordenamiento legal, dicha libertad solamente puede ejercitarse dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone. Por ello, lo pactado por las partes no podría contravenir las normas de carácter imperativo (artículo 1354 CC) ni las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar CC).

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, quisiera agradecer los valiosos comentarios efectuados a mi trabajo de investigación *Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano* por parte de los profesores Rómulo Morales Hervias y Alfredo Soria Aguilar. Me siento verdaderamente honrado con la valoración críticamente positiva que dos especialistas en la materia, quienes además se han desenvuelto exitosamente durante años en el ámbito académico y profesional, han efectuado respecto de las modestas líneas escritas por alguien que en algún momento tuvo la oportunidad de ser su alumno.

Sin perjuicio de ello, pasaré a desarrollar algunos aspectos concretos incluidos en sus acertadas consideraciones.

En mi opinión, la virtual coincidencia entre los supuestos de fraude a la ley y simulación negocial es contingente, es decir, puede presentarse o no dependiendo de las circunstancias. De esta manera, es posible defraudar una norma imperativa a través del procedimiento simulatorio del negocio jurídico (el negocio disimulado puede ser lícito o ilícito).¹ Sin embargo, no todos los procedimientos simulatorios tienen como propósito perpetrar un *fraus*, sino que pueden apreciarse ciertas hipótesis en las cuales el propósito empírico buscado por las partes es benigno. Por ende, es posible considerar que la simulación —entendida como fenómeno genérico— cuenta con un efecto neutro.

En efecto, tal como señala Roppo respecto del sistema italiano,

La ley no tiene perjuicios morales en contra de la simulación: no considera que fingir contratos no verdaderos (o hacer contratos ficticios) sea malo en sí, y merezca estar generalmente prohibido; ni siquiera piensa que los intereses que impulsan a las partes a crear una apariencia contractual no conforme con la realidad sean siempre intereses ilícitos o reprobables. (2009: 640)²

En cambio, el fraude a la ley —al menos sobre la base de los parámetros restringidos en que lo hemos definido en nuestro trabajo— implicará siempre la actuación indirecta del resultado prohibido por una norma imperativa y, por ende (al margen del remedio jurídico defraudado), se configurará como un disvalor. La conclusión mencionada, indudablemente habría de variar si es que se toma como punto de partida una acepción descriptiva y genérica de fraude.

Por otra parte, el profesor Morales Hervias trae a colación acertadamente la tendencia seguida por cierto sector de la doctrina contractual italiana contemporánea más acertada. En sus palabras:

1 Código Civil peruano. 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». Por su parte, el artículo 221 inciso 3 del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente: «El acto jurídico es anulable: [...] 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero».

2 A decir verdad, esta constatación no parece haber sido del todo favorecida por la regulación del Código Civil peruano (bastante perfectible en lo que al fenómeno de la simulación concieme), pues el remedio aplicable para el negocio simulado es la nulidad, dispuesta por el artículo 291 inciso 5.

Ya en la actualidad una doctrina italiana expresa que la combinación contractual puede ser concebida por las partes como medio para eludir normas imperativas (como las tributarias) y de ahí que la jurisprudencia «debe valorizar el objetivo de ahorro tributario como elemento de la causa (concreta) del contrato» [...] Antes otra doctrina informaba que entre las modalidades en que se realiza el fraude a la ley están «la previsión de cláusulas solo formalmente válidas a través de la utilización de una tipología contractual, cuyo recurso es puramente instrumental para evitar la aplicación de normas imperativas, o mediante procedimientos indirectos, que usan con una finalidad elusiva la coligación contractual [...]

Lo mencionado no hace sino confirmar la trascendental relevancia de la causa concreta (como elemento funcional del contrato) en la determinación de las hipótesis del fraude a la ley, respecto de lo cual concuerdo plenamente.

Pasando a los comentarios expuestos por el profesor Soria Aguilar, me gustaría hacer hincapié en la siguiente parte de su discurso, que resulta trascendental:

[E]n virtud de la libertad de configuración interna de los contratos, pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento legal o pueden también, celebrar sus acuerdos, celebrando sus respectivos contratos sin necesidad de utilizar las figuras preconcebidas o tipificadas por el ordenamiento legal, es decir, pueden también celebrar contratos atípicos.

Suscribo a plenitud lo antes expuesto, pues, como sostengo en el cuerpo del trabajo, son las siempre cambiantes necesidades del tráfico económico-jurídico las que determinan que los particulares, haciendo uso de su autonomía privada, delineen esquemas paralelos a aquellos tipificados y configuren de este modo contratos atípicos.

En esta línea de ideas, debe aceptarse que en la actualidad también se verifican necesidades cuya especial complejidad amerite la concurrencia coordinada de una pluralidad de negocios estructuralmente tan distintos entre sí que su calificación como un contrato único resulta inviable. Lo mencionado anteriormente se constituye como el punto de partida empírico indispensable para la construcción de los contratos coligados como categoría conceptual.