



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro

Reconstrucción dogmática del art. 251.3 del Código Penal

Germán Ovalle Madrid

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Programa de Doctorat de Dret i Ciència Política
Línia d'investigació: Dret penal

EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIO DE

OTRO

RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL ART. 251.3 DEL CÓDIGO PENAL

GERMÁN OVALLE MADRID

Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
Codirectora: Prof. Dra. D. Nuria PASTOR MUÑOZ
Tutora: Prof. Dra. Mirentxu CORCOY BIDASOLO

BARCELONA MMXVII

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	9
RESUMEN.....	12
INTRODUCCIÓN	14

CAPÍTULO I

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LA SIMULACIÓN CONTRACTUAL EN DERECHO PRIVADO

I. LA DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACIÓN	22
1. La expresión de la voluntad en los negocios jurídicos: el fenómeno de la simulación.....	22
2. Síntesis del desarrollo histórico de la simulación.....	26
<i>a. El Derecho romano.</i>	26
<i>b. El Derecho intermedio.</i>	30
<i>c. El Derecho comparado: Siglos XVII y XVIII.</i>	32
<i>d. El Derecho español</i>	34
II. LA TIPOLOGÍA DE LA SIMULACIÓN CONFORME LA DOCTRINA CIVILISTA.....	40
1. Cuestión previa: la causa de los contratos	40
2. Concepto de simulación contractual.....	43
3. Dos acepciones de la simulación	45
4. Los contratos en perjuicio de tercero.....	49

5. Requisitos del negocio simulado	51
6. Simulación absoluta y simulación relativa	52
7. Otras clasificaciones de la simulación contractual	55
8. La declaración judicial de simulación contractual	56
<i>a. Generalidades</i>	56
<i>b. Prueba de la simulación</i>	58
<i>c. Diferencias entre la acción declarativa de simulación absoluta y relativa ...</i>	62
<i>d. Los legitimados para ejercer la acción de simulación</i>	66
9. De los efectos de la declaración judicial de simulación	68
10. Diferencia de la acción de simulación con la acción pauliana	69
III. DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO SIMULADO Y OTRAS FIGURAS AFINES	70
1. El negocio simulado y la fiducia	71
2. El contrato simulado, el negocio indirecto y el negocio en fraude de ley	73
3. El contrato simulado y la reserva mental.....	76

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE CONTRATO SIMULADO

I. APROXIMACIÓN AL ORIGEN HISTÓRICO DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO	78
1. Antecedentes remotos de la simulación punible en el Derecho penal romano	78
2. Antecedentes de la simulación punible en la Edad Media y Moderna.....	80
3. Antecedentes históricos de la falsedad, la simulación y <i>l'escroquerie</i> del <i>Code Penal</i> de Napoleón.....	83
4. El delito de otorgamiento de contrato simulado en España. Antecedentes históricos.....	92

a. <i>Los orígenes legislativos del delito de contrato simulado en el Código Penal de 1848.</i>	93
b. <i>Tesis sobre la génesis del delito de contrato simulado en los arts. 777 a 780 del Código Penal de 1822 y el Proyecto de Código Criminal de 1831</i>	95
c. <i>El contrato simulado en el Código Penal de 1850 y 1870.</i>	108
d. <i>El contrato simulado en el Código Penal de 1928, 1932 y 1944.</i>	108
e. <i>El delito de contrato simulado y sus modificaciones en la segunda mitad del Siglo XX.</i>	110
II. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO	112
1. <i>Introducción.</i>	112
2. <i>Aproximación a las principales corrientes doctrinales del delito de otorgamiento de contrato simulado</i>	113
a. <i>Corriente doctrinal que asocia —principalmente— el delito de contrato simulado al modelo de la estafa.</i>	114
b. <i>Corriente doctrinal que asocia el delito de contrato simulado con el modelo de las falsedades documentales como medio de engaño de un delito de estafa.</i>	117
III. LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO ...	122
1. <i>Introducción.</i>	122
2. <i>La tesis amplia</i>	123
3. <i>La tesis restrictiva</i>	125

CAPÍTULO III

RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

I. INTRODUCCIÓN	129
1. <i>Crítica a la vinculación del delito de contrato simulado y la estafa.</i>	131
2. <i>Crítica al delito de contrato simulado y la falsedad documental</i>	132

<i>a. Documento y contrato son conceptos normativamente diferenciados</i>	133
<i>b. Falsedad ideológica de negocio jurídico y simulación de contrato son conceptos jurídicos diferenciados</i>	136
II. EL DELITO DE CONTRATO SIMULADO COMO UN CASO ESPECIAL DE GESTIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO ESPECIALMENTE TIPIFICADO	137
1. Introducción.....	137
2. El tipo de injusto del delito de contrato simulado	139
3. El fundamento de incriminación del delito de contrato simulado.....	140
<i>a. El límite de la autonomía de la voluntad y el principio de la responsabilidad</i>	140
<i>b. Presupuestos constitucionales que habilitan a simular</i>	141
<i>c. Presupuestos jurídico-penales limitativos de la punición de la simulación</i> ..	142
<i>d. Introducción a la noción de bien jurídico protegido</i>	149
<i>e. La indemnidad del patrimonio como bien jurídico protegido</i>	150
i. Concepción jurídica del patrimonio	152
ii. Concepto económico de patrimonio	152
iii. El concepto dinámico de patrimonio	153
iv. Concepción personal de patrimonio	153
4. La disimulación del ejercicio radicalmente desviado de la facultad de contratación por parte del apoderado como objeto de sanción conforme al art. 251.3 CP	154
5. Disvalor de la conducta, la dificultad del descubrimiento y la prueba de la simulación.....	155
6. El sujeto activo de delito: «[e]l que [...]» como un sujeto facultado para otorgar un contrato vinculante al patrimonio de un «otro» conforme al Derecho privado	160
7. Acerca del verbo «otorgare».....	163
8. El delito de contrato simulado se comete en perjuicio de «otro», y no de un «tercero». Argumentos sistemáticos e históricos	166

9. Injerencia de la distinción de la simulación absoluta y la simulación relativa en el delito de contrato simulado	175
10. La conducta típica del delito de contrato simulado	179
<i>a. La relación del contrato simulado con la administración desleal.</i>	184
i. Introducción	184
ii. Desarrollo de la apropiación indebida en relación a la administración desleal	186
iii. Del exceso y la falta de poder: la relación entre el derogado art. 295 CP y el derogado art. 252 CP	190
<i>b. Situación quedada tras la modificación del art. 252 CP</i>	192
11. Del momento consumativo: desde que se otorga el contrato «en perjuicio»	201
<i>a. La consumación del delito de contrato simulado sólo en tanto reconoce prestaciones adeudadas-devengadas</i>	202
<i>b. Necesidad de que el contrato simulado sea conocido e idóneo para obligar</i>	204
<i>c. De la resciliación oportuna</i>	207
III. CONCURSOS	207
1. Introducción	207
2. Contrato simulado, administración desleal y apropiación indebida	208
3. Relación del contrato simulado y la falsedad documental	213
<i>a. Consideraciones previas</i>	213
<i>b. Relación atenuada y marginal del contrato simulado y la falsedad documental</i>	215
4. Relación del contrato simulado y la estafa	219
5. Relación del contrato simulado y el fraude procesal	221
6. El delito de contrato simulado y los delitos de malversación de caudales públicos	224
7. El delito de contrato simulado y los delitos contra la Hacienda Pública	225
8. Del delito de otorgamiento de contrato simulado y el de alzamiento de bienes	226
IV. ASPECTOS DEL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO	227

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	228
VI. PRESCRIPCIÓN.....	231
1. La regla general	231
2. Consideraciones especiales.....	231
CONCLUSIONES	233
BIBLIOGRAFÍA	238

ABREVIATURAS

§, §§	parágrafo/s
A.	Aranzadi
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Revista de Actualidad Penal
Ap./s	Apartado/s
AP	Actualidad Penal
art./arts.	artículo/s
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CE	Constitución Española de 1978
Cfr.	confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJ	Colección Oficial de Jurisprudencia del Ministerio
cit./s	citado/s
CLP	Comentarios a la Legislación Penal
com.	comentario
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPD	Código Penal Derogado de 1944
DJ	Documentación Jurídica
DPC	Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo
Ed.	Editorial / Edición

EPC	Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad de Santiago de Compostela
<i>Ibidem</i>	en el mismo lugar
<i>infra</i>	abajo
<i>in fine</i>	hasta el final
JC	Jurisprudencia Criminal
L	Ley
La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECri	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
loc. cit.	loco citato (lugar citado)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LH	Libro-Homenaje
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
núm. marg.	número marginal
núm.	número/s
öStGB	Das österreichische Strafgesetzbuch (Código Penal austríaco)
p.	página/s
<i>passim.</i>	en toda la obra
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
R.	Repertorio Aranzadi
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RP	Revista Penal La Ley
s.	y siguiente/s

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S(s)TC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
S(s)TS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
<i>supra</i>	arriba
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
trad.	traducido por
TS	Tribunal Supremo Español
Vid./vid.	Véase
VV.AA.	Varios Autores
V.v.	volumen
<i>v. gr.</i>	por ejemplo

Resumen

El presente trabajo analiza el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, previsto y sancionado en el art. 251.3 CP. A causa de la dispersión de tendencias doctrinarias y hasta cierto punto judiciales vigentes hasta la actualidad, se indaga el concepto de *contrato simulado*, asumiendo que su contenido y significado se deba tomar del derecho civil, es decir, como una categoría extrapenal. En este contexto, se explica el origen, formas que adopta y consecuencias jurídicas de la simulación en derecho privado, sus más relevantes clasificaciones o tipos, así como las diversas escuelas que han desarrollado los efectos de este fenómeno negocial. Luego, se ha recurrido a la historia fidedigna del establecimiento de tal precepto, a fin de intentar esclarecer si se trata de un delito que constituye una genuina figura penal exclusivamente hispánica y que aparece, por primera vez, en el primer Código Penal de 1848. Enseguida, se propone un determinado concepto de documento diferenciado de contrato, y que permite explicar el grupo de casos por el cual un agente, que simula uno, puede perjudicar a *otro*, concepto diferenciado del de un *tercero*. En este punto surge la necesidad de distinguir falsedad de simulación, y en particular, abundar acerca del efecto de la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particular en documento privado operada en el Código Penal de 1995, e intentar responder si esta no vació de contenido a este delito, en particular. Una vez se ha definido el tipo objetivo de delito, se establecen sus relaciones concursales con la falsedad, la apropiación indebida, el alzamiento de bienes, y principalmente, con la administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP.

Abstract

The present work analyzes the crime of granting a simulated contract to the detriment of another, foreseen and sanctioned in art. 251.3 CP. Because of the dispersion of doctrinal tendencies and up to a certain judicial point in force up to the present, the concept of simulated contract is investigated, assuming that its content and meaning must be taken from civil law, that is, as an extra criminal category. In this context, it explains the origin, forms that it adopts and legal consequences of the simulation in private law, its most relevant classifications or types, as well as the different schools that have developed the effects of this negotiation phenomenon. Then, it has been used the reliable history of the establishment of such a precept, in order to try to clarify if it is a crime that constitutes a genuine exclusively Hispanic criminal figure and that appears, for the first time, in the first Penal Code of 1848. Then, a certain concept of a differentiated contract document is proposed, which allows explaining the group of cases by which an agent, who simulates one, can harm another, a concept differentiated from that of a third party. At this point arises the need to distinguish falsehood of simulation, and in particular, to abound about the effect of the defacement of ideological falsehoods committed by private individual in the 1995 Criminal Code, and try to answer if it did not empty of content to this crime, in particular. Once the objective type of crime has been defined, its insolvency relations are established with falsehood, misappropriation, the raising of assets, and mainly, with the unfair administration of the alien patrimony of art. 252 CP.

Resum

El present treball analitza el delicte d'atorgament de contracte simulat en perjudici d'un altre, previst i sancionat en l'art. 251.3 CP. A causa de la dispersió de tendències doctrinàries i fins a cert punt judicials vigents fins a l'actualitat, s'indaga el concepte de contracte simulat, assumint que el seu contingut i significat s'hagi de prendre del dret civil, és a dir, com una categoria extra penal. En aquest context, s'explica l'origen, formes que adopta i conseqüències jurídiques de la simulació en dret privat, els seus més rellevants classificacions o tipus, així com les diverses escoles que han desenvolupat els efectes d'aquest fenomen negocial. Després, s'ha recorregut a la història fidedigna de l'establiment de tal precepte, per tal d'intentar aclarir si es tracta d'un delicte que constitueix una genuïna figura penal exclusivament hispànica i que apareix, per primera vegada, en el primer Codi penal de 1848. de seguida, es proposa un determinat concepte de document diferenciat de contracte, i que permet explicar el grup de casos pel qual un agent, que simula un, pot perjudicar a un altre, concepte diferenciat del d'un tercer. En aquest punt sorgeix la necessitat de distingir falsedat de simulació, i en particular, abundar sobre l'efecte de la destipificació de les falsedats ideològiques comeses per particular en document privat operada en el Codi penal de 1995, i intentar respondre si aquesta no va buidar de contingut a aquest delicte, en particular. Un cop s'ha definit el tipus objectiu de delicte, s'estableixen les seves relacions concursals amb la falsedat, l'apropiació indeguda, l'alçament de béns, i principalment, amb l'administració deslleial del patrimoni aliè de l'art. 252 CP.

Palabras claves: delito de simulación de contrato; estafa; falsedad; apropiación indebida; alzamiento de bienes y administración desleal del patrimonio ajeno.

Keywords: contract simulation crime; fraud; falsehood; misappropriation; rise of assets and unfair management of the assets of others.

Paraules claus: delicte de simulació de contracte; estafa; falsedat; apropiació indeguda; aixecament de béns i administració deslleial del patrimoni aliè.

INTRODUCCIÓN

§1. El presente trabajo analiza el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro previsto y sancionado en el art. 251.3 CP. Este ilícito penal, que se ubica en la Sección 1ª *De las estafas*, del Capítulo VI *De las defraudaciones*, sanciona con la pena de prisión de uno a cuatro años, al «[...] que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado». Para emprender este estudio, se ha estimado imprescindible comenzar con un análisis de la teoría civil de la simulación contractual. Por esa razón el Capítulo Primero se ha destinado —íntegra y exclusivamente— a la revisión de esa categoría civil desde la perspectiva jurídico-dogmática y jurisprudencial. Aquella decisión se ha adoptado contra el parecer de un importante sector de la doctrina penal que defiende una noción del injusto típico del art. 251.3 CP, *desvinculado* del concepto jurídico-civil de «contrato simulado», es decir, sin considerarlo como elemento normativo extrapenal del tipo¹.

La idea que subyace al estudio del concepto jurídico-civil de «contrato simulado», desarrollado por medio de la denominada *teoría de la simulación contractual* del Derecho civil, es extraer de aquella una posible contribución al esclarecimiento —como elemento jurídico extrapenal del tipo— de la estructura de este tipo penal. Por esta razón, en este Primer Capítulo se abordan los aspectos fundamentales de la teoría de la simulación contractual en Derecho civil, entre otros, sus orígenes, definición, clasificaciones y demás características que la diferencian de otras instituciones afines, para concluir así, con un concepto de contrato simulado.

¹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1993, p. 338-339.

En el Capítulo Segundo se estudia el origen histórico del delito de contrato simulado en la legislación española, desde el primer Código Penal de 1848 que lo recogió. En dicho apartado, suscita especial interés la discusión de la redacción del tipo penal en cuestión y las conclusiones que se derivan de esta. Lo anterior se lleva a cabo después de examinar los posibles antecedentes legislativos de esta figura en el Derecho penal romano, en las legislaciones de la Edad Media y en el *Code Penal* de Napoleón, que le pudieron haber servido de inspiración. A continuación, un recorrido por los Códigos penales españoles posteriores al de 1848, permite observar las modificaciones que este delito ha experimentado en el tiempo. Por último, se analizan las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de este delito, reflejando sus diferencias más significativas².

Para concluir, en el Capítulo Tercero se propone una reconstrucción dogmática del delito de contrato simulado sobre la base del concepto jurídico-civil y de una reinterpretación restrictiva del mismo. La tesis propuesta intenta superar la ambigüedad reinante y dotar de sentido la definición del tipo de injusto planteada sobre la base del correctivo propuesto³. De esta forma, una vez definido el injusto penal del delito, se redefinen los elementos del tipo de contrato simulado —tanto objetivos como subjetivos—; el *iter criminis*; el resultado típico; los problemas concursales, entre otros.

§2. El delito de contrato simulado es un ilícito penal que fue incorporado en el Código Penal de 1848 y que se ha mantenido hasta la actualidad con una redacción casi idéntica a su original. A pesar de los años que han transcurrido, su interpretación

² Vid. *infra* §§82 s. Luego se revisará si existe alguna afinidad del contrato simulado en alguna manifestación de la administración desleal del patrimonio, en general ausente en el análisis de la casuística de esta clase de ilícito. Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2001, 599 s.

³ CREUS, *Derecho penal. PE*, T. I, 1983, p. 501 s.; NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, 1960, p. 339-340; ÉL MISMO, *Manual de derecho penal. PE*, 1976, p. 242; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1946, p. 392 s.; LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, 1979, p. 131; NAVARRO, *Casos especiales de estafas y otras defraudaciones*, 2007, p. 108, lo califica de «[i]ngenioso desarrollo [...]».

dogmática no es unitaria ni siquiera en sus aspectos esenciales⁴. Lo anterior se debe a diversas razones que se pueden sintetizar como sigue: a) *ausencia de antecedentes y referencias* dado que, en primer lugar, este delito no existió en el Derecho Romano ni en el Derecho Medieval. En lo que respecta al *Code Penal* de Napoleón de 1811 —que constituye uno de los antecedentes próximos al Código Penal español de 1848— tampoco contemplaba una figura delictiva análoga que pueda ser considerada como su fuente⁵; y en lo que respecta al Derecho comparado, este ilícito tampoco se encuentra tipificado⁶ —salvo en algunos Códigos americanos— lo que se explica en razón de ser

⁴ La razón fundamental de lo enunciado ya se deja entrever cuando los autores lo califican como un ilícito complejo. Sobre esto vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. XVI, quien afirma que este ilícito «entraña muchos más problemas y dificultades que los que se suele advertir en una consideración [...]». En el mismo sentido MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios al Código Penal. PE*, (Córdoba Roda/García Arán, Dirs.), T. I, 2004, p. 809, manifiesta que este delito «constituye el tipo más anómalo y más complejo de las infracciones penales que integran el Capítulo VI regulador de las infracciones punibles»; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, T. II, 1977, p. 841, lo califica de un supuesto de «amplitud desmesurada» y de «vaga modalidad»; También, en el mismo sentido, SÁNCHEZ-TEJERINA, *Derecho Penal Español. PE*, T. II, 1950, p. 440.

⁵ Nos referimos al Código Penal francés de 1810 que dio un concepto de estafa, la desglosó en diversas figuras afines y que sirvió de modelo para muchas legislaciones el siglo XIX. En contraposición al Código Penal francés, el Código Penal alemán de 1871 y el italiano de 1889, abandonando el sistema casuista y limitativo de raigambre napoleónica, concibieron en términos amplios la defraudación y nunca incluyeron ésta peculiar figura. Cfr. ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, 1975 p. 57.

⁶ Si bien no hay otro tipo penal similar en Derecho comparado —en la legislación alemana ni en la italiana— no cabe duda que este ilícito surgió en el contexto de la técnica legislativa imperante en las Codificaciones del siglo XIX que se vincularon o inspiraron en el casuismo del *Code Penal* de Napoleón de 1810, específicamente a las figuras afines a la *l'escroquerie* (que significa estafa o timo). En contra de la existencia de una simulación de negocio jurídico penalmente relevante en el *Code Penal* napoleónico de 1810, vid. CHAVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code penal*, T. XII, 1887-1908, p. 354, quienes sostienen que «[e]ncontramos, primero que todo, una que establece aplicación de la ley 22 frimaire del año 8, que declara que la disimulación del verdadero precio en un contrato de compraventa, en fraude a los derechos del Fisco, solo da lugar a una acción civil». También, ROGRON, *Code Penal expliqué*, 1854, passim. En la actualidad, el Código Penal francés evolucionó y contempla el delito de *l'escroquerie* [Section Première, del Chapitre III, art. 313-1] utilizando una tipificación en términos amplios, absorbiendo otros supuestos que antes figuraban autónomos: «[l]'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge». Respecto de esta evolución que va desde el casuismo al modelo actual, vid. *Code Penal, Nouveau Code Penal, Ancien Code Penal*, 1994, p. 122 ; LARGUIER/LARGUIER, *Droit Penal spécial*, 1989, p. 90-100 ; GATTEGNO, *Droit Penal spécial*, 1997, p. 218 s., especialmente §429; VERON, *Droit Penal spécial*, 1999, p. 212 s. En Derecho alemán, el tipo penal aparentemente más relacionado con la figura objeto de este estudio —en la medida en que se interprete como una forma de alzamiento de bienes en perjuicio de terceros-acreedores— a propósito de los hechos punibles de quiebra, es el §283, apartado 4º StGB, que dispone la pena que indica a quién «simule derechos de otros o reconozca derechos imaginarios» (trad. libre del texto original: «[r]echte anderer vortauscht oder erdichtete Rechte anerkennt».)

herederos del Código Penal español; b) *dificultades propias de su ubicación sistemática*, ya que la circunstancia de hallarse junto al delito de estafa, ocasiona que algún sector de la doctrina condicione su estructura e interpretación a dicho tipo penal; c) *confusión de conceptos* que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sostener diversos conceptos de «contrato simulado» y de «simulación» referido en el art. 390.2 CP, a propósito de las *falsedades documentales*; y d) *la inclinación a vincular el delito de contrato simulado con el delito de alzamiento de bienes* del art. 271.1 CP.

§3. A pesar del escaso desarrollo dogmático⁷ y su infrautilización por parte de la jurisprudencia del delito de contrato simulado⁸, en los últimos años ha resurgido el interés de la punibilidad de la *simulación* en Derecho penal. Esto se debe principalmente a la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particular en documento privado operada en el Código Penal de 1995. En efecto, dicha modificación ha dado vigor a la discusión acerca de estos ámbitos de incriminación que se configuran junto a los deberes de veracidad penalmente relevantes de los particulares en las manifestaciones que realizan en documentos privados.

§4. Ante este nuevo escenario, la presente investigación pretende responder —entre otras— los siguientes interrogantes ¿en qué se diferencia el delito de contrato simulado de las falsedades ideológicas de particulares en documentos públicos, privados o mercantiles destipificadas en el Código Penal actual?, ¿cuál es la estructura de este ilícito penal? y, finalmente, ¿cuál es el fundamento de su incriminación? Por ello, se abordan problemas sobre los cuales aún existe gran divergencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: a) la definición de la víctima del delito de contrato simulado; b) la definición del agente; c) las diferencias estructurales entre el concepto de «contrato simulado», propio del delito estudiado y el de «documento simulado», propio de las

⁷ Destaca la monografía del Profesor Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992.

⁸ Da cuenta de esta infrautilización del tipo, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 1974, p. 58, quien atribuye este fenómeno a la indeterminación de las fronteras entre los ilícitos penales y civiles, que los califica de confusos.

falsificaciones ideológicas en documentos; y d) la estructura de la acción típica, sea la estafa u otra diversa⁹.

§5. Pese a que en la doctrina no existe acuerdo respecto de la estructura del delito de contrato simulado, la jurisprudencia española sí se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los rasgos y características esenciales de este delito. Según el parecer mayoritario de los Tribunales, los requisitos del delito de contrato simulado son: *en primer lugar*, la imitación o fingimiento de un contrato inauténtico, que se crea aparentemente al faltarle causa jurídica; *en segundo lugar*, la intención finalística dirigida a originar un perjuicio a tercera persona, distinta de las que hayan intervenido; y, *en tercer lugar*, la realización de un perjuicio concreto y conocido, no siendo suficiente un perjuicio abstracto¹⁰.

§6. En resumen, la disparidad de las opiniones de la doctrina que se han esbozado surgen principalmente por tres motivos: a) la ubicación sistemática del tipo bajo la Secc. 1.^a "De las estafas" y, al mismo tiempo, su estrecha vinculación con los delitos de falsedades; b) la dificultad para vincular los contratos simulados y los delitos de falsedades documentales con el delito de contrato simulado; y, c) la dificultad para diferenciar cómo se concreta el denominado perjuicio a «tercero» causado por el contrato simulado, análogo al caso del acreedor y deudor en el contexto de alzamiento de bienes del segundo en perjuicio del primero¹¹.

⁹ Vid. la STS de 04.06.1993 [R. 1993/4808] la que revela disparidad de opiniones al respecto [Ponente: Sr. Granados Pérez]: «es doctrina de esta Sala que el contrato simulado otorgado en perjuicio de tercero constituye una modalidad de delito de estafa denominada falsedad defraudatoria o estafa documental, resultando evidente su aproximación a la falsedad documental, en el que varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce, normalmente en una escritura pública o en un documento privado, por lo que se afirma que la figura delictiva que examinamos encierra en los elementos que la conforman un delito de falsedad documental, de ahí que se contemple, en tales casos, un supuesto de concurso de normas y no un concurso de delitos, que se resolverá, por aplicación del principio de consunción, a favor de la figura que contiene la totalidad de la ilicitud, frente a aquella que lo hace de manera parcial. El contrato simulado absorbe la falsedad.»

¹⁰ Vid. SsTS de 30.11.1963 [RJ 1963/4792] y de 16.06.1952 [RJ 1113].

¹¹ Vid. STS de 18.02.1992 [RJ 1992/1130], considerando tercero.

§7. En particular, el sector de la doctrina científica que sostiene que el delito de otorgamiento de contrato simulado debe entenderse como una *modalidad específica de la estafa* del art. 248 CP, exige la concurrencia de todos sus elementos en el orden tradicional y concatenado de: *engaño—error*¹²—*acto de disposición—perjuicio patrimonial*¹³. Esta postura ha sido sostenida principalmente por BAJO FERNÁNDEZ¹⁴, quien exige que el autor utilice un contrato simulado como medio idóneo de engaño, el cual determina que la víctima incurra en un error en un proceso de decisión económica, disponiendo perjudicialmente sobre su patrimonio¹⁵. Según este planteamiento, al igual que en la estafa, el delito de contrato simulado no se consume en el momento del perfeccionamiento del contrato simulado, sino en el momento en que se produce el perjuicio a un tercero como consecuencia del acto de disposición patrimonial por efecto o el influjo engañoso del mismo. Como se dijo anteriormente, tras esta interpretación subyace la idea de que el concepto de «contrato simulado» es similar a un «contrato falso», ya sea material o ideológicamente.

Otro sector de la doctrina sostiene que la figura del art. 251.3 CP recoge una conducta de engaño, semejante al de la estafa, pero que no posee la misma estructura que ésta, pues el tipo adelanta la barrera punitiva al momento de la simulación del contrato, es decir, recoge una tentativa de estafa expresa y especialmente tipificada, en la que sólo se exige que la simulación sea idónea para engañar¹⁶. A este parecer se

¹² Por todos, vid. GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADPCP*, Fasc. II, T. XXXVIII, 1985, p. 333 s.

¹³ PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 1988, p. 631 s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, PE*, 1993, p. 338 s.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. PE*, 1999, p. 418; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, T. II, 1977, p. 841 s.; BACIGALUPO ZAPATER, *Código Penal*, VV.AA. [ÉL MISMO, Coord.], 1997, p. 2790 s.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2000, p. 944 s.; CAMARGO HERNÁNDEZ, «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», *ADPCP*, T. XVII, 1964, p. 229 s.; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*, 1989, p. 521 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, 1991, p. 203-204; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, 1994, p. 516-517.

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, 1993, p. 338-339.

¹⁵ Para una síntesis de los elementos del delito de estafa y su estructura básica, vid. PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de seguros*, 2004, p. 44 s. En igual sentido, ANTÓN ONECA, «Estafa», 1975, *NEJ*, p. 57.

¹⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 108-109; VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. PE*, 1999, p. 463. Un caso análogo y paradigmático de adelantamiento punitivo de la incriminación de un acto preparatorio relacionado a la estafa lo encontramos en el fraude de seguros, en

adscriben, entre otros, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ DEVESA, quienes consideran que el legislador ha incurrido en el *vicio de la redundancia* al haber tipificado el contrato simulado, sin reparar que dicho supuesto típico ya se podría subsumir en una tentativa del delito de la estafa básica¹⁷.

Por otra parte, hay quienes no exigen que la víctima sea engañada por medio del contrato simulado —*ni siquiera que entre en contacto con el mismo*—, sino que éste se consuma con la sola simulación del contrato en los casos en que el negocio jurídico mendaz tenga la capacidad de producir, por sí mismo, un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. Dicho perjuicio típico se produciría solo con la celebración del contrato simulado, aunque éste sea desconocido por la víctima¹⁸. Como consecuencia de esta interpretación nace la necesidad de resolver la relación concursal entre el delito de contrato simulado y el de alzamiento de bienes del art. 257 CP, ya que éste último tendría la misma estructura que el primero y, en principio, serían aplicables a varios de los mismos supuestos típicos¹⁹.

Además de estas tres interpretaciones, hay autores que simplemente consideran que el contrato simulado es un *supuesto más próximo a la falsedad en documento privado que a la estafa*^{20, 21}.

los casos en que se sanciona por el solo hecho del denuncia de siniestro falso. Al respecto, vid. PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de seguros*, 2004, p. 30 s.

¹⁷ Vid. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 52.

¹⁸ VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, VV.AA., 2000, p. 1184-1185; VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1925*, en VV.AA., 1996, p. 1248; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, 1997, p. 224 s.; VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal Comentado*, 1996, p. 386; PACHECO, *El Código Penal*, 2000, p. 1265-1266; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. PE*, 2000, p. 391-392; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal*, 1990, p. 1408-1409; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1990, p. 292 s.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 146 s.

²⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal* (Rodríguez Mourullo, Coord.), 1997, p. 720.

²¹ GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho Penal Español* (Cobo del Rosal, Coord.), 2000, p. 448-449. De las diversas nociones del injusto típico, los autores han creado distintas designaciones del delito tales como *simulación de contrato*, *otorgamiento de contrato simulado*, *contrato simulado*, *defraudación mediante simulación*, *simulación defraudatoria de contrato*, *otorgamiento perjudicial de contrato*, *defraudación especial por otorgamiento de contratos simulados*, *estafa mediante el otorgamiento de un contrato simulado*, *contratación simulada*, *estafa por otorgamiento de contrato simulado*, *simulación de contrato*, *otorgación de contrato simulado*, *simulación punible*, *simulación fraudulenta*, *defraudación*

§8. Finalmente, cabe destacar a quienes sostienen que el delito de contrato simulado constituye una excepción al modelo de estafa²², poniendo de relieve que este delito podría *carecer de base institucional que fundamente su punición* tras la destipificación general de las mendacidades ideológicas en documento público, privado o mercantil por parte de los particulares^{23, 24}. Si el delito de contrato simulado es una forma más de punición de éstas últimas, resulta obligatorio preguntarse por qué el legislador mantuvo el delito de contrato simulado. Frente a esta interrogante esa corriente plantearía dos posibles respuestas: a) considerarlo tácitamente derogado, o b) considerarlo una excepción cualificada de la general destipificación²⁵.

mediante contrato y recibos fingidos. Al respecto, vid. NAVARRO, *Casos especiales de estafas y otras defraudaciones*, 2007, p. 100-101, con ulteriores referencias.

²² Lo anterior, a pesar del referido argumento sistemático que se funda en la circunstancia de que el delito de contrato simulado se encuentra ubicado en la misma Sección 1ª «De las estafas», del Capítulo VI «De las defraudaciones», del Código Penal.

en el que se sitúa la estafa en el Código Penal.

²³ SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», en *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 145.

²⁴ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, 1993, p. 338-339. Este autor hace suya la jurisprudencia casi unánime que considera que la ley penal se refiere a contrato simulado sin importar que este se contenga en un documento público o privado. Así, vid. las SsTS de 30.01.1985 y 19.02.1991.

²⁵ Vid. STS de 22.12.1998, [RJ 1998/9813], considerando sexto, en el cual expone que la destipificación general de las falsedades por particular al faltar a la verdad en la narración de los hechos posee excepciones como el caso del art. 251.3 CP.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LA SIMULACIÓN CONTRACTUAL EN DERECHO PRIVADO

I. LA DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACIÓN

1. La expresión de la voluntad en los negocios jurídicos: el fenómeno de la simulación

§9. Tras la noción jurídica de *sujeto de derecho*, subyace la idea de que cada uno de ellos expresa *una sola* voluntad al celebrar un acto jurídico determinado. Revelar que esa expresión de voluntad en cada caso particular es o no la fiel representación de su querer interno, constituye un juicio de adscripción en virtud del cual se le considerará, respectivamente, verdadera o falsa²⁶. En consecuencia, como cuestión previa, se impone la necesidad de adherir a una determinada noción de verdad y falsedad.

Así, en la mitología griega se simbolizaba la concepción de «verdad» a través de una figura femenina que alegóricamente representaba la *desnuda realidad*. Por ello, el verbo griego para designar la verdad era *alétheia* que significa desnudar, poner las cosas

²⁶ Vid. *infra*, §§25 s.

al descubierto, en suma, manifestarlas²⁷.

Ahora bien, en el plano de la expresión de la voluntad, el concepto de «verdad» posee una dimensión negativa que corresponde a la ausencia del error que una persona podría padecer. Esto ocurre en los casos en que el sujeto se representa falsamente la realidad lo que generalmente subsiste hasta que es corregido²⁸. En este contexto ideal, el falso concepto de la realidad presente en la persona se expresa y se mantiene de modo inseparable en las decisiones que adopta de manera consciente. En el plano material, por su lado, es posible distinguir errores voluntarios e involuntarios: a los primeros se los denomina comúnmente *mentiras*²⁹, y a los segundos *equivocaciones*.

En el *plano jurídico* el error voluntario o «mentira» adopta la forma de *falsedad*³⁰ y en los casos en que esta se expresa en un contrato, constituye el supuesto de la *simulación contractual*.

§10. Para el Derecho civil y particularmente, para el *Derecho de contratos*, la voluntad de obligarse se expresa a través de dos canales de comunicación: a) el consentimiento verbal; y b) el consentimiento escrito por medio de un documento. Cuando la finalidad de dicho consentimiento es la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, el documento que lo contiene se denomina *negocio jurídico*³¹,

²⁷ NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, 1977, p. 19 s., quien expone las necesarias distinciones entre la verdad absoluta, la verdad psicológica, la verdad moral, etc. También, sobre la concepción filosófica de verdad y falsedad, vid. RUSSELL, *Fundamentos de Filosofía*, 1936, p. 275 s.

²⁸ Cfr. NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, 1977, p. 24.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, «Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español», VV.AA. (F. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, 1995, p. 82 s.

³⁰ Por encima de las diferencias, un sector de la doctrina considera que las diversas figuras de falsedad responden a la idea de simulación. Así, vid. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. PE*, 1999, p. 711-712, 1999; BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, p. 22.

³¹ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1985, *passim*. En el mismo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, «Blanqueo de capitales y negocios standard», *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, VV.AA. [Silva Sánchez, Dir.], p. 129, quien lo concibe de un modo más reducido, como «todas aquellas conductas por medio de las cuales un sujeto adquiere o recibe bienes». PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 85 s., sostiene que el «negocio jurídico» es un tipo de «hecho jurídico» de carácter voluntario al que la ley reconoce aptitud para modelar las consecuencias jurídicas queridas. Sin perjuicio de que la doctrina española se sirve normalmente del concepto de «negocio jurídico», lo cierto

todo lo cual constituye, una manifestación de la autonomía personal de las partes en la generación del consentimiento obligacional³². Si el contrato es suscrito por o en representación de dos o más personas, también se le denomina contrato o negocio jurídico³³.

La *expresión de voluntad* documentada en el negocio jurídico puede ser en todo o sólo en parte, verdadera o falsa. En este contexto, el documento no constituye la expresión de un pensamiento *previo a la manifestación*, sino que sólo es su representación en el medio social³⁴. Si esta expresión de voluntad no es verdadera, *no significa una ausencia* de la misma, sino sólo que no coincide con los derechos y obligaciones que las partes realmente desearon crear, modificar o extinguir, la que aparece *formalmente tergiversada, falseada o incongruente*, conforme sus diversos

es que los textos legales utilizan generalmente el concepto de «contrato». Lo anterior debido que el concepto de *negocio jurídico* surgió al margen de la *influencia francesa*, en la doctrina pandectista alemana. En efecto, éstos últimos mediante sus métodos de abstracción jurídica construyeron el concepto de negocio jurídico en tanto engloba todas las manifestaciones de voluntad que el ordenamiento jurídico reconoce y dota de relevancia. Dicha figura se recogió en el Código Civil alemán y se acogió en los países de influencia germánica. Así, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 19 s. y nota 9. Agrega que la figura de «negocio jurídico» es completamente extraña en Francia, Bélgica, Suiza y los países del *Common Law*.

³² Vid. PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 86, quien define la autonomía privada como el poder conferido por el ordenamiento jurídico a la persona para que gobierne sus intereses. Este autor agrega que dicho poder de autorregulación sólo se logra en la medida que el contenido normativo del negocio no se encuentre sustraído a la autonomía privada, como en los casos que la Ley los regula imperativamente. Dicha autonomía de voluntad—al menos en lo referente a las *formas* externas en que se manifiesta—era completamente regulada y rígida en el Derecho romano y la omisión de las formas preestablecidas o canales obligatorios configuraban un *pactum nudum*, sin efectos jurídicos. Al respecto, vid. ampliamente, GROSSI, *El Orden Jurídico Medieval* (prólogo de F. Tomás y Valiente), 1996, p. 214 s.

³³ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 2, citando a SAVIGNY, *System*, III, §87 y en SINTENIS, *Civilrecht*, §22; También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia*, 1990, *passim*. Otra cosa es lo que sucede en el ámbito religioso-sacramental, particularmente en el matrimonio, en el que la voluntad interna posee supremacía sobre las formalidades externas. Al respecto, vid. GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento matrimonial*, 1999, p. 89. También, BENITO GOLMAYO, *Instituciones del Derecho canónico*, 1885, p. 13 s.

³⁴ CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho* (trad. de García Posada), 1941, p. 363 quien ha definido estos extremos del siguiente modo: «La persona, en cuanto representa un hecho, se llama testigo; la cosa, en cuanto representa un hecho, se llama documento».

matices³⁵.

Adicionalmente, cabe agregar que lo declarado por las partes en el negocio jurídico no tiene una pretensión de validez universal o absoluta, ya que pueden existir errores de hecho, jurídicos o en las expresiones de las partes³⁶, sin que ello afecte necesariamente la validez y obligatoriedad del contrato.^{37, 38}

El *fenómeno simulatorio* consiste en una manifestación deliberada e intencional de los contratantes que tiene por objeto y finalidad expresar algo diferente a lo querido, disfrazándolo en todo o en parte, de otra cosa³⁹. En estos casos existe divergencia voluntaria o consciente, ya que el emisor manifiesta una voluntad que discrepa de su querer interno, como en las declaraciones por broma (*iocandi causa*)⁴⁰ y en la reserva mental⁴¹.

³⁵ PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 87, quien resalta la declaración de voluntad como el «vehículo imprescindible para dar a conocer o exteriorizar lo querido». Agrega que el negocio jurídico requiere, en este contexto, de voluntad y exteriorización. De este modo se logra diferenciar la voluntad de la exteriorización de lo querido y lo no querido, discrepancia que puede surgir en forma de simulación.

³⁶ La cuestión acerca del sentido que las partes que se obligan jurídicamente han querido darle a sus expresiones de voluntad es un asunto y un problema que surge al mismo tiempo de la declaración. Esto implica un juicio de valor que ha de ser resuelto por las mismas normas hermenéuticas que el ordenamiento jurídico ha establecido al efecto. Al respecto, vid. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico* (trad. de J. Santos Briz), 1959, p. 137.

³⁷ NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, 1977, p. 73.

³⁸ Por todos, vid. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, (trad. W. Rocés), 1926, p. 190 s. quien agrega que se trata de una *buena fe* en base a los *usos sociales*, principio que se contiene en el art. 1277 CC, como principio de interpretación de los negocios jurídicos.

³⁹ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, T. II, 1958, p. 268 s.

⁴⁰ Vid. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico* (trad. de J. Santos Briz), 1959, p. 141, sostiene que *falta la seriedad del querer*, en cuyo caso el acto es nulo por ser únicamente una apariencia externa carente de sustancia y la nulidad se mantiene aún cuando no aparezca claramente la falta de seriedad y ello haya llevado a la otra parte a creer en la veracidad del negocio. Agrega que la ilusión, negligencia o precipitación en la apreciación de los hechos de una de las partes no puede desprenderse la voluntad que el declarante no quería manifestar. Esto sucede en los casos de declaraciones hechas por broma, diversión o pasatiempo.

⁴¹ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 15-16. También, DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 1991, p. 287. Respecto al concepto de simulación, vid. ampliamente FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 41 s., que lo define como la antítesis de *veritas*, señalando que «[l]a simulación no es realidad, sino ficción de realidad. Desde el punto de vista subjetivo, simular significa «darse falsamente por».» También, ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, 1994, p. 249 s., para quien «[l]a simulación significa fingir una contradicción entre la voluntad interna y la voluntad declarada de la que nace un negocio

2. Síntesis del desarrollo histórico de la simulación

a. *El Derecho romano*

§11. Debido al formalismo imperante en el antiguo Derecho romano en cuanto a la formación del consentimiento en los pactos jurídicos, la simulación era una figura desconocida para el tráfico patrimonial de esta época. Así, la declaración externa, compuesta de las formalidades exigidas⁴² para cada acto en particular —como una venta o un arrendamiento— era lo único relevante en el uso negocial, de manera tal que el querer interno de los contratantes carecía de importancia.^{43, 44}

§12. Ahora bien, en el Derecho romano se utilizaron solemnidades *estereotipadas*, ya no para sus fines originales, sino para la celebración de otras figuras diferentes como especies de negocios jurídicos que hoy denominaríamos *negocios indirectos*, persiguiendo las partes una intención distinta a la primitiva. Este fenómeno no corresponde al concepto de simulación contractual predominante en la actualidad.

aparente.»; ÉL MISMO, *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, 1996, p. 19 s., señala que «[l]a simulación es sinónimo de ocultamiento, pero también de engaño. El fin perseguido no es la mera ocultación, sino la voluntad y acuerdo de engaño a los terceros con la apariencia creada.» DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho Civil*, 1999, p. 1306, quienes lo definen como «un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer». Agregan la clásica la definición de WINDSCHEID, «La declaración de una voluntad no verdadera, que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico.» En el mismo sentido, vid. BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, T. V, Libro 4º, 1990, p. 422.

⁴² SUÁREZ MARTINEZ, *Simulación*, 1993, p.183, sostiene que «el desarrollo formalista del derecho no sólo debía descartar la posibilidad de tal figura, sino que él mismo, en la rigidez de sus fórmulas, llegó a constituir en grado eminente su consagración ya que bajo el empleo de ellas aparecían reglamentadas todas las diversas relaciones jurídicas».

⁴³ Vid. MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano*, 1942, p. 312-313; CORONEL JONES, *La simulación de los actos jurídicos*, 1989, p. 119-120, quien sostiene que debido al excesivo formalismo de los primeros tiempos, puede decirse, siguiendo a GLASSON, que la simulación es legal, puesto que la intención real de las partes no influye en el Derecho que no contiene reglas relativas a la simulación y se conforma con el cumplimiento de las formas establecidas para la realización de los actos, sin indagar en el querer interno.

⁴⁴ Vid. MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano*, 1942, p. 312-313, para quien no hay antecedentes que vinculen esta figura, en sus orígenes, con el Derecho penal romano.

Por ello «[l]os juristas, al dejar de utilizar la «Mancipatio» únicamente en supuestos de venta y aplicarla con otras finalidades, además de la de transferir la propiedad, como eran las de crear la «manus» o testar, disfrazaban bajo formas antiguas actos nuevos»⁴⁵.

§13. Probablemente la simulación contractual encuentra su origen en la concurrencia de la *mala fe* al momento de la celebración del negocio jurídico. En efecto, el primer texto que menciona el término «simulación» parece ser el de C. AQUILIO⁴⁶ quien no distinguía los conceptos de simulación y dolo, ya que consideraba al primero como elemento esencial del *dolus malus*^{47, 48}. De este modo no concibe la simulación como una discrepancia entre la voluntad y la declaración del negocio jurídico, sino que —guiado por un criterio objetivo y material del derecho y de la voluntad— sólo le interesaba averiguar mediante la comparación de los elementos integrantes de la relación jurídica en cuestión, si se había fingido alguno de sus elementos o presentado como reales cuando no lo eran, considerando en ese caso al negocio, nulo⁴⁹.

En esta época de C. AQUILIO, el vicio de la simulación se *constataba tras revelar la discrepancia entre la realidad y la apariencia, entre la sustancia y la ficción*. Por esta razón, los pasajes del *Digesto* que se refieren a esta figura no invocan la falta de voluntad como causa determinante de la nulidad. Según FERRARA, esto se debía a que «los juristas romanos prescindían de este análisis psicológico del negocio simulado»,

⁴⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 39-40, quien señala como ejemplo que probablemente la primera ley que trata del fenómeno de la simulación sea la «Lex Iulia de maritandis ordinibus», mediante la cual se estudió el «negotium simulatum» en los casos de fraude de la legislación augústea.

⁴⁶ Citado por CICERÓN a propósito del caballero de Siracusa. Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 39. Asimismo, FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 137 s., quién entrega como ejemplo de la regulación de la simulación por parte de los romanos, los siguientes pasajes del *Digesto*: «Contractus imaginari iuriss vinculum non optinent, cum facti simulator non intercedente veritatis, fragmento 4, D. 44,7. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei intelligitur, fragmento 55 D. 18,1».

⁴⁷ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 40.

⁴⁸ Vid. PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 871 s., quienes sostienen que, sin perjuicio que el dolo se parece a la simulación, difieren en esencia ya que el primero se dirige contra una de las partes, por la otra o un tercero; y la segunda, es un acuerdo de las partes para engañar a un tercero. Así, el dolo está destinado a obtener bajo engaño el consentimiento de la otra parte del contrato y mediante la simulación, ninguna de las partes resulta engañada. El dolo para los romanos así era entendido y al efecto, SERVIUS, lo definía como *Aliud Simulator, aliud agitar*.

⁴⁹ Vid. VAN WETTER, *Derecho romano*, T. II, 1889, p. 149.

deteniéndose solamente en una concepción material y objetiva del mismo. Para ellos el negocio simulado era nulo, simplemente porque no correspondía con la realidad. Esa es la razón por la cual en el Derecho romano se concibió la antítesis entre la *simulata gesta* y la *veritatis substantia*, puesto que la verdad debía prevalecer sobre la ficción, es decir, «el acto fingido no debía tener eficacia alguna»⁵⁰. En consecuencia, la intención de los contrayentes no tuvo mayor relevancia en dicha época y sólo con la llegada del Bajo Imperio, el elemento psicológico cobró relevancia en este ámbito⁵¹.

§14. Para CARCABA FERNÁNDEZ, la simulación como fenómeno en el que conscientemente las partes deciden hacer parecer algo que no es real, comienza a tener relevancia a partir de la *Lex Iulia de Maritandis ordinibus*⁵². En dicha ley, y sin contar en esa época con una Teoría General del fenómeno simulatorio, se trató el denominado *negotio simulatum* en los contratos en fraude de la legislación augústea⁵³.

La *simulatio* del *negotio* se empleaba muchas veces para ocultar otro negocio que las partes habían celebrado seriamente, lo que hoy calificaríamos como un caso de simulación relativa⁵⁴; el caso más frecuente era la venta simulada —bajo la expresión *«imaginaria venditio»*—, que normalmente encubría una donación.

⁵⁰ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.138. En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 334. También, SUÁREZ MARTÍNEZ, *Simulación*, 1993, p. 184.

⁵¹ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 41, la llegada del Bajo Imperio dará lugar a las máximas *«plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur»* y *«plus actum quam scriptum valet»*.

⁵² CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 40.

⁵³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 334, para quién «el *«Codex»* le dedica un título especial, con la rúbrica expresiva de *«plus valere quod agitur quam simulate concipitur»*»

⁵⁴ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.139, quien considera que «las Fuentes no tienen una expresión técnica para designar el negocio disfrazado con la apariencia de otro: se dice *quod actum, quod gestum est*, en oposición a *scriptura, verba*». En el mismo sentido, CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 40. También, SUÁREZ MARTÍNEZ, *Simulación*, 1993, p.184. En el mismo sentido MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 643.

Los juristas del Bajo Imperio partían de un punto de vista objetivo y sostenían⁵⁵ que había que prescindir de la apariencia de la convención fingida y que sólo se debía atender al acto realmente querido por las partes⁵⁶, es decir, la orientación era la búsqueda de la verdadera naturaleza de la operación^{57, 58}. En este sentido hay un giro de lo objetivo, formal y expresado en el contrato, a lo subjetivo, interno e intencional de las partes del negocio jurídico. Tanto en el *Digesto* como en el *Corpus Iuris Civile* se pueden encontrar diversos casos de simulación relativa⁵⁹ como, *v. gr.*, aquella que se

⁵⁵ A través de los siguientes principios: *In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospicitur. Non quod scriptum sed quod gestum est inspicitur. Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

⁵⁶ El cual, según lo señala FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.139, «si reunía todos los requisitos sustanciales exigidos para su validez, era eficaz: en otro caso, era nulo».

⁵⁷ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 42.

⁵⁸ Cabe mencionar que la acción de rescisión por lesión en el precio de la compraventa, de común utilidad o como *forma en los contratos simulados*, su origen histórico se remontaría al año 285 d.C. en un texto contenido en la *Compilación Justiniana*, que declara «humano que, cuando se ha vendido un fundo de mayor precio, restituyendo el precio al comprador pueda recuperarse la cosa, por medio de la autoridad judicial, a no ser que el comprador elija pagar lo que falta hasta el justo precio. No se entiende que la cosa ha sido vendida por menor precio si no ha sido pagada la mitad del verdadero precio»; Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, V. I, 1996, p. 409, quien siguiendo a MIRABELLI (citado en el texto) da cabida a la ineficacia de la compraventa de un fundo por haberse vendido a un precio inferior al justo, es decir, inferior a la mitad del valor de la cosa, cuestión que se basa en razones de equidad y que requiere para su aplicación de la intervención judicial, pudiendo sanarse por el comprador, mediante el pago del suplemento del precio al vendedor. Agrega que esta es una institución de un momento evolutivo tardío del *Derecho Romano*, influenciada probablemente por la Patrística y cuya aplicación se generaliza en el *Derecho Común*. La dificultad radica en explicar su fundamento y naturaleza. Para algunos autores la lesión es un *vicio del consentimiento*, en específico un error sobre el valor de la cosa vendida, para otros es un vicio objetivo independiente de un error o engaño, consistente en el desequilibrio entre las prestaciones que produce una excesiva onerosidad.

⁵⁹ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.140 s., enumera una serie de ejemplos de regulación de simulación relativa: 1° *Venditio donationis causa*, en la cual la falta del precio excluye la voluntad de contratar a título oneroso —*Cum in venditione quis praetium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere y si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio in sui substantia* — 36, D. 18 I; 2° *Lacatio donationis causa*, en la cual debe estimarse que tanto el arrendamiento como la venta hechos por un precio irrisorio son simulados —*Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar, inducit* — 46, D. 19, 2; 3° *Aestimatio donationis causa*, en la hipótesis de la donación entre cónyuges encubierta bajo la forma de una estimación exagerada de los bienes de la dote aportada por la mujer, con la consecuencia de la obligación del marido de restituir mayor valor al disolverse el matrimonio, por eso se establece la nulidad —*Si res aestimata post contractum matrimonium donationis causa approbetur, nulla est aestimatio*— 12. D. 23,2; 4° *Venditio transactionis causa*, en la cual se ha llevado a cabo una transacción, pero se finge que lo que se da con tal objeto se entrega a título de venta; mas no por ello el vendedor aparente podrá reclamar el precio de la venta fingida —*Cum ea quae transactionis causa dari aut retineri convenit, velut emptorem eumquem accipere placuerat obtinere praescribitur, his quae simulate geruntur pro infectis habitis frustra ficti praetii postulatur numeratio*— 21 C. 2,4. También, CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 120.

realiza con interposición de persona, porque la verdadera no quiere dar a conocer su identidad⁶⁰.

b. El Derecho intermedio

§15. Durante la época de los Glosadores, la legislación que regulaba la simulación tampoco logró un desarrollo significativo. Esto se refleja, *v. gr.*, en la Glosa de ACURSIO⁶¹ en la que el tratamiento de la simulación es escaso y fragmentario. En este periodo la incipiente teoría de la simulación se mantuvo conforme a los textos romanos que la habían concebido originariamente⁶².

Con posterioridad, en los siglos XIV y XV, se observa un mayor grado de desarrollo que se explica principalmente por la irrupción del fenómeno de la *usura*⁶³. Debido a que esta práctica estaba prohibida por la autoridad, las partes simulaban los contratos a fin de ocultar su verdadera intención, a saber, el pacto usurario de cobro de una tasa de interés superior a la permitida por la ley.

§16. De modo paralelo, se desató en esta época un gran interés e indagación en el fuero interno del individuo. De este influjo tendente a desentrañar los motivos de la persona surgió un puente entre los principios del orden moral y el ordenamiento jurídico, de modo que los primeros comenzaron a proyectarse en el segundo. En lo que aquí interesa, éste fenómeno se vio reflejado en la *bipartición de la simulación*, según qué sentido el sujeto contratante le diera a la misma. Así, el comentarista de la época

⁶⁰ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 144.

⁶¹ Que, según FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.147, simplemente «resume toda la labor exegética de los glosadores precedentes». En el mismo sentido, SUÁREZ MARTÍNEZ, *Simulación*, 1993, p.186.

⁶² FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.148. De opinión diversa, SUÁREZ MARTÍNEZ, *Simulación*, 1993, p. 185, estima que «es propiamente hablando en el derecho intermedio, en donde los juristas encuentran el verdadero laboratorio de la doctrina de la simulación».

⁶³ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 334, para quien «la doctrina medieval calificó la materia de *utilitis et quotidiania* [BALDO] por estar en el centro de la lucha contra los procedimientos inventados para eludir las prohibiciones legales, en especial las persecutorias del préstamo usurario». En el mismo sentido, CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121.

ALBERICO explicó dicha bipartición distinguiendo la *simulación* de la *hipocresía* y calificando la primera como *buena* y la segunda como *mala*⁶⁴.

Sentó, además, el principio en virtud del cual la simulación no puede oponerse a los terceros de buena fe⁶⁵, que se conoce bajo la fórmula *nulli praeiudicat dolosa simulatio*⁶⁶.

De esta forma, en este periodo se precisó por primera vez el concepto de simulación y su estructura jurídica básica, fijándose las condiciones para el ejercicio de la acción de simulación⁶⁷. Hasta este punto de la historia, es posible enunciar que la dicotomía entre voluntad y declaración aparece en forma tardía e indirecta en el escenario de las cuestiones a resolver por la normativa civil, esto es, como un *descubrimiento colateral* al ejercicio de la actividad mercantil. A partir de esta época y en razón a la generalización del uso del dinero, la exposición en un mayor grado del patrimonio en el contexto de los negocios, el desuso de las solemnidades romanas y la llegada del consensualismo contractual privado, las nuevas formas contractuales comenzaron a constituirse como necesarios para la agilidad del incipiente comercio entre las nuevas naciones⁶⁸.

⁶⁴ Probablemente la simulación mala se concibió como aquella que transgredía la ley o que perjudicaba intereses protegidos jurídicamente.

⁶⁵ El cual, según cita FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 148, se preguntaba, desde una perspectiva teórica *«an simulatio sit peccatum?»*, y entiende que si lo es, puesto que la simulación *«proprie est mendacium in exteriorum factorum signis consistens»*. Asimismo, CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121, quién sostiene que fue ALBERICO el primero en señalar que la simulación no podía oponerse a los terceros de buena fe; *«Nulli praeiudicat dolosa simulatio»*. Agrega que en el *Corpus Juris Civile* se presentan ciertas soluciones a casos de simulación, pero sin una estructura dogmática. Posteriormente, en el Derecho pretoriano, donde se le otorga preponderancia a la voluntad, ya encontramos principios sobre la teoría de la simulación y reglas que permiten inferir que no era causal de nulidad y que mientras el acto aparente carecía de valor, el secreto tenía plena eficacia si cumplía los requisitos legales.

⁶⁶ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 148.

⁶⁷ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.149, quien señala que fue BALDO quién definió la simulación como *«simulatio est machinatio quaedam per quam aliud exterius ostenditur a partibus aliud vero intenditur intrinsicus»*. También, mediante el aforismo *sicut habeas sine spiritus, quia consensus est remotus*, la distingue de la falsedad. En el mismo sentido, CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 120; SUAREZ MARTINEZ, *Simulación*, 1993, p. 186.

⁶⁸ GROSSI, *El orden jurídico medieval*, 1996, p. 69-70.

c. *El Derecho comparado: Siglos XVII y XVIII*

§17. Uno de los primeros estudios sobre la simulación diferenció la simulación *desnuda* de la simulación *vestida*, que hoy conocemos como simulación absoluta y la simulación relativa, respectivamente. En otro estudio se distinguió el negocio *simulado* del negocio *disimulado* a través del concepto de *simulación relativa*^{69, 70}.

En ese contexto, destacan los autores franceses que afirman que el negocio simulado no existe sino en apariencia y que el acto oculto *es válido* cuando no envuelve un fraude contra la ley o contra terceros. De otro lado, vinculando la simulación con la sanción de nulidad a propósito de las personas incapaces de suceder, se plantea que la liberalidad hecha a tales personas es nula, aun cuando esté disfrazada bajo la forma de otro contrato o mediante persona interpuesta^{71, 72}, todo lo cual transcurre coetáneamente con el desarrollo de la distinción entre la simulación absoluta y la relativa⁷³.

§18. En el antiguo Derecho francés era usual en la simulación de negocios jurídicos realizar un acuerdo simulatorio o *«contre-lettres»*⁷⁴, y estaban regulados en la ley los determinados casos cuyo uso estaba prohibido. Con posterioridad, el art. 1321 del *Code Civil* de Napoleón, que dispuso: *«Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet*

⁶⁹ Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 158; CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121.

⁷⁰ Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 159, quién advierte que JUNCKER «considera también como simulación la declaración unilateral no verdadera y, con ello, confunde la simulación y el dolo. En efecto, distingue la simulación en *simples* y *duplex*, según que en el acuerdo fingido intervenga un solo contratante o intervengan los dos, cuando, en realidad, sólo en el segundo caso puede hablarse de simulación en sentido jurídico»; Así mismo refiere que METZGER define el contrato simulado como «*conventio in speciem factam ad fallendum alterum*», y la simulación como «*inexistens aliqua et vitiosa qualitas in contractu*». Finalmente, refiere que JUNGE, define la simulación como el «acto por el cual se hace cosa distinta de la que se muestra» y la distingue de la mentira y la falsedad.

⁷¹ SUÁREZ MARTÍNEZ, *Simulación*, 1993, p. 188.

⁷² Autores franceses como DUMAULIN, D' ARGENTRÉ Y POTHIER se mencionan en FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 163.

⁷³ La distinción entre simulación absoluta y simulación relativa posee una trascendencia innegable y fundamental en el análisis del delito de contrato simulado, ya que como se verá, la simulación absoluta en verdad encubre una exacción del patrimonio, sin contraprestación alguna.

⁷⁴ Vid. CLAVERÍA GONSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, Arts. 1261 a 1280 CC, 1993, p. 590.

*qu'entre les parties contractantes; elles non point d'effet contre les tiers*⁷⁵). Esta norma, que no definía expresamente el concepto de contraescritura, dejó abierta la posibilidad de interpretarla de dos modos diversos: a) aquellas declaraciones ocultas y destinadas a comprobar la simulación de un acto ostensible (las verdaderas *contre-lettres*); y b) las declaraciones adicionales por medio de las cuales las partes simplemente modifican o explican el acto ostensible.

El *Code Civil* de Napoleón no estableció un régimen general de la simulación, contándose sólo dos disposiciones sobre la materia: a) el art. 1396, relativo al matrimonio estableció que «[n]ingún cambio o contraescritura será por otra parte válida, sin la presencia o consentimiento simultáneo de todas las personas que fueron parte en el contrato de matrimonio»; y b) el art. 911 del mismo cuerpo legal, que declara nula la disposición a un incapaz, pese a que se disimule bajo una apariencia onerosa o utilizando persona interpuesta⁷⁶.

§19. Por su lado, en Derecho alemán, el fenómeno de la simulación se abordó de un modo más directo, completo y claro al prescribir en el art. 117 del Código Civil Alemán de 1900 que será nulo todo negocio jurídico simulado, esto es, cuando en el negocio jurídico se presta un consentimiento en apariencia, pero con una intención oculta. Igualmente se reguló en los arts. 828 y 829 del Código Civil sajón que disponían, respectivamente, que «[s]i las partes han tenido la intención de celebrar un contrato aparente tan solo sin haberlo querido, el contrato es nulo» y que «[s]i se celebra realmente un contrato, empleando la apariencia de otro, las reglas aplicables serán las correspondientes a la voluntad real de las partes». En estas disposiciones se logra atisbar en el contexto del Derecho continental, la intención legislativa de sistematizar un régimen sancionatorio para esta práctica, pues no sólo se distingue entre la simulación

⁷⁵ Trad. libre del autor: «Las contraescrituras no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes; no tienen efecto contra los terceros». Vid. PAILLAS, *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*, 1998, p. 11.

⁷⁶ CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121.

absoluta y relativa, sino que se presentan sanciones civiles diversas para cada una de ellas⁷⁷.

Durante la misma época, en Italia, diversos autores desarrollaron la teoría de la simulación. Especial mención merece el Cardenal MANTICA, quien principalmente se ocupó de la prueba de la simulación por medio de conjeturas, refiriendo las distintas clases de presunciones con base en las que aquélla se puede deducir⁷⁸. Por su lado, el Cardenal DE LUCA trató la *simulación de los feudos* aplicando correctamente los principios del fenómeno simulatorio⁷⁹. Sin embargo, este avance de la doctrina no fue acogido por la generalidad de los Códigos civiles de la época, los cuales no regularon de forma completa la simulación, limitándose a incorporar normas dispersas al respecto⁸⁰.

d. *El Derecho español*

§20. En España, el *Código de las Siete Partidas* es el primero que regula la simulación, aunque lo hace de un modo incompleto, como lo muestran algunas de sus disposiciones⁸¹:

«[o]trosi dezimos que todo pleyto o postura que sea fecha ante testigos o por carta o por engaño de usura que nono deve ser guardada. E esto seria como quando aquel que presta los dineros en verdad toma por ellos algún heredamiento en peños, e faze muestra de fuera que aquel que gelo da a peños que gelo vende fazendo ende fazen carta de vendida porque puede ganar los frutos y que no sean demandados por usura. E por ende dezimos

⁷⁷ Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 48.

⁷⁸ Autores como SCACCIA, CASAREGIS y el Cardenal MANTICA se mencionan en FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.164. En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 334. CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121. En igual forma, SUAREZ MARTINEZ, *Simulación*, 1993, p.186.

⁷⁹ Cfr. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p.164, quién agrega que «podemos afirmar con plena seguridad que, en la elaboración de la teoría de la simulación, el primer lugar corresponde a la *doctrina italiana*. Los prácticos alemanes se ajustaron a los principios alguna vez que otra, pero, en general, se mantienen rudos, incompletos y enredados en prejuicios tradicionales; los autores franceses permanecen extraños a este movimiento».

⁸⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 48.

⁸¹ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 42.

que tal engaño como este non deve valer, seyendo probado tal pleyto, que verdaderamente fuesse prestamo, e la carta de la vendida fuesse fecha por enfinta»⁸².

Esta norma asigna una connotación negativa a las *conductas de engaño* realizadas por medio de documentos o pleitos falsos, que en realidad encubrían operaciones tradicionalmente prohibidas como la *usura*. En leyes posteriores, se dejó de lado esta vertiente de la simulación y se incorporó al ordenamiento jurídico el caso de las donaciones hechas en fraude de la Hacienda Real⁸³ ya fueran absolutamente simuladas o bien disimuladas bajo la forma de otro contrato.

§21. Con la *petición 5* de las *Leyes de Cortes de Burgos* de 1.453, titulada «*De las donaciones que se hacen en fraude de pechar que no valan*», se amplió la regulación de la simulación. Lo novedoso de esta ley es que utilizó la expresión «encubierta» e hizo mención por primera vez —a propósito de las peticiones hechas de manera encubierta entre sí por los hijos del donante— lo que hoy se conoce como el *acuerdo simulatorio*. Posteriormente esta norma se incorporó a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como en las Ordenanzas de Reales de Castilla, Nueva Recopilación y Novísima Recopilación⁸⁴.

§22. En la época de la codificación del ordenamiento jurídico español⁸⁵, se comenzó a construir estructuralmente el concepto y el sistema de la simulación de

⁸² *Código de Las Siete Partidas*, en CÓDIGOS ESPAÑOLES, T. II, 3.^a, 4.^a y 5.^a Partida, v. 3, 1848, p. 716.

⁸³ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 42, quien agrega que se puede encontrar un ejemplo de lo que hemos señalado en las *Leyes de Estilo*, en particular la ley 212, que lleva por título «*Del que da todos sus bienes a su fijo por escusar los pechos, como se libra*» a lo que ESTA AUTORA postula que «[...] si alguno da todo cuanto tiene a su hijo clérigo, donación exenta en principio del pago de impuestos, habrá que entenderse de que lo hace maliciosamente para excusar el pago de los tributos debidos, motivo por el que se ordena su nulidad. Parece contemplarse aquí el supuesto de donación simulada absolutamente estimándose que no tiene sentido que alguien quedando prácticamente en la indigencia, done todos sus bienes a sus hijos, precisamente al que es clérigo, sobre todo cuando existen otros hijos».

⁸⁴ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 42-43, con ulteriores referencias.

⁸⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 43. En el mismo sentido, CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 121.

contrato, sobre la base de la noción de causa falsa⁸⁶. La idea de legislar en este sentido se debe a la influencia del *Code Civil* napoleónico, lo que se reflejó en la recepción del art. 1131 que dispone que «[l]`obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet»⁸⁷. En efecto, con base a dicha norma legal, los juristas españoles de la época redactaron los arts. 998 y 999 CC de 1851, en los siguientes términos: «La obligación fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto legal», pero «el contrato será válido, aunque la causa en el expresada sea falsa, con tal que se funde en otra verdadera»⁸⁸. De este modo se marcó una diferencia entre la obligación y el contrato, además de confirmarse la idea de la presunción de validez de los contratos.

En efecto, los contratos gozan de una *presunción de validez y veracidad*⁸⁹, que se ampara en la regla que dice que los contratos se presumen sinceros mientras no se pruebe y declare judicialmente⁹⁰, la simulación⁹¹. Dicha presunción de validez es una presunción *iuris tantum*, esto es, subsiste mientras no se pruebe la simulación del contrato y se declare por sentencia judicial ejecutoriada. Dicha formulación procede del art. 1277 CC en tanto dispone que «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». Conforme la jurisprudencia sobre la

⁸⁶ Vid. BONET CORREA/REINA OJEDA, *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, 1993, p. 1017-1018. Considerando la causa falsa como un caso de error, vid. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, 1979, p. 483-484.

⁸⁷ Trad. libre del autor: «La obligación sin causa o con una falsa causa o una causa ilícita, no puede producir ningún efecto.»

⁸⁸ En palabras de DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 334 «el proyecto de 1851 seguía (perfeccionándolo, según pretendía GARCÍA GOYENA) el modelo CC francés (art. 1321), para negar eficacia a las «contra-escrituras» respecto a los terceros. El CC, conforme al texto del proyecto de 1888 (art. 1236), reduce el significado del precepto del ámbito de la prueba, señalando el valor que como prueba tiene la escritura hecha para desvirtuar otra anterior (art. 1219); como después señala el de las escrituras de reconocimiento».

⁸⁹ La presunción tiene un doble alcance: a) Presunción de existencia y b) presunción de licitud. Al respecto, vid. DORAL/DEL ARCO, *El negocio jurídico*, 1982, p. 192. También, CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albadejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 580, para quien lo que el legislador parece decir en el precepto en cuestión es que cabe no manifestar la causa, es decir, que se permite a los contratantes que no la indiquen; si esto sucede, se presumen dos hechos: que la causa existe y que es lícita. Agrega que si esta norma nombra sólo al deudor, lo hace por inercia histórica (imitación del Proyecto isabelino).

⁹⁰ Cfr. DORAL/DEL ARCO, *El negocio jurídico*, 1982, p. 224. Se trata de la acción de simulación absoluta o relativa que confieren los arts. 1275 y 1276 CC, respectivamente. También, GETE-ALONSO Y CALERA, en PUIG I FERRIOL/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil, II*, 2000, p. 604.

⁹¹ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil, II*, p. 269, quien señala que la simulación requiere prueba, porque «el contrato se presume sincero mientras no se prueba que es disimulado».

materia, aún dada la falta de expresión de la causa en el contrato, dicha norma compele a que se lo presuma existente y lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario⁹².

En doctrina se distinguen los efectos de los contratos, entre las partes y frente a terceros. Entre las partes se define como un efecto positivo, en tanto cada parte lo puede hacer valer frente a la otra. Respecto de los terceros, se denomina efecto de «oponibilidad negativa» en base al principio *nemo alteri stipulari potest*. En este caso se diferencian los terceros absolutos respecto de quienes la ley no les concede la facultad de impugnar en juicio su validez o su ineficacia, en tanto que los terceros relativos o perjudicados, sí lo pueden hacer. En el caso de la simulación de contrato⁹³, la ley les concede a los terceros la acción de simulación no en tanto perjudicados sino copulativamente en cuanto el contrato *es simulado*.

Desde la perspectiva procesal, la validez del negocio jurídico se logra destruir recurriendo a las presunciones. Estas son medios de prueba *indirecta* que consisten en deducir de un *hecho base* un *hecho consecuencia*. El hecho base es demostrado con los otros medios de prueba. Por ello se concluye que la presunción es la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido⁹⁴. En doctrina, el hecho conocido sobre el cual descansa el hecho «desconocido» —en los casos en que exista la causa del negocio jurídico— es el contrato mismo. En el ámbito de la simulación de contrato, la presunción sólo tiene relevancia en juicio, ya que su vocación es servir de base para el

⁹² Cfr. STS 29.011983.

⁹³ Cfr. DORAL GARCÍA, *El contrato como fuente de obligaciones*, 1993, p. 82-83. Otros autores hablan definen el mismo efecto como inoponibilidad positiva, esto es, aquellos que despliegan una ineficacia funcional refleja respecto de los terceros afectados en base a legítimos intereses que poseen respecto de una o ambas partes contratantes. Así, vid. ZANNONI, *La ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 1986, p. 136-137.

⁹⁴ Si la presunción responde a una operación lógica o la deducción la hace la propia ley, las presunciones se llaman de *derecho* o *legales* —*praesumptiones iuris seu legis*—; por su lado, si las hace el juez, se denominan *judiciales* o de *hombre* (*praesumptiones hominis seu iudicis*). A su vez, las presunciones legales se subdividen en absolutas o *iure et de iure*, las cuales no admiten prueba en contrario y las presunciones simplemente legales o *iuris tantum*, que pueden ser destruidas por la prueba en contrario. Cfr. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Primero, v. II, 1971, p. 800 s. quien agrega que, para un sector de la doctrina, con especial referencia a PLANIOL y RIPERT (*Traité élémentaire*, T. II, ed. 1926, n° 53, p. 20), las presunciones *iuris tantum* son una simple *dispensa de prueba*, es decir, un desplazamiento del peso de la prueba, que hace la ley o una *dispensa de prueba* a favor de una parte, acompañada de una *denegación de prueba* con respecto a la otra. En el mismo sentido, vid. ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, 1993, p. 26; ESEVERRI MARTÍNEZ, *Presunciones legales y Derecho tributario*, 1995, p. 49 s.; MARÍN-BARNUEVO FABO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, 1996, p. 55 s.; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, 1995, p. 24 s.; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, 2004, p. 15 s. Por su lado, la presunción legal descansa sobre tres premisas: a) el hecho base; b) el hecho presunto; y, c) la inducción lógica que los enlaza. Con todo, el fundamento lógico de la presunción se asienta sobre el *principio de normalidad* en tanto existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos o, en el fenómeno de la causalidad, unas mismas causas producen siempre unos mismos fenómenos. Se trata de un mecanismo probatorio orientado a la fijación de los hechos, a obtener una certeza siquiera aproximativa, que constituye un instrumento de carácter formal orientado normalmente al órgano jurisdiccional para la demostración de los hechos que hayan de incidir en la resolución del mismo o una finalidad «aliviadora» (*Erleichterung*). Al efecto, por todos, vid. ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, 1993, p. 19 s., especialmente p. 24 s.

pronunciamiento judicial o sentencia⁹⁵. En el escenario judicial, la acreditación de la simulación contractual exige un pleito contradictorio en el que son emplazadas las partes del negocio jurídico. En ese litigio corresponderá destruir la presunción *juris tantum* del art. 1277 CC, en relación a las normas pertinentes de la LEC⁹⁶, recurriendo a la prueba de presunciones.

Sin embargo, con posterioridad, la doctrina española se separó de la francesa en materia de tratamiento de la simulación. Aquella optó por un concepto *más estricto* de la simulación, concibiéndola como la contradicción entre el convenio ostensible, público y autenticado y otro de carácter privado que lo *modifica o completa*^{97, 98, 99}.

⁹⁵ La finalidad de la acción de simulación es el reconocimiento judicial de la ficción del contrato. Por todos, vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 436.

⁹⁶ Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 375 s quien afirma sin vacilaciones la premisa aquí sostenida en cuanto que el contrato se estima *verdadero* y por esto, con fuerza material de producir sus efectos, mientras la simulación no se pruebe. Es más, agrega, debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros a demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es, y parte siempre del principio de normalidad. Siendo la simulación un fenómeno anómalo, incumbe pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación, en base al principio «in dubio benigna interpretatio adhibenda est, *ut magis negotium valeat quam pereat*».

⁹⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 335, señalando que «[s]in embargo, la jurisprudencia francesa ha venido dando un sentido más amplio a la figura de la simulación, al comprender dentro de ella al matrimonio y a la sociedad simulados, sin necesidad de «contre-lettres»». También, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 449, señalando que el Código Civil francés, en su art. 1321, dispone que «[l]es contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont point d'effet contre les tiers».

⁹⁸ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 43. quién que «hubiera resultado más sencillo seguir el modelo francés y basar la simulación en un precepto semejante al contenido en el art. 1321 del Código napoleónico, concibiéndola, consecuentemente, como la contradicción entre dos convenios»; CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 122.

⁹⁹ El influjo de la codificación decimonónica llevó a otras legislaciones que le siguieron, a reproducir fórmulas similares en sus respectivas legislaciones. Al respecto, vid. CORONEL JONES, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1989, p. 123-127, explica particularmente, de la legislación comparada, cabe mencionar los dispuesto en los siguientes CC: El *Código Civil portugués* se refiere a la simulación en los arts. 240^a, 243 y en el art. 2200. El *Código de las obligaciones Suizo* busca la real y común intención de las partes por sobre las expresiones erróneas o inexactas, declarando inoponible la simulación al tercero de buena fe, según se desprende del art. 16. La *Ley Civil Japonesa* declara nula la declaración disconforme a la voluntad, sólo en el evento que la otra parte conozca o pueda conocer la voluntad real, pero dicha nulidad no es oponible a terceros de buena fe. El *Código Civil austríaco* de 1911, obliga a la reparación a quien para perjudicar a otro cumple un acto simulado y si se aparenta una convención, ésta se rige por las normas relativas a la verdadera naturaleza del negocio (arts. 869 y 916). El *Código General de Bienes del Estado de Montenegro* al referirse a la simulación señala que debe apreciarse la intención real de las partes, incluso desestimando la declaración que hayan efectuado. La *Legislación Civil rusa* de 1923 dispone al respecto en su art. 34 que «[e]s nulo el acto jurídico que de acuerdo entre las partes, no ha sido pasado más que por forma y sin intención de producir consecuencias jurídicas.» Su art. 35 dispone que «[s]i un acto jurídico simulado es concluido con el fin de disimular otro acto, en este caso se hace aplicación de los principios que rigen el acto que han tenido realmente en

vista.» El moderno *Código Civil chino* de 1929, por su parte, declara nula la declaración ficticia de voluntad, pero inoponible frente a terceros de buena fe. Si se disimula otro acto, se aplican las disposiciones de este último, según se desprende del art. 87. El *Código polaco de las Obligaciones* sanciona con la nulidad la declaración hecha de común acuerdo, para crear una apariencia, pero si busca disimular otro acto habrá que atenerse a éste (art. 34). Por otro lado, establece que la simulación no puede lesionar derechos adquiridos por terceros de buena fe (art. 35). Legislaciones Americanas: *Código Civil de Brasil* (1917) establece en el art. 102 los casos en que estamos en presencia de simulación y hay simulación en los actos jurídicos que otorgan derechos a personas distintas a quienes realmente se les otorgan, o en los que contienen declaraciones no verdaderas y en los que el instrumento público es antedatado o post-datado. En los arts. 103 y 104 se declara la eficacia de la simulación que no persigue dañar a terceros o violar preceptos legales, puesto que, de pretenderse estos fines, los contratantes nada podrán alegar o requerir en juicio relativo a la simulación del acto. En el art. 105 se faculta a los terceros lesionados y a los representantes del poder público o del estado a demandar la simulación. Conforme la *legislación venezolana*, se regula en el art. 1281 y la ley faculta al acreedor para demandar la nulidad de los actos simulados ejecutados por el deudor, en un plazo de cinco años desde que tuvo noticia del acto simulado. A su vez, señala que la simulación no produce efectos contra terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda de simulación, pero si los terceros estaban de mala fe, quedan sujetos a la acción de simulación y a la de daños y perjuicios. Conforme la *legislación mexicana*, su art. 1684 dispone que «[l]os actos y contratos simulados por los contrayentes, con el fin de defraudar los derechos de un tercero, pueden rescindirse o anularse en todo tiempo, a petición de los perjudicados.» Conforme el *Código Civil chileno*, se regula la simulación en el art. 1707, tomando de base al legislador francés. En el *Derecho norteamericano* son los Tribunales los que han desarrollado la doctrina de la simulación. El *Código peruano* regula la simulación en los arts. 190 a 194 disponiendo en su art. 190 que «[p]or la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo»; y, en su art. 191, «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.» Por su lado, el art. 192 dispuso que «[l]a norma del art. 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona» y el art. 193 que «la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.» El art. 194 señala que «[l]a simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.» El *Código Civil argentino*, regula la simulación en los arts. 955 a 960. Así el art. 955 dispone que «[l]a simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por el se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.» El art. 956 clasifica la simulación en absoluta y relativa, según si se oculta o no otro acto, el art. 957 declara como no reprobada legalmente la simulación que no perjudica a nadie y que no tiene fines ilícitos, el art. 958, al tratar de la simulación relativa declara que no puede anularse el acto oculto que es serio y no viola la ley, ni ocasiona perjuicio a tercero, el art. 959 señala que las partes no pueden obtener beneficio alguno del acto simulado que viola la ley o perjudica a tercero y sólo tienen acción para dejar sin efecto el acto y el art. 960 dice que de existir un contradocumento, los jueces pueden conocer del acto simulado y del contradocumento siempre que en éste no se infrinja precepto legal alguno y no se perjudique a tercero. En materia de Proyectos de simulación señala que existen varios proyectos que han servido de inspiración a diversas legislaciones: «Esboco» de *Texeiras de Freitas* que sirvió de fuente al *Código Civil argentino* que se refiere a los casos en que hay simulación, a la diferencia entre la simulación relativa y absoluta y a los efectos de cada una. El *Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones*, que rigió como ley en el *Estado de Albania* que señala la validez del contrato oculto entre las partes siempre que reúna los requisitos legales y la ineficacia del aparente, salvo en los derechos de terceros y de los acreedores.

En síntesis, en el decurso histórico del fenómeno de la simulación, se comprueba que la consagración legal de esta figura se desarrolló en el Derecho continental europeo moderno, como una sanción civil con base en el principio de buena fe de los contratos. En ese contexto, se configuró un régimen atributivo de veracidad al acto disimulado, cuya carga recaía en los contratantes que simulaban. Respecto de los terceros, el valor del acto se limitó a la declaración contenida en éste, de modo que en los casos en que aquella no estaba de acuerdo con el ánimo de los manifestantes, la sanción de nulidad operaba como correctivo cuando el acto disimulado produjera un perjuicio patrimonial a quien había tomado el acto ostensible como verídico.

Por su lado, las legislaciones de cuño decimonónico consideraron que los casos de simulación relativa se debían resolver conforme a las normas del acto disimulado, aplicándose la sanción de nulidad sólo cuando existiera perjuicio. Así, si el acto simulado produjo este efecto frente a un patrimonio ajeno, el hecho social que significa la convención sería inoponible para el perjudicado y en tales circunstancias, la aplicación de las reglas del acto disimulado sería un efecto menor propio de la normativa civil.

II. LA TIPOLOGÍA DE LA SIMULACIÓN CONFORME LA DOCTRINA CIVILISTA

1. Cuestión previa: la causa de los contratos

§23. La causa de los contratos constituye el antecedente que motiva la voluntad de obligarse jurídicamente. Si la voluntad existe y es manifestada de un modo serio, el negocio jurídico se perfecciona con una finalidad concreta y querida por las partes que lo celebran. En consecuencia, conforme al ordenamiento jurídico español la causa de los contratos ha de *existir* y, además, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1276 CC¹⁰⁰

¹⁰⁰ CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 578, agrega que el art. 1276 CC tiene su antecedente en el art. 999 del Proyecto Isabelino que disponía: «[e]l contrato será válido, aunque la causa en el expresada sea falsa, con tal que se funden en otra verdadera.». Su antecedente inmediato es el art. 1131 el código

ésta sea *verdadera y lícita*. Por el contrario, la expresión de una causa falsa¹⁰¹ acarrea la sanción de nulidad del acto¹⁰².

El art. 1275 CC exige, por su lado, que la causa de los negocios jurídicos sea lícita, esto es, que no sea contraria a las leyes ni a la moral¹⁰³. Dicha norma legal equipara los efectos de la falta de causa a los de la ilicitud de la misma, declarando en ambos casos, la ineficacia del contrato.

El contenido de este vasto concepto de la ilicitud de la causa, el legislador lo ha dejado al desarrollo jurisprudencial y doctrinal¹⁰⁴. En particular, la moderna doctrina civilista ha señalado que constituyen y/o tienen causa ilícita las convenciones que

napoleónico en lo relativo a la *fausse cause* que estaba junto a la ilícita, *ne peut avoir aucun effet* de modo que el legislador francés de aquella época decidió unir en una sola norma la causa ilícita y la falsa causa. Dichos redactores galos destinaron el art. 1133 a explicar que es la ilicitud. Los distintos códigos civiles españoles, tales como el de 1851, 1882 y 1888, explicaron de igual modo la sanción de ilicitud, reservando otro art. para tratar especialmente la hipótesis de causa falsa.

¹⁰¹ Vid. ALMAGRO NOSETE, *Comentarios al Código Civil* (Sierra Gil de la Cuesta, Dir.), 2000, p. 609-610.

¹⁰² ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1088 a 1444, 1995, p. 1047. Así, vid. STS 11.11.1876 que estableció que «la causa en los contratos onerosos es para cada una de las partes la prestación o promesa de una cosa o un servicio hecha por la otra parte, debe ser verdadera y lícita, cuestión que se presume». En el mismo sentido, vid. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 593-594.

¹⁰³ Conforme BONET CORREA/REINA OJEDA, *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, 1993, p. 1016-1017. **Sobre la expresión de causa falsa** del art. 1276 CC, vid. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 578 s.; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 642 s.; DE CASTRO GARCÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ/GÓMEZ DE LA BÁRCENA/SANTOS BRIZ/ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO/HERNÁNDEZ GIL, *Código Civil*, 1996, p. 574-575; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 540 s.; **Sobre la Jurisprudencia del art. 1276 CC**, vid. BONET CORREA/REINA OJEDA, *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, 1993, p. 1017-1018; ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, 1998; MORENO GIL, *Código Civil y Jurisprudencia Concordada*, 1996, p. 1297 s.; ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, 1995, p. 1046 s.; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, v. I, 1979, p. 145 s.; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Código Civil. Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, 2000, p. 1688 s.; SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Comentarios del Código Civil*, T. VI, 2000, p. 609 s.; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 112.

¹⁰⁴ Cfr. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 341, señalan que una primera doctrina asumió el problema de la simulación como un *vicio de la voluntad*. Posteriormente, se ha situado a la simulación como un problema de *inexistencia de causa* (simulación absoluta) o bien, que ella sea *falsa* (simulación relativa).

poseen un objeto o contenido ilícito y, además, aquéllas que no siendo directamente antijurídicas, se consideran contrarias a la moral¹⁰⁵ o a las buenas costumbres¹⁰⁶. La amplitud del tema requiere revisar en cada caso particular las estipulaciones, el provecho de los contratantes y el móvil perseguido, con la finalidad de esclarecer las contradicciones con la moral¹⁰⁷, sobre la base de un concepto contemporáneo al juzgamiento de la misma.

§24. La falsedad de la causa es una variante de la simulación, que afecta a los sujetos del negocio —interposición ficticia de personas— o al objeto del mismo¹⁰⁸, que consiste en una divergencia intencional de la voluntad externa y la interna de las partes del negocio jurídico. A través de dicha maquinación, los contratantes persiguen disimuladamente una finalidad diversa a la causa típica del contrato.

La falsedad de la causa de los contratos tiene, a su vez, dos variantes: a) la *simulación absoluta* en los casos en que detrás de la apariencia no existe negocio alguno y b) la *simulación relativa* en aquellos que existe un negocio de distinta caracterización jurídica al ostensible.

En la primera clase de simulación, el acto aparente carece de contenido real porque oculta la voluntad de no celebrar acto alguno¹⁰⁹. En esta clase de simulación no existe voluntad de obligarse, ya que los contratantes quieren demostrar la realización de

¹⁰⁵ Sobre este concepto, vid. STS de 11.12.1986 [Ponente: Sr. Pérez Gimeno].

¹⁰⁶ Vid. STS de 08.03.1918. También, STS de 24.02.1986 [Ponente: Sr. Fernández Rodríguez], sobre diferencias entre causa ilícita y ausencia de causa. La ilicitud supone existencia de causa, pero viciada. La falta de causa supone total ausencia de ella.

¹⁰⁷ STS de 24.02.1986 [Ponente: Sr. Fernández Rodríguez].

¹⁰⁸ Cfr. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil, I. PG*, 1979 p. 754-755. También, ALMAGRO NOSETE, *Comentario del Código Civil* (Sierra Gil de la Cuesta, Dir.) T. 6, 2000, p. 609-610; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 113 s.

¹⁰⁹ Dicha falta la voluntad es virtual ya que sí hay voluntad entre las partes para simular. Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 79, quien sostiene que en la simulación absoluta *las partes realizan un acuerdo consistente en aparentar un contrato que en la realidad no existe*, acuerdo que, a juicio de PÉREZ y ALGUER, diferencia este instituto de la reserva mental y se distingue a su vez del error, por el carácter consiente de la discordancia entre voluntad y declaración. También, CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 596.

un acto determinado para ocultar la ausencia de vinculación jurídica personal, de tal modo que la apariencia formal del acto jurídico¹¹⁰ representa obligaciones ficticias.

Por otra parte, en la segunda especie, la apariencia oculta otro acto que es el realmente querido por las partes¹¹¹. En este supuesto, la obligación ostensible se presenta como una convención provista de los requisitos exigidos legalmente para su existencia formal pero su fondo, es decir, la causa del negocio no es verdadera, ya que le falta sinceridad frente a la real intención de los contratantes.

En ambos casos, las consecuencias jurídicas del ánimo simulatorio manifestado, son los eventuales perjuicios que este acto puede provocar en un patrimonio ajeno; así, la configuración de cada especie de simulación contractual es un indicio de la sanción a que se exponen las partes del contrato elusivo.

2. Concepto de simulación contractual

§25. El concepto de *simulación contractual* es de carácter jurídico y se compone de diversos elementos. La palabra «simular» significa en castellano «representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es». Dicho término proviene del latín *simulare*, que significa fingir o hacer aparecer lo que no es cierto. En este contexto, el concepto de simular que como se mencionó presenta dos especies, posee un solo tronco común: el *engaño*. Éste último podrá consistir en una mera ficción con la que se pretende burlar a

¹¹⁰ La noción de «acto jurídico» se sitúa en el intermedio entre un hecho jurídico y un contrato y, en sentido estricto, se da cuando en el supuesto de hecho de la norma que reconoce el efecto jurídico se tiene en cuenta un acto voluntario de la persona, v. gr., la renuncia de un derecho o el reconocimiento de un hijo. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 20.

¹¹¹ ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/ GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, 1995, p. 1048.

los terceros haciéndoles creer la existencia de algo que no existe¹¹², o bien, en un disfraz que oculta la realidad mostrando una cosa diferente de la que realmente es¹¹³.

Etimológicamente, simulación es «el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa apariencia de otra», de modo que, jurídicamente, es «simulado» aquel contrato que no reuniendo existencia legal, quienes figuran como contrayentes tienen el ánimo y la finalidad —*comúnmente fraudulenta*— de que tal contrato aparezca que realmente se ha celebrado¹¹⁴; por ello, *la simulación de un acto es una categoría diversa a la nulidad*, aunque la primera sea sancionada con la segunda, como aquellos negocios jurídicos celebrados en *fraude de la ley*¹¹⁵.

En general, se estima que la presencia de un contrato con ánimo de ocultar una real intención es indicio del engaño o ardid en contra de alguien. El mero engaño es una señal eficiente de lo oculto y sus eventuales consecuencias lesivas para terceros. Dicha divergencia¹¹⁶ entre voluntad real y voluntad declarada es la causa u origen inmediato

¹¹² FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 43. En el mismo sentido, vid. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. II, 1967, p. 642. También, PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 871 s.

¹¹³ ROSEMBUIJ, *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, 1996, p. 19, quien agrega que «la simulación es sinónimo de ocultamiento, pero también de engaño. El fin perseguido no es la mera ocultación, sino la voluntad y el acuerdo de engaño a los terceros con la apariencia creada»; SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», en *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 28; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, Común y Foral*, T. I., v. II, 1955, p. 540 s.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 441. Vid. SsTS de 29.10.56; 30.09.68; 23.05.80; 06.07.81; 06.02.82; 18.07.89; 23.09.89; 30.09.89; 16.05.90; 23.12.92; 29.07.93; 25.05.95; 08.02.96; 26.03.97; 30.09.97; 21.10.97; SsAP Ciudad Real de 22.07.98; y, A Coruña de 12.10.98. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 23. ROSEMBUIJ, *Simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, 1996, p. 27., quien agrega que todo lo que no sea un acto o negocio jurídico se encuentra fuera del ámbito de la simulación. Los hechos jurídicos nunca discurrirán por la vía de la simulación, sino eventualmente como formas de fraude de ley o del abuso de las formas. **Sobre la simulación en la teoría del contrato civil**, vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*. PG, T. I, 1986, p. 354 s.; PUIG I FERRIOL/GAETE-ALONSO Y CALERA/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato*, T. II, 2000, p. 602 s.; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 540 s.; También, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 441.

¹¹⁴ Sobre el concepto de simulación como desvirtuación, vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos, su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 93 s.

¹¹⁵ Así, STS de 25.06.1930.

¹¹⁶ «Discrepancia» para otros. Cfr. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. «Teoría General del Contrato»*, v. II, 1987, p. 108.

del fenómeno de la *simulación* en Derecho, consistente en una desvirtuación del contrato en forma voluntaria e intencionada, mediante un acuerdo *ad-hoc* sobre la calificación del contrato y, a veces, también de su naturaleza jurídica. Esa desvinculación acarrea, como consecuencia esencial, una desviación o degeneración respecto del régimen jurídico contractual aplicable, circunstancia sin la cual el acto se sometería a las reglas generales¹¹⁷.

Por eso el concepto de simulación se construye a partir del contraste entre el pacto escriturado y el conjunto de normas jurídicas aplicables a dicho tipo contractual específico¹¹⁸. Así, *v. gr.*, las partes simulan el arrendamiento de un inmueble, pero en realidad han convenido un comodato o préstamo de uso gratuito¹¹⁹. En este supuesto se debe distinguir la defraudación o elusión de la norma que regula dicho tipo contractual como presupuesto formal del acto simulado, del efecto patrimonial defraudatorio, cuyo examen y constatación normalmente se revela *ex-post facto*, de modo que la sola contravención legal no basta para explicar ni menos para fundamentar la existencia de un ánimo de producir perjuicio.

3. Dos acepciones de la simulación

§26. Existen al menos dos escuelas que han intentado explicar el fenómeno de la ausencia de concordancia entre lo pretendido y lo efectivamente manifestado por las partes en un negocio jurídico, es decir, sobre la simulación. Conforme la corriente denominada «voluntarista» — mayoritaria en España y predominante en la doctrina francesa¹²⁰— hay simulación cuando existe divergencia o discrepancia consciente y

¹¹⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos*, 1990, p. 93.

¹¹⁸ GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 754-755.

¹¹⁹ Vid. STS de 30.09.1989 que declaró que «[e]l concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer.»

¹²⁰ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 1959, p. 129 s. También, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 30.

querida entre la voluntad y la declaración de las partes. En estos casos, dicha corriente sostiene que ha de primar la voluntad de las partes por encima de lo declarado^{121, 122}. Subyace a esta doctrina la protección del interés del crédito como forma de reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de medio eficaz para promover el afianzamiento de las libertades públicas, de manera que la voluntad expresada tendrá un valor relativo frente a la voluntad real.

Por su parte, la tendencia denominada «declaracionista» entiende, con una vocación de protección de los intereses del tráfico, que la simulación consiste en la discrepancia entre la declaración y una contradecación, debiendo primar lo declarado¹²³. Para esta escuela, lo preponderante es la declaración por encima de la voluntad interna, ya que lo relevante para el mundo del Derecho son los elementos externos que pueden ser conocidos por los interesados en el acto y no los internos, que quedan como meras intenciones en el fuero interno de los declarantes. De este modo, un sujeto no puede sustraerse a los efectos de una manifestación no querida internamente, pues de lo contrario, se argumenta que peligraría la seguridad jurídica en relación al restringido acceso a la veracidad y certeza del contenido de los actos.

Como es de notar ambas teorías presentan problemas de difícil solución. Por una parte, la escuela «voluntarista» —que fija su atención en la voluntad de los contratantes— no es capaz de explicar la *validez* del negocio celebrado alegando reserva mental o error inexcusable; por la otra, la escuela «declaracionista» —que atiende primordialmente a la voluntad declarada— no logra justificar la *validez* de los contratos

¹²¹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 340. En el mismo sentido, vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, VV.AA. (ÉL MISMO, Coord.), 1998, p. 379-380. También, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil* (trad. por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijero), 1939, p. 184-185.

¹²² JOSSELAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica* (trad. por E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr.), 1946, p. 207.

¹²³ Con mayores referencias, vid. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 31-34. Representantes de la corriente «declaracionista» principalmente, vid. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 541 s.; CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, 1993, p. 589. Representante de la corriente «voluntarista», vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. «Teoría General del Contrato»*, v. II, 1987, p. 108. PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 88.

en los que la declaración del contratante, correctamente expresada, no se considera suficiente por haber sido contraído un negocio con error excusable¹²⁴.

§27. Frente a estas dos posiciones y a fin de resguardar los intereses de terceros afectados por los vicios del consentimiento señalados y otras situaciones anómalas —v. gr., la reserva mental— surgió la teoría de la responsabilidad. Esta última considera, además de la voluntad y la declaración de las partes, la conducta de los contratantes quienes deberán responder de los daños¹²⁵ que causen a personas ajenas al contrato si incurren en algún grado de culpa en el momento de la celebración del negocio jurídico¹²⁶. Esta escuela pretende *reducir el rigor* de la teoría de la voluntad y sostiene, en principio, que el negocio es válido por concurrir voluntad y declaración, pero que si se produce una discrepancia entre ambos elementos, debe indagarse si tal discrepancia es o no *imputable al autor*. En el caso de que ésta le sea imputable a título de dolo o culpa, los efectos no deseados del negocio no vincularán al obligado y surgirá la necesidad de indemnizar los perjuicios ocasionados al destinatario de la declaración¹²⁷,
128.

§28. La *teoría de la confianza*, por su lado, pretende moderar los efectos de la teoría de la declaración, sosteniendo que la declaración debe prevalecer sobre la voluntad en el entendido de que el Derecho debe buscar la certidumbre de las relaciones contractuales, aún por encima de la verdad real. Con todo, esto no significa que ante una discrepancia entre lo internamente querido y lo externamente señalado deba atenderse sin más a la declaración; en esos casos, según esta teoría, lo que procede es analizar el conocimiento o desconocimiento de la discrepancia por la otra parte y estimar nulo el

¹²⁴ Cfr. PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 88-89.

¹²⁵ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 1959, p. 129 s. La idea que subyace a este planteamiento es que los terceros no deben cargar con los efectos de la nulidad judicialmente declarada.

¹²⁶ Vid. PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 89.

¹²⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 114-116, señala que los terceros directamente dañados por la simulación en sus *intereses legítimos*, por ser tales, el daño se produce en sede extracontractual, siendo precisamente el contrato el acto jurídico ilícito que les ocasiona daño y les permite impugnarlo, debiendo demostrar el daño y el *nexo causal entre simulación y vulneración de intereses*. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 343.

¹²⁸ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 1959, p. 132.

negocio cuando no hay manifestación de voluntad del agente, por *faltar una expectativa digna de protección*.

En definitiva, quienes ven en la voluntad real el fundamento de la obligación deben permitir la impugnación del acto simulado cuando concurra un error que manifieste una discrepancia entre la declaración y el querer interno, como lo hacen la teoría de la voluntad y la de la responsabilidad. Para éstas, lo relevante es determinar qué es «*divergencia*». La doctrina sostiene que ésta existe cuando las partes del negocio han querido establecer únicamente la apariencia externa del negocio, excluyendo los efectos que le son propios¹²⁹.

§29. El Código Civil español adoptó la *teoría de la voluntad* al regular el fenómeno de la simulación. A dicha conclusión se llega a partir de los términos «intención», «consentimiento», «voluntad» y «convención». Estos indican que la sustancia del negocio es la voluntad real, exigiendo la convergencia de los elementos internos de la voluntad y los externos de la declaración. En su defecto, esto es, en los casos en que no exista tal convergencia, la ley impide el surgimiento del acto jurídico a la vida del Derecho^{130, 131}.

§30. La *jurisprudencia* se ha pronunciado en este sentido definiendo negocio simulado como *aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad, ya sea que esa realidad no exista, o que sea distinta de lo que se muestra al exterior*¹³². En particular,

¹²⁹ Así, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería financiera y Derecho penal», VV.AA., *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, p. 177.

¹³⁰ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 1959, p. 132-134.

¹³¹ En Italia, COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, (trad. por F. de J. Tena), 1938, p. 399-400, estima que es inaceptable la teoría de la declaración por desestimar completamente la voluntad real y sólo dar valor a la apariencia ya que el Derecho no protege la sola exteriorización y por ello estima acertada la teoría de la responsabilidad por atemperar las teorías extremas y no oponerse al ordenamiento. MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, (trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo), 1959-1965, p. 133-134, agrega que la manera de entender las discrepancias entre la voluntad interna y la declarada, y sus consecuencias, difiere sustancialmente según cuál sea el *sistema* que adopte la legislación.

¹³² Así, SAP Las Palmas de Gran Canaria de 19.03.98. También, STS 3112.1998, «[l]a simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.»

distingue la simulación del acuerdo simulatorio¹³³; ésta consiste en la exhibición de la voluntad de crear la *forma de simulación* y, al mismo tiempo, la conciencia *inter partes* sobre lo que se hace, así como de los efectos que se pretenden conseguir^{134, 135}.

4. Los contratos en perjuicio de tercero

§31. El *contrato en perjuicio de tercero* consiste en la celebración de un contrato que ocasiona un *daño* a un tercero, lesionando un derecho subjetivo de aquel¹³⁶. Por ello se dice que esta figura constituye una excepción al efecto relativo de los contratos^{137, 138}

¹³³ Vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, «Teoría General del Contrato»*, v. II, 1987, p. 109-110. También, CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dir.), T. XVII, 1993, p. 589.

¹³⁴ ROSEMBUJ, *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, 1996, p. 20. También, CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 26, para quien «la necesidad del pacto simulatorio ha sido negada por PUGLIESE, al pensar que en el supuesto de declaraciones unilaterales recepticias no se exige la existencia del entendimiento previo de los contratantes, y estimar que para poder hablar de simulación es suficiente el conocimiento por la otra parte del significado anormal de la declaración». También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos*, 1990, p. 102 s., quien señala que «[e]n la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ataca *nunca* el acuerdo de simular, sino el contrato simulado. Esto último constituye el argumento funcional de que, al menos en la práctica, el acuerdo simulatorio no tiene entidad propia respecto del contrato a que se refiere y afecta [la cursiva es añadida].» Este mismo AUTOR llama la atención de que «[e]l acuerdo simulatorio es esencial, pues permite distinguir la simulación de la doble reserva mental. Ésta, por ocurrir exclusivamente en el interior del sujeto, es intrascendente. Tal pacto forma parte integrante del contrato simulado. Por ello, destruye su realidad y lo convierte en aparente. Frente a ello, el pacto fiduciario, está fuera del contrato de fiducia y por esto él mismo es verdadero, no falso, como el simulado y, por ser verdad, no es dañino, como lo es éste, por ser falso». Vid. también, p. 117.

¹³⁵ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 448-450. En el mismo sentido vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, «Teoría General del Contrato»*, v. II, 1987, p. 118. Cabe tener presente lo dispuesto en el art. 1230 CC: «los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra terceros». Por su lado, si dicho *contradocumento* consta en escritura pública, se debe tener presente lo establecido art. 1219 CC: «[l]as escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero».

¹³⁶ Cfr. por todos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, 2000, p. 260 s.

¹³⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, 2000, p. 14, quien agrega que dicho vínculo obliga a los contratantes, pero no a los terceros. Los terceros de este modo, resultan extraños al negocio jurídico y todo el desarrollo de la teoría de los contratos se define en base al estudio de lo que sucede entre las partes en virtud del contrato. Conforme el art. 1257 CC, lo contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Esta regla es la concreción de la máxima romana «res inter alios aliis nec nocere prodesse potest». Trad. libre del autor: «Lo que ha sido entre unos, no daña ni beneficia a otros».

y que se construye a partir del daño ocasionado a un tercero debido a la celebración de un contrato, ya sea que ambas partes contraten con el propósito de dañar o sólo una de ellas persiga el fin lesivo¹³⁹, como los casos de a) «acuerdos de *boicot*», a través de los cuales las partes se obligan a no contratar con un tercero o b) los «acuerdos de violación de un *pacto de exclusiva*».

Esta clase de contrato exige que el daño sea consecuencia directa e inmediata del contrato y no basta que coloque a los terceros en una situación desfavorable. Por su lado, no hay contrato en daño de terceros cuando es aplicable la figura del *abuso del Derecho*. La anterior distinción se fundamenta sobre la base de que el contrato en daño de tercero viola un derecho subjetivo del que es titular el perjudicado, como en el siguiente caso:

A pacta con B una opción de compra sobre determinado bien, mediante la cual B puede ejercitarla y adquirir tal bien durante un plazo determinado. Mientras corre el plazo, A vende la cosa a C, quebrantando el pacto anterior, con lo que B comprueba cómo A incumple el contrato pactado y se ve perjudicado en su interés. B puede dirigirse contra A, por la existencia de incumplimiento contractual doloso o culposo, y C sería responsable extracontractualmente, si no actuó de buena fe.

Esta solución implica aceptar la posibilidad de proteger el contrato con *armadura aquiliana*¹⁴⁰. En cambio, en el caso de abuso del Derecho sólo se lesiona un interés jurídico carente de protección especial, lo que ocurre en el caso en que una de las partes de un convenio de concesión privada que no tiene plazo expreso de extinción, lo rescinde sin justa causa¹⁴¹.

¹³⁸ Sería erróneo considerar esta figura como una excepción al efecto relativo de los contratos ya que la doctrina ha expuesto que la acción del tercero perjudicado sería de carácter extracontractual, por lo que carece de una acción de cumplimiento que le permita ingresar al substrato del contrato. Así, vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, 2000, p. 264 s.

¹³⁹ Por todos, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. I, 1996, p. 446-447.

¹⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, 2000, p. 262 s., quien agrega que estos contratos serían impugnables por causa ilícita por la inmoralidad de la misma.

¹⁴¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. I, 1996, p. 446.

5. Requisitos del negocio simulado

§32. De acuerdo a lo señalado hasta este momento, se puede concluir que los requisitos del negocio simulado son: a) *una declaración deliberadamente disconforme con la voluntad* —que distingue la simulación del error obstáculo, ya que en la simulación la disconformidad es consciente mientras que en el error, es inconsciente—; b) *un acuerdo entre las partes* —que distingue la simulación de la reserva mental, puesto que en la simulación ambos contratantes acuerdan la disconformidad entre lo querido y lo declarado, mientras que en la reserva mental, dicha disconformidad permanece oculta sólo en la mente de uno de los contratantes—; y c) *una finalidad común de ocultar la verdadera voluntad a terceras personas* —aunque no se exige que ese fin sea ilícito o fraudulento—¹⁴².

La descripción de estos requisitos ofrece una mejor comprensión del fenómeno objeto de estudio. Se debe destacar especialmente el hecho de que el término *simulación* que hemos manejado hasta este instante, en ningún caso se puede interpretar como sinónimo de *fraude o dolo* en la conducta de los contratantes. En ese contexto, la explicación de la simulación será la que el acto significa para las partes, siendo éste el motivo o *causa* próxima que determina a estos para desplegar la operación simulatoria.

Establecer si este acto es doloso o defraudatorio para otro es una apreciación que excede el concepto formal, lo que debe ser resuelto aplicando los requisitos señalados *supra*. Esta valoración de los *efectos de la simulación*, es una vertiente que supone verificar otras condiciones anexas al fenómeno simulatorio y que se deben revisar a

¹⁴² FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, *passim*.; Sobre la teoría de la simulación en general, vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 333 s.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, VV.AA. (ÉL MISMO, Coord.), 1998, p. 379 s.; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 108 s., §65; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 439 s.; LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, 1984, p. 638 s. También, PLANIOL Y RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 871 s.; LARENZ, *Derecho Civil, PG*, (trad. de M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 500 s. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 541 s. También, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 340 agrega que no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar.

propósito de la sanción jurídica que proceda, que es cuando cobra relevancia la *intención* de una o ambas partes frente al perjudicado¹⁴³. Previa esta aseveración de realidades en juego, es posible seguir con la explicación de las formas en que se presenta usualmente la simulación en el tráfico jurídico.

6. Simulación absoluta y simulación relativa

§33. La simulación, en cuanto al fin específico por el cual ha sido desplegada por los contratantes, se puede clasificar en absoluta y relativa. La *simulación absoluta*, es aquella por medio de la cual se aparenta celebrar un negocio, con la intención de no ejecutar negocio alguno¹⁴⁴. Se pueden distinguir dos categorías de esta especie de simulación: a) aquella que simula un negocio mediante el cual disminuye el patrimonio, como en los casos en que un deudor se insolventa para impedir la persecución de la deuda en su patrimonio¹⁴⁵; y b) la que simula un negocio que ocasiona un aumento del pasivo del patrimonio de manera ficticia, lo que ocurre en los casos en que se fingen deudas para defraudar a los acreedores.

Por su parte, la *simulación relativa* es aquella por medio de la cual se aparenta celebrar un negocio, cuando en la realidad se ejecuta otro acto diverso, pero disimulado, que se oculta tras el ficticio. Existen tres categorías distintas de simulación relativa: a) *la simulación relativa a la naturaleza del contrato*, como en la donación disfrazada de venta¹⁴⁶; b) *la simulación relativa al contenido del contrato*, en el caso que el precio pactado es distinto al real; y c) *la simulación relativa a los sujetos del contrato*, también

¹⁴³ La sanción jurídica que corresponda al acto jurídico simulado, debe ser objeto de una adecuada valoración normativa y solo en esta esfera de análisis se podrá distinguir si el *engaño* simulatorio colma los requisitos para ser desvalorado y constitutivo de un *dolo* civil.

¹⁴⁴ En lo que aquí interesa, en los casos de simulación absoluta no hay ningún contrato subyacente al aparente.

¹⁴⁵ Esto discurre sobre la idea de *vaciamiento patrimonial* en perjuicio de los acreedores.

¹⁴⁶ Vid. DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de Inmuebles, Forma y Simulación*, Navarra, 2003, p. 25 *in fine*.

denominados de *interposición de persona* o negocio celebrado por medio de testaferro¹⁴⁷, con diversos fines, algunos lícitos y otros ilícitos¹⁴⁸.

§34. La simulación absoluta y la relativa difieren sustancialmente una de la otra. Siguiendo a SANTA MARÍA, la simulación absoluta consiste en una «configuración artificiosa de una apariencia contractual por voluntad de los interesados» que constituye un *caso particular de inexistencia* del contrato¹⁴⁹. Dicho concepto se deriva de la regla general *quod ab initium vitiosum est non potest tractu tempore conualescere*. Por su lado, la simulación relativa la explica diciendo que es tal cuando «bajo la falsa apariencia se hubiera disimulado otro contrato realmente querido y entonces puede este tener eficacia propia como contrato subyacente o disimulado»^{150, 151}. Esta especie de

¹⁴⁷ Cfr. PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 871 s. También exponen un caso de *excepción* a la simulación cuando en el primer acto se anuncia el modificativo, o el denominado «declaración de pedido», esto es, en los casos en que el adquirente se reserva la facultad de señalar, con posterioridad, en un plazo cierto, el nombre de la persona para la cual adquiere. No es un caso de simulación porque el acto no está destinado a permanecer en secreto.

¹⁴⁸ Esta figura debe diferenciarse del mandato no representativo, en el que simplemente se oculta a terceros el nombre del mandante por motivos de legítima conveniencia o por un interés digno de protección. Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 442-443. Para otra sub-clasificación de la simulación relativa, vid. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 591 s., quien señala que pueden concebirse «b.1) La simulación relacionada con el negocio realmente celebrado; b.2) Las condiciones especiales del negocio; y b.3) El uso de interposición de persona». También, DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho Civil*, 1999, p. 1307.

¹⁴⁹ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 79-80. También, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 541 s. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 442-443. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 591 s. Vid. SsTS de 12.07.1941, 03.03.1932 y 22.02.1940.

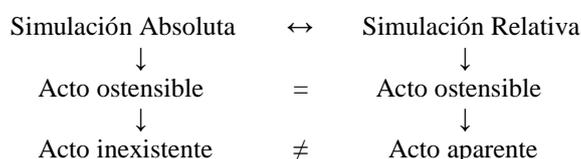
¹⁵⁰ GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 758. Vid. SsTS de 24.02.2002, 20.12.1963, 14.01.1966 y 08.03.1988, 09.05.1988 y 28.10.1988. En el mismo sentido, LARENZ, *Derecho Civil. PG*, (trad. de M. Izquierdo y M. Picabea), 1978, p. 500 s. y SsTS de 22.03.1963 y 22.12.1987. También, TORRALBA, *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, v. II, 1989, p. 526-527. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 754-755. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil, PG*, T. I, 1986, p. 335.

¹⁵¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 445-446, quien sostiene que la simulación relativa se configura cuando, además del aparente, se ha celebrado un contrato disimulado. El contrato disimulado deberá cumplir con los mismos requisitos de validez que exige la ley si se hubiese celebrado autónomamente. De ahí que subsista la discusión en torno a la compraventa simulada de cosa inmueble, otorgada en escritura pública, que se entiende válida como donación, sin que hubiese cumplido con los requisitos del art. 633 CC, esto es, se haya expresado en ella individualmente los bienes donados.

simulación responde al principio *quia plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*¹⁵².

La *simulación absoluta* se define por la ausencia de una voluntad o de una causa verdadera para obligarse, cuyos requisitos son inherentes a todo acto jurídico. En efecto, el art. 1261 CC establece los elementos esenciales de todo contrato: a) *consentimiento de los contratantes*, el que da origen al contrato conforme al art. 1254 CC, siempre que se produzca en los términos del art. 1262 CC¹⁵³; b) *objeto cierto*, sobre el que recae el consentimiento y que constituye la materia del contrato con arreglo a los arts. 1271 y 1273 CC; y c) *causa jurídica de la obligación*, de acuerdo a los arts. 1274 a 1277 CC. Una vez que se constata la concurrencia copulativa de estos tres elementos, el contrato adquiere existencia en Derecho¹⁵⁴.

§35. Por otra parte, la simulación absoluta difiere de la relativa en que, en la primera, si bien hay una declaración, no hay una voluntad de obligarse; en cambio, en la segunda, además de la declaración, existe una intención vinculante, aunque sea diversa a la expresada¹⁵⁵. De este modo, se plantea el siguiente esquema:



Como se observa, el modelo subyacente a cada forma de expresión de la simulación presenta igualdad en cuanto a la existencia de un acto ostensible frente a otros posibles interesados en los efectos del acto, distinto al contenido que se encuentra detrás de la

¹⁵² Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. Vid. STS de 03.03.1932, que, respecto de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la concurrencia de los elementos y el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley. También, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 643; STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, (trad. de J. Santos Briz), 1959, p. 135-136.

¹⁵³ El art. 1262 CC establece cómo se procede con la oferta y la aceptación.

¹⁵⁴ GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, p. 754 s., § 107. También, ampliamente, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), 2001, p. 1486 s.

¹⁵⁵ Así, vid. SsTS de 14.06.1966, 10.10.1961, 0112.1964 y 13.05.1965.

ficción contractual. La diferencia radica en que, al indagar en la finalidad que tienen las partes con el acto simulado, en los casos de simulación relativa se encuentra un acto real que se desea ocultar dando eficacia jurídica solo al acto ostensible, quedando el acto disimulado como un negocio sin efectos para las partes, esto con el ánimo de sólo beneficiarse de los resultados que el acto ostensible ofrece como *medio* para sostener la operación disimulada. En cambio, en los casos de simulación absoluta no existe un acto disimulado, no se ocultan efectos que perjudicarían a los declarantes¹⁵⁶, sino que se quiere dar una apariencia de realidad a la ficción creada por las partes. El acto en realidad no cuenta con los requisitos de existencia de todo acto jurídico, existiendo así, sólo uno con *contenido ficticio*. De otra forma, el acto ostensible es una virtualidad que ofrece beneficios a los contratantes, por lo que se convierte en *medio y fin* para sus expectativas.

7. Otras clasificaciones de la simulación contractual

§36. En razón de su finalidad, la doctrina ha señalado que la simulación puede ser: a) *lícita*, cuando las partes realizan el acto basándose en un interés lícito y sin propósito de fraude, como el caso de fingimiento de grandes ventas de manera de promocionar un producto; o b) *ilícita*, cuando el acto simulado busca defraudar a terceros u ocultar la violación de un precepto legal. Respecto de esta segunda clase, existen las siguientes subespecies: b.1) *la simulación de insolvencia*, que consiste en la compraventa que impide la ejecución judicial, en la constitución de gravámenes reales en garantía de deudas simuladamente reconocidas, en las ejecuciones judiciales de créditos simulados, etc.; b.2) *liberalidades encubiertas*, particularmente, las donaciones que esconden actos onerosos hechas con distintos objetivos, como el perjuicio a legitimarios¹⁵⁷, *turpem causa* o la elusión fiscal; b.3) *préstamos usurarios*, realizados para fingir o bien la naturaleza del préstamo o bien los elevados intereses; para estos

¹⁵⁶ Lo paradójico es que la simulación absoluta es explícita, es decir, su declaración sólo conduce de establecer que no subyace ningún acto jurídico. En este contexto, lo que se haya dado o pagado es «pura exacción» sin «contraprestación alguna».

¹⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio Jurídico*, 1985, p. 349 s. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 112.

fines ilegales se utilizan la compraventa con *pacto de retro*, la permuta en la que una de las cosas es sustancialmente de mayor valor a la otra, el contrato de sociedad entre prestamista y prestatario, en el que el primero aporta inicialmente la cantidad prestada y luego vende su parte al prestatario por una suma equivalente al préstamo más los intereses de usura, la fianza, la anticresis, la donación remuneratoria y la compensación desmedida al mandatario; b.4) *simulación de endoso bancario*, que consiste en una operación por medio de la cual el librador hace cesión o endoso de la letra a un tercero complaciente, con la finalidad de frustrar la excepción de falta de provisión de fondos que pueda deducir el librado; b.5) *la letra de favor*; b.6) *la simulación en las sociedades*, ya sea en el *affectio societatis* o en las aportaciones, en los casos en que se constituye la compañía sin existir una intención real de realizar un negocio en común y de repartirse las utilidades o los casos en que se adultera la aportación real por parte de los socios, respectivamente, y b.7) *simulación en los negocios fiduciarios*¹⁵⁸.

§37. De acuerdo con otra clasificación, la simulación puede producirse en tres grados diferentes: a) *simulación de la existencia*, que consiste en actos completamente ficticios, de modo que la simulación crea una completa apariencia que no cubre ningún acto real. Este es el caso de la enajenación simulada para sustraer bienes de una persona a la acción de sus acreedores; b) *simulación de la naturaleza*, cuyo negocio no destruye los efectos del acto ostensible, pero los modifica de tal modo que alcanza a su propia naturaleza. A este grupo pertenecen las compraventas simuladas que encubren una donación; y c) *simulación de las condiciones* que implica la modificación de una o más de sus condiciones, por lo que se la denomina simulación parcial.

8. La declaración judicial de simulación contractual

a. Generalidades

§38. Sólo una sentencia judicial puede declarar que un negocio jurídico es

¹⁵⁸ Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ /GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, 1995, p. 1049.

simulado¹⁵⁹. Antes de la dictación de dicha sentencia, el acto jurídico goza de una *presunción de validez* conforme al art. 1277 CC^{160, 161}. Se trata de una sentencia declarativa que debe dictarse en un juicio contradictorio, previo emplazamiento de todos los contratantes. La declaración de nulidad por simulación de contrato es una acción, en esencia, de carácter civil¹⁶². Dicha declaración judicial es requisito previo e insustituible para fundamentar otras acciones judiciales, como solicitar la indemnización de perjuicios o reivindicar la cosa¹⁶³.

Desde la *perspectiva procesal*, la acción civil declarativa de la simulación¹⁶⁴ tiene por finalidad hacer reconocer, a través de una sentencia judicial, la inexistencia de una relación jurídica —absoluta— o la existencia de otra diversa —relativa—. Una vez declarada la simulación, se pueden impetrar otras pretensiones jurídico-procesales, como la condena a la *restitución de bienes*, la *reivindicación de dichos bienes*, las *indemnizaciones* correspondientes, el *ejercicio de preferencias* que correspondan, la

¹⁵⁹ Cfr. MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, *passim*.

¹⁶⁰ El art. 1277 CC dispone que «[a]unque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario».

¹⁶¹ Ya hemos visto que la indicación de la voz «deudor» no es restrictiva de éste y ello tiene una mera razón de inercia histórica [la cursiva es añadida]. Al respecto vid. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 580.

¹⁶² Aún cuando la declaración de nulidad por simulación contractual también puede llevarse a efecto en otro orden de materias, *v. gr.*, en materia laboral, de extranjería, etc.

¹⁶³ Vid. STS de 27.11.1963 al señalar que «[l]as cuestiones referentes a la simulación contractual son netamente de naturaleza civil, y si bien en el caso de haber un tercer perjudicado por la simulación, podrá éste acudir a la vía penal para que la reparación del perjuicio sea consecuencia del condigno castigo de los culpables, al amparo de preceptos de orden punitivo, mientras ello no ocurra y se acredite la apertura del procedimiento criminal la jurisdicción civil es libre para actuar y, por tanto, la de los árbitros de equidad designados legalmente para, en sustitución de aquélla, resolver en conciencia la cuestión, siempre que no aparezcan graves motivos que aconsejen lo contrario»; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 542-543; También, vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 442, quien agrega que en la simulación absoluta, motivada por una causa ilícita, los contratantes pueden incurrir en responsabilidad civil o incluso penal, y en el caso de terceros de buena fe, que hayan realizado una adquisición a título oneroso, esta podrá ser oponible y respetada. En el mismo sentido vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 117.

¹⁶⁴ Que se rige conforme el procedimiento que se disponga dependiendo de la cuantía del juicio (art. 249.2 LEC, cuando la cuantía es indeterminada; verbal, cuando no exceda del monto que indica el art. 250.2 LEC, etc.).

acción de preterición, etc.^{165,166}.

b. *Prueba de la simulación*

§39. La acción de simulación se dirige a destruir la *presunción de validez de que gozan los contratos*. Esta última implica que se presume existir la causa expresada de los contratos mientras no se pruebe y declare judicialmente la simulación¹⁶⁷. Se trata de una presunción simplemente legal —no de derecho— y, por lo mismo, admite prueba en contrario¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, p. 10. A este respecto el art. 5211 LEC dispone que *no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas*. Acerca del método para proceder a enjuiciar el contrato, vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 121; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2001, p. 294.

¹⁶⁶ Otras características relevantes de la acción declarativa de simulación son: a) *universalidad*: en tanto se puede dirigir en contra de cualquier persona que amenace un derecho legítimo o tutelado mediante el mecanismo de la apariencia jurídica. Por esto se permite que un acreedor demande a otra persona diversa al obligado; b) *transmisibilidad*: por cuanto pueden ejercerla no solo los herederos sino también por actos inter vivos. Por esto se permite que el cesionario y el subrogado por pago puedan ejercerla, así como los acreedores con acción subrogatoria. Al respecto, vid. MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, p. 10 s.

¹⁶⁷ Vid. la STS de 3105.1963, que define la acción de simulación como aquella que tiene por objeto remover la falsa apariencia, incertidumbre y obstáculos que genera el contrato y sus dañosas consecuencias. En el Derecho canónico, GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento matrimonial*, 1999, p. 89, agrega que la simulación en el matrimonio estaba regulada en el canon 1086 (Código canónico de 1917), que establecía una presunción *iuris tantum* en relación a la igualdad entre la voluntad interna y la declarada que es el antecedente del art. 1277 CC. Hay que considerar que existen *presunciones de fraude*, como la que establece el art. 1297 CC, en tanto establece que «[s]e presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.» Al efecto, vid. con buenas referencias jurisprudenciales, ZURILLA CARIÑANA, *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), 2001, p. 1518-1519.

¹⁶⁸ De origen romano, las presunciones —*présuntiones*— en general, son deducciones en virtud de las cuales, constando un hecho, se considera existente también otro, que le acompaña de ordinario. Al respecto, vid. VAN WETTER, *Derecho romano* (trad. de L. de Michelena) T. I, 1889, p. 228-229. En el caso de los contratos, su existencia se prueba con el documento que la refleja o contiene. Este es el instrumento que goza de presunción de sinceridad. Por su lado, Las presunciones son, a su vez, pruebas indirectas: en lugar de comprobar el hecho discutido en el pleito se prueba otro, y de éste se deduce la existencia de aquél. Las presunciones son de hecho o de Derecho. Al respecto, vid. ALBALADEJO GARCÍA, *La Simulación*, 2005, p. 203; MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, p. 21-22, quienes exponen acerca de algunas de las presunciones apreciadas por los Tribunales españoles en sede de simulación: a) *causa simulandi*, o concurrencia de causa o motivo que lleva a las partes a dar la apariencia de negocio jurídico a uno que existe; b) *omnia bona*, entendiéndose como tal la venta o gravamen de todo el patrimonio del simulador o la parte más selectiva del mismo; c) *affectio*, entendida como la existencia de relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculativos entre simulador y cómplice; d) *subfortuna*, consistente en la falta de capacidad económica

§40. En general, probar en juicio la simulación de un contrato no es tarea sencilla dado que obliga al actor a destruir la presunción de validez del contrato¹⁶⁹. Además, en la mayoría de los casos el actor carece de prueba directa, lo que le obliga a recurrir a la *prueba indirecta* o de *indicios*¹⁷⁰ que permita al Tribunal establecer las necesarias *presunciones*¹⁷¹ y que se presentan menos exigentes que las primeras^{172, 173}.

En este contexto no deben confundirse las «presunciones» y los «indicios». DEVIS ECHANDÍA distingue adecuadamente ambos conceptos, definiendo el *indicio* como el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inferir otro hecho desconocido. Por su lado, la *presunción judicial o del hombre* es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados —que normalmente

del adquirente para atender las obligaciones asumidas en el contrato que se impugna por simulado; e) *premium confesus*, o precio no entregado de presente en contratos de compraventa simulados; manifestando los contratantes en la escritura pública que el precio se ha entregado y recibido con anterioridad al acto; f) *premium vilis*, o precio bajo de las fincas que se han transmitido; de especial interés en compraventas simuladas. En relación con esta cuestión, vid. STS de 30.09.1999, que puso de relieve que en cuanto al precio, «[...] rige el principio de autonomía de voluntad, por el que las partes pueden fijar libremente el precio de la compraventa, sin que estén sujetos a limitación alguna, y el precio que se fije puede ser inferior al valor de la cosa transmitida»; g) *tempus*, o tiempo y momento sospechoso del negocio que se realiza; g) *celeritas*, o urgencia de la formalización de las transmisiones; h) *notitia*, o conocimiento concomitante del simulador de la ficción del negocio jurídico, también denominado «*consilium fraudis*»; i) *retentio possessionis*, o inexistencia de conducta posesoria por parte del adquirente de la cosa transmitida y la correlativa continuación en la posesión por parte del transmitente. Respecto de la prueba de presunciones, vid. SsTS de 06.05.1950; 3103.1964; 2109.1998; 27.10.1998; 24.11.1998; 3112.1998 y 13.03.1999.

¹⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, *La Simulación*, 2005, p. 203-204, quien sostiene que para llegar a demostrar la simulación juegan un papel mucho más importante que las pruebas directas, «[...] ciertos indicios y presunciones que solos o combinados llevan a la convicción de que, a pesar de no poder ser probado por los clásicos medios de prueba, por virtud de esos indicios y presunciones hay razón para considerar simulado el negocio tachado».

¹⁷⁰ De los indicios surge un segundo nivel de análisis denominado *concurso de indicios*. Vid. PABÓN GÓMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, 1995, p. 293 s.

¹⁷¹ No deben confundirse las presunciones con las simples sospechas o *suspiciones*, y este asunto tiene que subordinarse a lo dispuesto en la norma general del art. 1253 CC

¹⁷² Vid. SsTS de 24.02.1993, 13.10.1987, 16.09.1988, 24.04.1991, 17.11.1983, 14.02.1985, 12.02.1988, 16.09.1988 y 31.01.1991.

¹⁷³ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, p. 579, sostiene que de la actual redacción se deduce un carácter más bien procesal de la norma en comento, debido a que el juez declarará la nulidad del contrato, salvo que se haya probado, en el proceso y conforme a derecho, que sí hubo otra causa lícita al momento de la contratación. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil. PG*, T. I, 1986, p. 335.

suministran los peritos— que sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de cualquier otra prueba. De este modo, el indicio es la prueba y la presunción judicial, la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es *prueba ni objeto de prueba*¹⁷⁴.

La *prueba de la simulación absoluta del contrato* se rige por las reglas generales de la prueba y se deberá orientar a acreditar la falta del o de los requisitos esenciales, carga que recae sobre aquél que la pide¹⁷⁵. Respecto de la *prueba de la simulación relativa*, ésta se dirige a acreditar la divergencia entre la voluntad real y la declarada, recayendo el peso de la prueba también sobre quien la afirma¹⁷⁶.

Al respecto, cabe destacar que en los casos de simulación absoluta lo que se intenta probar es la ausencia de voluntad de contratación, lo cual resulta ser, *a priori*, un hecho negativo. En realidad, para que sea declarada la simulación absoluta, lo que se debe probar es que las partes, aún cuando manifestaron externamente una determinada voluntad, esta no tenía por objeto desplegar efectos y/o consecuencias jurídicas propias del tipo contractual. Lo anterior, aún cuando subsistan los demás elementos del negocio, tales como el objeto e incluso la data consignada como fecha de celebración. Así, *v. gr.*, frente a un embargo inminente, A simula absolutamente vender su coche a B, y para ello concurren ante un notario frente al cual y mediante un instrumento con fecha real y cierta. El primero se obliga para con el segundo a entregar el vehículo —incluso declarando hacerlo en el mismo acto—, y el otro, a pagar el precio convenido. El tercero perjudicado por esta compraventa, más allá de comprobar en juicio que el negocio es absolutamente simulado y que se ha celebrado con el propósito de evitar embargos sobre el vehículo¹⁷⁷ intentará y en definitiva deberá acreditar por los medios legales que verdaderamente A *no* hizo ninguna entrega material del carro a B. Dicha acreditación la intentará hacer mediante la prueba del hecho positivo consistente en que aún lo continúa utilizando diariamente. Adicionalmente, intentará probar que B no pagó el precio convenido, acreditando que su saldo patrimonial no disminuyó en la fecha en que ocurrió la transacción¹⁷⁸.

§41. Como adelantamos, para un sector de la doctrina la dificultad de la prueba directa admite la posibilidad de recurrir a medios de prueba indirecta de

¹⁷⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. II, 2002, p. 598 s.

¹⁷⁵ ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/ GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, 1995, p. 1047 s. Vid. SsTS de 03.01.1978, 03.03.1932, 14.10.1959 y 06.10.1977.

¹⁷⁶ Así, vid. SsTS de 10.04.1964 y 23.11.1971.

¹⁷⁷ Vid. STS de 31.03.1966, que estableció que «[c]uando se alega la ilicitud de la causa de los contratos es preciso probarla, no bastando la simple afirmación de las partes».

¹⁷⁸ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. Este autor agrega que sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que un contrato, *v. gr.*, de compraventa, puede no incluir la época del cumplimiento efectivo de las obligaciones que asumen las partes, quedando de este modo como una declaración de obligaciones por cumplirse, la del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio.

hechos, concediendo al juez un *amplio margen de discrecionalidad*. En ese contexto, el Tribunal puede fundar su decisión conforme a las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, habiendo al respecto abundantes sentencias que así lo han resuelto. Así, la *simulatio nuda* puede probarse acudiendo a indicios y presunciones, hasta alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, pues en otro caso, y aunque pudiera haber alguna duda, habrá de prevalecer la voluntad externamente manifestada^{179, 180, 181}.

¹⁷⁹ Conforme STS de 10.07.1984. También, STS de 28.02.1991 que estableció que «[e]l calificativo de la simulación de un negocio es una cuestión de hecho reservada, a la libre apreciación de la Sala, así en las sentencias de 23 de enero y 2 de noviembre de 1989 se dijo: «La simulación contractual como cuestión de hecho ha de ser probada por quien la alega y, de no existir una prueba directa del acuerdo simulatorio su existencia sólo puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de su realidad», y en las Sentencias de 1 de julio, 16 y 19 de septiembre y 5 de noviembre de 1988: «Dadas las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1253 CC, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa.» Vid. SsTS de 16.03.1956, 26.04.1956, 30.10.1956, 05.02.1957, 19.12.1960, 20.10.1965, 18.11.1969, 14.02.1983, 13.06.1983, 24.04.1984, 15.07.1987, 13.10.1987, 16.09.1988, 02.11.1988. En el mismo sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, VV.AA. (ÉL MISMO, Coord.), 1998, p. 379-380; LACRUZ BERDEJO/ LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 120, quienes sostiene que «[l]a admisibilidad de la prueba de presunciones es una cuestión de hecho que corresponde determinar al juez de instancia, lo cual no obsta a que en juicio de casación se demuestre la improcedencia de la presunción, fundado en lo absurdo o ilógico del proceder judicial. Los fallos al respecto han señalado que, pese a la necesidad del recurso de las presunciones, dicha prueba sigue teniendo un carácter subsidiario. También, SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. sostiene que «[s]i bien es cierto la simulación es esencialmente un hecho, y por ello, no susceptible de recurrirse por la vía de la casación, esto no impide que el Tribunal Supremo aprecie «si de los citados hechos resulta la existencia o inexistencia de la simulación, que es un concepto jurídico, y aún para apreciar si la sala examinó o no cuantos elementos de juicio se requerían a fin de lograr la más perfecta realización de la justicia»».

¹⁸⁰ STS de 22.02.1991.

¹⁸¹ Cfr. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, p. 595. También, CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 136. Otras sentencias se refieren a esta forma de apreciar la prueba como aquella *indiciaria* que lleva al juzgador a la apreciación de su realidad. Así, vid. STS de 16.09.1988. Otros la denominan *prueba indirecta de presunciones*. Así, vid. STS de 02.11.1988. Finalmente, se ha sostenido que la apreciación es cuestión de hecho sometida a la *libre apreciación del juzgador de instancia*. Vid. SsTS de 06.04.1964, 30.06.1966, 18.10.1969 y 12.04.1975. Cabe señalar que el demandante no se encuentra en la obligación de alegar la causa o motivo que impulso a las partes a simular, si no sólo la simulación misma, aún cuando la prueba de esta abona la tesis de la acción judicial; GARCÍA DE MARINA, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, 1990, p. 69-70.

Más exigente se pronuncia al respecto SANTA MARÍA, para quien «la prueba de la simulación ha de ser tan plena como la gravedad de la decisión lo requiere [...] y no puede sustituirse por meras conjeturas». La opinión de este jurista se aparta de la doctrina y jurisprudencia dominantes, que frente a la dificultad de la prueba de la simulación no son tan exigentes y que permiten sea reemplazada —si bien no por simples conjeturas— por presunciones fundadas de su existencia¹⁸².

En Derecho francés la norma es algo diversa. Conforme su doctrina, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1341 Código Civil francés, cuando la cuantía del negocio simulado es superior a 500 francos, el acto secreto del cual resulta la simulación solamente puede acreditarse por prueba escrita. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera sea el monto del negocio, si la manifestación de voluntad ostensible se ha hecho constar por escrito, la secreta también debe hacerlo. Así, es necesario distinguir la simulación del dolo. La primera, es una convención, y el segundo, un puro hecho. Respecto del primero, es imprescindible la prueba documental y respecto del segundo, puede acreditarse por todos los medios. Conforme a lo anterior, el documento por antonomasia destinado a probar el convenio secreto y respecto del cual resultará la prueba «de la simulación del acto ostensible» se denomina *contradocumento*, y la parte que lo posea tendrá el poder probatorio. Respecto de la prueba de los terceros contra las partes, existe mayor libertad, esto es, puede usarse cualquier medio probatorio. La razón de lo anterior se debe a que, para los terceros, la simulación es un hecho ajeno, por lo que resultaría absurdo exigirles prueba por escrito. Cabe precisar que conforme al art. 1321 Código Civil francés, las partes no pueden probar la simulación contra un tercero, mediante los *contradocumentos*. En otras palabras «[i]nútil sería probar contra los terceros una convención que, siendo confesada y reconocida por ellos, queda desprovista de efectos para los mismos»¹⁸³.

c. *Diferencias entre la acción declarativa de simulación absoluta y relativa*

§42. Se ha discutido acerca de las normas que habilitan para enjuiciar al contrato y que permiten solicitar que sea declarado nulo por simulación. Un sector de la doctrina, siguiendo la del Tribunal Supremo, sostiene que no es correcto sentar las bases del sistema de la simulación contractual en los arts. 628, 755 y 1.459 CC, que sólo establecen lo suyo respecto del error, «en que se fundó el consentimiento». Agregan en este sentido que el error es un fenómeno de relevancia jurídica *diversa* a la simulación y que constituye un vicio de la voluntad o consentimiento, que importa una falsa representación de la realidad y que no se da en la simulación. En efecto, en la

¹⁸² SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s.

¹⁸³ Cfr. PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 876. También, JOSSERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica* (trad. por E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr.), 1946, p. 208-209, quien agrega que en el Derecho francés la simulación no es causal de nulidad, por lo cual su presencia no implica un vicio del acto jurídico, según se desprende del art. 1321 CC.

simulación no hay error de una de las partes, sino plena conciencia sobre el *acuerdo simulatorio* que es precisamente lo que sanciona el art. 1276 CC¹⁸⁴. Por ello, concluyen, el contrato absolutamente simulado debería ser declarado inexistente y no nulo, como se desprende del art. 1301 CC, que ha incorporado la *falsedad de la causa* a los supuestos que permiten el ejercicio de la acción de anulabilidad¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 102 s., quien señala que conforme el TS, no se ataca nunca el acuerdo de simular, sino el contrato simulado. Esto último constituye el argumento funcional de que, al menos en la práctica, el acuerdo simulatorio no tiene entidad propia respecto del contrato a que se refiere y afecta. También, vid. p. 117. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 116.

¹⁸⁵ El problema surge porque la simulación carece de un tratamiento autónomo dentro CC, siendo necesario recurrir a los arts. 1275 y 1276, y considerar, en definitiva, al negocio simulado como un negocio causalmente defectuoso y a la simulación como un vicio de la causa. Vid. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995 p. 341. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 580, quien sostiene que «la nulidad por causa falsa del art. 1276 CC es nulidad *stricto sensu*, radical o propiamente dicha, diversa de la anulabilidad del art. 1301 que se refiere a la «falsedad de la causa», no siendo pacífica esta conclusión por la cercanía de ambas expresiones jurídicas. Razones para considerar a la primera como de tal clase se relacionan con los siguientes argumentos: a) Que, refiriéndose este artículo a la simulación, esto es, inexistencia de consentimiento sobre el contrato celebrado, la ausencia de dicho consentimiento acarrea la nulidad radical; b) Que, esta era la sanción para la causa ilícita y para la causa falsa contemplada en el antiguo art. 1131 del *Code civil*, que en España se replegó en dos diversas normas; y c) Que, en el Derecho civil español, la sanción general es la nulidad por sobre la anulabilidad»; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 442, agrega que la simulación absoluta o *simulatio nuda* impone la obligación de declarar el contrato nulo radicalmente o inexistente por cuanto no produjo efecto alguno y por ende no liga a los contratantes a su cumplimiento; GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 754-755. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil, PG*, T. I, 1986, p. 354. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, «Teoría General del Contrato»*, Vol. II, 2.ª ed., 1987, p. 112, quienes sostiene que «[l]a tesis causalista se apoya en el art. 1276 para configurar la simulación como un supuesto de falsedad o falta de causa, derivando la distinción entre simulación absoluta y relativa. A juicio de los autores, dicha interpretación no se condice con la historia del precepto ni aún con la sistemática del Código, debido a que la expresión causa falsa empleada por el art. 1276 equivale al error en que se funda el consentimiento, sin el cual no se hubiese contratado y desde el punto de vista sistémico la noción de falsedad de la causa se utiliza en relación a la institución de heredero o nombramiento de legatario, entendiéndose referida a una motivación errónea, razón por la que no se justifica pensar que el Código emplea las mismas palabras en sentidos diversos. En opinión del autor, la simulación debe ser elaborada en base a los arts. 628, 755 y 1459, que son los que verdaderamente se refieren a ella y permiten ampliar el campo de la simulación a supuestos que no se refieren a la causa.» Una interesante visión conforme la teoría kelseniana ofrece PÉREZ TRIVIÑO, *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica*, en http://www.upf.es/dret/filos/curricu/jperez_archivos/aplicabilidad.pdf [visto por última vez el 7 de Febrero de 2006].

El Código Civil no regula sistemáticamente los efectos de la simulación. Por ello la jurisprudencia, a la luz de los arts. 1261 s. CC concluye que, en los casos de simulación absoluta por falta de los requisitos esenciales para que el negocio jurídico exista para el Derecho, la acción o excepción tendente a declarar la nulidad es imprescriptible¹⁸⁶.

Lo anterior no ocurre respecto de la simulación relativa, a la que sí afecta la prescripción extintiva de los arts. 1961 y 1964 CC. En efecto, para esta última clase de *simulación*, es aplicable el art. 1276 CC y en esta debe distinguirse el negocio simulado del disimulado. El primero de ellos es nulo por carecer de causa verdadera¹⁸⁷; en cambio, el disimulado será válido si es lícito y reúne los requisitos correspondientes en su naturaleza especial¹⁸⁸. En este sentido, al amparo del citado art. 1276 CC puede admitirse la validez de los negocios disimulados, siempre que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley^{189, 190}.

¹⁸⁶ Así, SsTS de 25.04.1924 y de 10.04.1938.

¹⁸⁷ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 645. Vid. STS de 29.09.1982 que declaró no debió declararse la nulidad de compraventa por existir una causa subyacente lícita y verdadera.

¹⁸⁸ Vid. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 1991, p. 288, 289 y 290. También, PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 875 s. para quienes, respecto del acto secreto, y de conformidad al art. 1321 CC, este podrá producir efectos si cumple, a su vez, con los requisitos de validez en relación a la naturaleza del mismo acto. Abundan señalando que si el acto secreto es susceptible de nulidad en el evento que se hubiese hecho público, ésta no se enerva por la simulación, de modo que esta no convalida lo que es nulo. En otras palabras «la simulación solo puede hacer una cosa: ocultar la verdad». Consecuente con lo anterior, si reconocida la simulación y ninguna causa de nulidad afecta al acto secreto, este último producirá todos sus efectos, conforme corresponden a su «verdadera naturaleza». También, ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ/GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/GUILLÓN BALLESTEROS/GARDEAZÁBAL DEL RÍO/CABANILLAS SÁNCHEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, 1995, p. 1049. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 647, citando STS de 2103.1956, que señala que «[e]stablecida la validez y eficacia del negocio disimulado, le resulta aplicable las normas de la prescripción extintiva que ponen término a una situación de incertidumbre».

¹⁸⁹ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 1967, p. 643-644. También, vid. SsTS de 03.03.1932, 22.02.1940, 14.10.1959, 06.10.1977 y 03.01.1978.

¹⁹⁰ En el caso de *interposición de persona*, la jurisprudencia ha declarado que el contrato es válido y es fuente de acciones para las tres partes. Vid. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1955, p. 542-543.

El modo de declarar la *simulación relativa* es la rescisión, dentro del plazo de cuatro años, ya que constituye el efecto propio del ejercicio de una acción que pretende la impugnación del contrato por ineficacia funcional y que se consagra en los arts. 1290 a 1299 CC. Esta noción, que se acostumbra a reservar para la acción por lesión, se distingue de la acción de nulidad, ya que ésta última se refiere a la existencia de vicios en la celebración del contrato, mientras que la primera se basa en un resultado injusto — como en el caso de fraude de acreedores— de un contrato celebrado en forma regular. Esta acción presenta caracteres de excepcionalidad y supletoriedad, operando ante la falta de otro remedio legal, según dispone el art. 1294¹⁹¹.

§43. La doctrina señala que las diferencias entre la acción de *inexistencia* del contrato, la de *nulidad* de éste y la de *rescisión* del mismo, conforme al reiterado y uniforme criterio del TS, son: a) la *inexistencia*, acarrea una declaración de que el negocio se celebró con ausencia completa de uno de sus requisitos esenciales¹⁹²; b) la *nulidad*, conlleva una declaración judicial de que si bien el negocio jurídico tiene todos los requisitos esenciales, uno de ellos adolece de un vicio que lo invalida¹⁹³; y c) la *rescisión*, implica que sin perjuicio de haberse celebrado válidamente el contrato, éste es susceptible de que sus efectos desaparezcan por alguna de las causas establecidas por la ley¹⁹⁴.

Para la legislación francesa y la mayoría de su doctrina, «la simulación no es una causa de nulidad». Esto puede observarse en el contenido del art. 1321 CC francés, el cual admite que una convención oculta que modifique una convención aparente, produce sus efectos entre las partes. Si el acto finalmente resulta nulo, no se deberá a que sea simulado,

¹⁹¹ Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. I, 1996, p. 507-509 y agrega que la acción de rescisión por lesión fue atacada siglos antes de la Codificación por juristas formados en el Derecho Natural racionalistas y economistas liberales, quienes la calificaron de injusta y desigual por favorecer únicamente al vendedor que vende barato.

¹⁹² En teoría, el negocio jurídico inexistente lo es de pleno derecho o *ipso jure*, esto es, no requiere declaración judicial previa. En la práctica, bien sabemos que esto no es así y necesaria una sentencia judicial y de este modo destruye la presunción de eficacia de la que goza dicho negocio conforme a la ley. Vid. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, p. 268 s.

¹⁹³ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 1959, p. 140 s.

¹⁹⁴ STS de 28.03.1963. También resultará imprescindible tal decisión jurisdiccional para deshacer y reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato inexistente, sobre todo cuando a raíz de este se hayan creado nuevas situaciones jurídicas de terceros, todo ello de conformidad a la interpretación extensiva que la jurisprudencia ha reconocido de los arts. 1303 y 1307 CC. Vid. STS de 29.10.56.

«sino a que existe una razón particular para anularlo»¹⁹⁵. De este modo, se identifican los casos excepcionales en que la simulación anula la operación: a) contradocumentos en la cesión de oficios, por tratarse de normas de orden público, todo lo cual así fue sucesivamente fallado desde la sentencias de la *Chambre de Requêtes* de 6 de Julio de 1841; b) contradocumentos en los contratos de matrimonio, caso en que de haber conocido las estipulaciones secretas de los contrayentes, los padres no hubieran consentido; c) falsas declaraciones hechas en el registro (del Tesoro), con el objeto de disminuir el monto de los derechos que tendrían que pagar. En el caso que a las dos convenciones que supongan la simulación, no se les podrá reconocer efectos a ambos, sino que se deberá escoger una de ellas, suprimiendo la otra. Así, entre las partes, el acto ostensible no tiene ningún valor, por lo que la convención secreta será plenamente eficaz, siempre y cuando pueda ser probada conforme las reglas legales.

d. *Los legitimados para ejercer la acción de simulación*

§44. Los *legitimados* para ejercer la *acción de simulación* son, en primer lugar, las partes que celebraron el negocio simulado y sus herederos^{196, 197}. Al respecto, la doctrina del TS se ha pronunciado señalando que se trata de una «[a]cción de simulación contra la que no puede oponerse [...] lo hecho por el propio actor» [...] ya que contravendría el principio *venire contra factum proprium*, por ser actos inexistentes o nulos^{198, 199}.

También, gozan de *legitimación activa* para solicitar la declaración de simulación todos aquellos terceros^{200, 201} que sean titulares de derechos subjetivos o de una

¹⁹⁵ PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 871 s.

¹⁹⁶ Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, (Coord.), BLASCO GASCÓ/CAPILLA RONCERO/LÓPEZ Y LÓPEZ/MONTÉS PENADÉS/ORDUÑA MORENO/ROCA I TRIAS, *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 1998, p. 379-380, sostiene que «[l]os legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato simulado son las partes que lo celebraron, pero solo respecto de este y no del contrato disimulado, salvo que este a su vez sea nulo. Razonar lo contrario, señala, implicaría ir contra sus propios actos; todo ello sin perjuicio de los terceros de buena fe que puedan verse afectados por la ineficacia del contrato simulado».

¹⁹⁷ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 342. Cita STS del 3106.1963.

¹⁹⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio Jurídico*, 1985, p. 358. Vid. SsTS de 22.02.1946 y 06.04.1954. En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 118 s., quien sostiene que «[c]on ello, no va contra acto propio, ya que para que la doctrina de éste entre en juego, es imprescindible que los dos actos que se contradigan sean ilícitos, no como aquí, en que ocurre que el primero, la simulación, es ilícito y el segundo, su impugnación, lícito»; DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, 1962, *passim*. También, MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, p. 16.

¹⁹⁹ Cabe referir la STS de 23.10.1992, que ha negado la legitimidad para que un contratante demande al otro simulador, pero simplemente negando la facultad a impugnar el contrato «disimulado» u «oculto».

²⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, *La Simulación*, 2005, p. 37, que distingue dos tipos de terceros: a) aquellos que les interesa que el negocio simulado valga como verdadero, porque el derecho que invocan lo habría generado el negocio simulado, si hubiese sido verdadero; y, b) otros respecto de los cuales

situación jurídica amenazada por el negocio simulado, es decir, que tengan un interés suficiente y digno de tutela jurídica²⁰². En términos procesales, la simulación constituye una acción a favor de aquel que tiene un *interés digno de protección*, ya sea que se vea amenazado o vulnerado en un derecho subjetivo o en una situación jurídica²⁰³. Dicho interés debe provenir de un estado jurídico de riesgo inminente del derecho o de la posición en el negocio concreto, que consiste en su objetiva incertidumbre²⁰⁴.

La acción de simulación *debe* dirigirse contra todas las partes del negocio jurídico simulado, siendo un caso de litis consorcio pasivo necesario, *pudiendo* también interponerse en contra de cualquiera que tenga interés en oponerse a la declaración de simulación²⁰⁵.

poseen interés que el negocio simulado aparezca que no vale, porque el derecho que invocan lo arrancaría de sus manos el tal negocio simulado si fuese válido, pero siendo nulo no afecta a dicho derecho.

²⁰¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 114-116, quien agrega que los terceros directamente dañados por la simulación en sus *intereses legítimos*. Al ser extraños al contrato, el daño se produce en sede extracontractual, siendo precisamente el contrato el acto jurídico ilícito que les ocasiona daño y les permite impugnarlo, debiendo demostrar el daño y el *nexo causal entre simulación y vulneración de intereses*.

²⁰² SsTS de 05.011966, 25.04.1981, 16.09.1991 y 03.02.1992. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 116. También, LARENZ, *Derecho Civil, PG*, (trad. de M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 501, quien a efectos del Derecho civil alemán señala una regla similar a la española. Así, a modo de protección de los terceros que pudieren sufrir perjuicio con ocasión del negocio simulado, se les reconoce la titularidad para ejercer la acción de simulación, por lo que de conformidad a los arts. 117, apartado 1, 892 y 932 CC alemán, un tercero que adquiere un bien determinado de un *titular simulado*, se ampara su posición jurídica en cuanto haya obrado de *buena fe*. Lo mismo sucederá en el caso que un tercero adquiere un crédito contraído por mera finalidad simulatoria. El Tribunal del Supremo *Reich*, ha decidido de modo análogo respecto de la cesión de una hipoteca constituida originariamente por mera simulación (cita RGZ 90, 273 (279)).

²⁰³ Cfr. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 759-760.

²⁰⁴ MÉNDEZ/VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 2001, p. 15.

²⁰⁵ CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 593 [las cursivas son añadidas] y agregan que «la acción de simulación también le corresponde a los que han celebrado el negocio jurídico y, en este sentido, no es correcta la aplicación del principio prohibitivo de *venire contra factum proprium*» sin perjuicio de que los efectos de dicha sentencia judicial no sean oponibles a terceros de buena fe que hayan adquirido una posición jurídica en virtud del negocio jurídico.» En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 114-116. También, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio Jurídico*, 1985, p. 358; DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, 1962, *passim*.

9. De los efectos de la declaración judicial de simulación

§45. Por regla general, los efectos de la declaración de la simulación del negocio jurídico no alcanzan a los *terceros*. La razón es que dichas personas no han concurrido con su voluntad a la celebración del contrato y por ende, vulneraría el efecto relativo de los negocios jurídicos contractuales al estimar que la declaración judicial de nulidad les afecte respecto de situaciones jurídicas realizadas de buena fe. Por ello, para evitar su perjuicio, y en virtud del *principio del efecto relativo de los contratos*, el autor de la simulación no puede alegarla en contra de ellos. Sin embargo, los terceros pueden atacar el contrato solicitando que sea declarada su inexistencia²⁰⁶.

En este contexto se produce un conflicto o colisión entre los acreedores del *dueño real* sobre los acreedores del *dueño simulado*. En palabras de CLAVERÍA GONSALVEZ, «[u]na solución propuesta resuelve este dilema prefiriendo a aquel que haya ejercido sus créditos antes de la declaración de simulación [...] y esto aparece como razonable, ya que quien tenía meras expectativas pasó a ser un adquirente de derechos. Así, los conflictos entre adquirentes y acreedores, se resuelven a favor de los primeros, salvo el caso especial de los legitimarios, ya que se considera merecedor de mayor tutela.²⁰⁷» Por otro lado, la solución parece obligada desde la perspectiva de los efectos de la declaración de nulidad del contrato que obliga a retrotraer a las partes, desde la perspectiva patrimonial, al estado en que se encontraban antes de dicha contratación. En todos aquellos casos que existan terceros adquirentes de buena fe, como ya se ha expuesto, no les afectarían dichas decisiones judiciales.

§46. En general, la discusión acerca de los resultados de la declaración judicial de la simulación se centra en averiguar la relevancia del contrato respecto al tercero que resulta perjudicado. Un sector de la doctrina se inclina por considerar que la convención celebrada es irrelevante para el tercero. Para ello se basan en la premisa del efecto relativo del contrato y en la separación del contrato respecto al ilícito dañoso que

²⁰⁶ Se trata de una facultad renunciabile de los terceros. Vid. CLAVERÍA GONSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), 1993, p. 596-597, señala que «[f]rente a terceros, estos pueden decidir, conforme a sus propios intereses, invocar el acto simulado o el real, ya que el ordenamiento jurídico protege al tercero que, actuando de buena fe y a título oneroso, adquirió derechos en base a la eficacia del negocio simulado. En general, esto se deduce de los principios de responsabilidad y confianza, así SsTS 27.10.51, 0112.59 y 14.02.63. A su vez, cabe resaltar que dicho principio de protección del tercero que reúna tales condiciones, puede ser inferido de diversos textos del Código Civil, tales como los arts., entre otros, 464, 1164, 1295, 1297, 1527, 1733, 1734, 1738, 1899 [...] y de la Ley Hipotecaria, en sus arts. 32, 34, 37 y 40». También, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 1955, p. 544; GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. PG*, 1979, p. 761.

²⁰⁷ CLAVERÍA GONSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 599-600.

provoca. Otro sector sostiene una opinión contraria, afirmando que la convención repercute de alguna forma en el tercero, dado que el ilícito dañoso y el contrato son elementos que en la realidad se muestran unidos indisolublemente en sus causas jurídicas. Por esta razón, si el daño se produjera con base en el concierto de los contratantes, existiría causa ilícita, y el tercero podría ejercer la correspondiente acción de nulidad²⁰⁸. Por el contrario, si el daño es consecuencia del obrar de una de las partes, no habrá ilicitud en la causa, sino que el tercero dispondrá de una acción de resarcimiento de perjuicios de acuerdo a las normas generales de responsabilidad²⁰⁹.

10. Diferencia de la acción de simulación con la acción pauliana

§47. Conforme a PLANIOL y RIPERT, la acción declaratoria de simulación se concede para demostrar que el acto no es «*sino un vano simulacro*», con el objeto de poner al descubierto el negocio verdadero que las partes han mantenido en secreto. De este modo la acción de simulación tiene por finalidad declarar que la enajenación es puramente aparente²¹⁰. Por su lado, la *acción pauliana o revocatoria* «se dirige contra una verdadera enajenación, que realmente ha despojado al deudor de su derecho, y que sería válida si este deudor no fuese insolvente»²¹¹. Conforme a lo anterior, lo que se obtiene a través de la acción *pauliana* es la revocación de una enajenación, de un acto real a favor del demandante, con un fin fraudulento para el acreedor; y, en cambio, a

²⁰⁸ Vid. SsTS de 08.02.1963, 02.04.1941 y 06.12.1947.

²⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. I, 1996, p. 447. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 343. LARENZ, *Derecho Civil. PG*, (trad. M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 501 s., quien se pronuncia sobre «el engaño de común acuerdo a un tercero, a fin de perjudicarlo» frente a lo cual dice, «entra en consideración una pretensión de resarcimiento de daños conforme al art. 826» (así, cita RGZ 95, 160, 163). Con todo, el Derecho alemán vigente no posee un sistema de protección general del tercero de buena fe frente a un perjuicio derivado de un negocio que dicho tercero considera como válido. Con todo, cita a FLUME (§20 2 c) quien «aboga en pro de una protección de gran alcance» a los terceros, opinando que «en la transmisión de un derecho con un fin de mera apariencia existe una autorización dada al adquirente simulado para disponer en nombre propio sobre el derecho aparentemente adquirido». Agrega que «[t]al autorización «no es, en cuanto declaración, un negocio simulado frente al tercero, sino una declaración con reserva mental», la cual es válida, dado que la reserva mental no es estimable». En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 123.

²¹⁰ PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 875 s.

²¹¹ *Ibidem*.

través de la acción de *simulación* se logra declarar que el bien realmente nunca ha sido enajenado y que aún pertenece a su deudor, se busca desestimar el valor del acto ostensible, por tratarse de un acto ficticio.

§48. En el ámbito procesal, la *acción de simulación* y la *acción pauliana* difieren básicamente en los siguientes aspectos: a) la acción de simulación no exige que los acreedores-demandantes prueben que la finalidad del negocio simulado fue defraudarlos; en cambio en la *acción pauliana* esa prueba constituye un requisito *sine qua non*; b) la acción de simulación pueden ejercerla los acreedores que se constituyen como tales incluso con posterioridad a la enajenación simulada, ya que su pretensión es que se declare que su deudor es dueño de un bien que nunca ha salido de su patrimonio; la *acción pauliana*, en cambio, es de carácter personal y siempre se dirige contra el tercero adquirente a título oneroso o a título gratuito, sin importar si se encontraba o no, de mala fe. En este sentido, la acción de simulación jamás puede tener efectos contra terceros de buena fe, ya que es el acto ostensible el único que se considerará real respecto a ellos, siempre y cuando hayan convenido «lealmente» con el propietario aparente²¹².

Por su parte, los sub-adquirentes de mala fe pueden sufrir a causa de la anulación del acto simulado. Así se ha resuelto y constatado por la reiterada jurisprudencia que deja subsistente la hipoteca constituida por el adquirente a favor de los terceros de buena fe, cuando la venta es anulada como efecto de la declaración de simulación²¹³.

III. DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO SIMULADO Y OTRAS FIGURAS AFINES

§49. Resulta necesario distinguir la simulación de contrato con otras figuras afines como: a) la *fiducia*; b) el *negocio jurídico indirecto*, c) el *negocio jurídico fraudulento*; y d) la *reserva mental*.

²¹² Vid. VAN WETTER, *Derecho romano*, T. II, 1889, p. 264-265.

²¹³ Vid. PLANIOL/RIPERT, *Derecho Civil*, 1996, p. 875-876.

1. El negocio simulado y la fiducia

§50. Aunque suelen confundirse, la *fiducia* no es un negocio simulado, dado que en ella está ausente la idea de fraude. El propósito fiduciario del contrato no se oculta, a diferencia de lo que ocurre en la simulación, sino que es público y notorio. La figura negocial que se celebra *se quiere realmente*, aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos de los que de ordinario comporta. Por ello, al haber una real voluntad de celebrar un verdadero negocio, a diferencia del simulado, el *fiduciario* no es nulo²¹⁴. Además, el negocio fiduciario exige para alcanzar aquel fin, que el transmitente o fiduciante *confíe* en el adquirente o fiduciario. Esta confianza se resume en la siguiente idea: el fiduciario obrará siempre de acuerdo a la finalidad que se ha convenido alcanzar con el negocio y nunca tendrá una conducta abusiva de la confianza en él depositada.

§51. El negocio fiduciario está integrado por a) dos contratos diversos, b) un fin económico propuesto y c) un medio jurídico para obtenerlo^{215, 216}. Se reconoce en todo caso que se trata de un negocio mixto que requiere la concurrencia de un vínculo real conjuntamente con otro meramente obligacional que restringe y desvirtúa el primero. Por ello el negocio fiduciario se puede calificar como un verdadero caso de simulación relativa cuando el verdadero vínculo obligacional que pretenden las partes se mantiene oculto frente a terceros, *v. gr.*, el accionista que desea que su abogado sea quien asista a la junta de accionistas —que exige ser titular de las respectivas acciones— le transfiere a ese último éstas, con el compromiso de que una vez celebrada la misma, se las

²¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, 1984, p. 638. Vid. LARENZ, *Derecho Civil. PG*, (trad. de M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 501, quien a efectos del Derecho civil alemán comenta que «[e]n general, este autor distingue los casos en que se actúa por fiducia, esto es, en la confianza que el participante, por medio de actuaciones ulteriores, cumple en colocar al verdadero titular, en la posición jurídica pactada, propia del negocio. Hay simulación, por el contrario, cuando dichos efectos jurídicos se radican inmediatamente en su titular, el hombre de atrás. Así, citando a la Jurisprudencia, el criterio diferencial se deduce «si las partes, a fin de conseguir el resultado pretendido con el negocio jurídico, han estimado suficiente un negocio simulado o si han creído necesario un verdadero negocio jurídico» (BGHZ 21, 382)». También, ALBALADEJO GARCÍA, *La Simulación*, 2005, p. 23 y 87 s.

²¹⁵ Vid. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. Este autor agrega que el negocio fiduciario no es un negocio ficticio, y que si bien el derecho español no lo regula específicamente nada hay que se oponga a su admisión, sino que, de conformidad al art. 1255 CC autorizan la libertad de pactos lícitos considerando la fiducia como un caso de contratación atípica.

²¹⁶ Sobre los negocios jurídicos anómalos, vid. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, 1995, p. 340 s.; DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 1991, p. 287 s.

devuelva. Puede suceder que, tras este negocio mixto, haya un contrato disimulado —en los casos en que se mantiene oculto respecto de terceros— consistente en el mandato de representación, como en el caso en que para concurrir a dicha junta de accionistas es prohibida la delegación por ley o los estatutos²¹⁷.

Conforme a lo indicado, las diferencias esenciales entre el contrato simulado y la fiducia son: a) el *simulado* es un negocio ficticio o irreal, sin perjuicio que en algún caso pueda ocultarse uno verdadero; en cambio, el *fiduciario*, es un negocio serio y querido con todas sus consecuencias jurídicas, aún en los casos que sirve a una finalidad económica distinta de la normal; y b) el *simulado* es un negocio simple, mientras que el *fiduciario* es uno complejo en razón a que combina, al menos, dos negocios distintos²¹⁸.

§52. En términos generales, se distinguen dos formas clásicas de fiducia: a) la *fiducia cum amico* y b) la *fiducia cum creditore*. La primera consiste en dar los bienes a otra persona —o fiduciario— con el fin de protegerlos tanto física como jurídicamente. Se trata de una figura contractual usada con la intención de que no se produzcan los efectos que le son propios; la segunda, en cambio, es un negocio que tiene como finalidad garantizar un crédito. Así, mientras subsiste la obligación, el acreedor mantiene la propiedad fiduciaria de la cosa, y sólo una vez extinguida la deuda, se hace exigible su obligación de restituir la propiedad. Como es lógico, el acreedor se ve imposibilitado en la práctica de disponer de la cosa, puesto que, de realizar dicho acto, se arriesga a incumplir su obligación en caso de hacerse exigible. De esta forma se pone en evidencia que se trata de un negocio con una única causa —la transferencia del dominio— pero con una finalidad más débil —la garantía—. Con todo, en ambos casos,

²¹⁷ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, 1958, p. 268 s. En el mismo sentido, vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 107 s.

²¹⁸ DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 1991, p. 290. En el mismo sentido, ALMAGRO NOSETE, *Comentarios al Código Civil* (Sierra Gil de la Cuesta, Dir.), 2000, 2000, p. 613. También, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I., 1988, p. 454 s.; SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 23 s.

entre los contratantes debe existir una *fides* o confianza de cumplir con la finalidad real que se encuentra detrás del negocio aparente.

§53. Si bien hay negocios simulados que no son fiduciarios, todo negocio fiduciario se perfecciona mediante un negocio relativamente simulado. Por otro lado, no se concibe un negocio fiduciario que a su vez sea un negocio jurídico absolutamente simulado, pues todo acto fiduciario pretende un efecto, ya sea de custodia, disfrute, garantía, etc. Así, tanto la *fiducia cum amico* como la *fiducia cum creditore* incorporan un acuerdo simulatorio.

2. El contrato simulado, el negocio indirecto y el negocio en fraude de ley

§54. Hay diferencias entre el *contrato simulado*, el *negocio indirecto* y el *negocio en fraude de ley*²¹⁹. El *negocio indirecto* consiste en la celebración de un negocio cuyos términos típicos se conservan intactos, pero cuya celebración se lleva a cabo con el propósito consciente de alcanzar una finalidad propia de otros tipos contractuales. Dichos otros resultados del negocio son los que se denominan *indirectos*, v. gr., la constitución de sociedades anónimas cuyas acciones son suscritas todas por una sola persona, menos una, eludiendo lo dispuesto en el art. 1911 CC.

Lo particular del *negocio indirecto* es la discordancia entre la finalidad perseguida y el medio jurídico empleado, sin existir un doble negocio o dos diversos con identidad propia, sino uno solo complejo. Todo lo anterior es lícito en un sistema contractual liberal, sin perjuicio que conlleve el problema de seleccionar el conjunto de reglas legales que van a gobernar el negocio específico, que en general será el estatuto propio de aquél cuya finalidad sea efectivamente perseguida²²⁰.

²¹⁹ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 440, quien agrega que se trata de anomalías contractuales que ya han alcanzado cierta tipicidad social y sobre ellos se habla de «contratos simulados», «fiduciarios», «indirectos» y «en fraude de ley». Sobre la distinción entre negocios simulados y negocios fraudulentos, vid. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, 1986, p. 58 s.

²²⁰ Así, CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 600-605.

§55. Por su parte, el *negocio con fraude a la ley* consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial específico con la finalidad de evitar la aplicación del estatuto jurídico vigente que regula otro tipo negocial. Sea o no evidente para los terceros, no se pretende necesariamente engañarlos, sino que en general, sólo burlar el ordenamiento jurídico, ya sea frente a la Administración o los jueces.

El *negocio en fraude a la ley* se diferencia del *negocio indirecto* ya que el primero puede ser declarado nulo conforme lo dispone el art. 1275 CC. Sea o no declarada la nulidad del negocio fraudulento, no hay obstáculo para que se aplique la norma que precisamente pretendía eludir. Para hacer aplicable el estatuto jurídico que se ha pretendido evadir, y sin perjuicio de normas en leyes especiales²²¹, existen los arts. 6.4 y 12.4 CC²²².

§56. El *negocio jurídico fraudulento* y el *negocio simulado* no son lo mismo y más importante aún, ni son impugnables de la misma manera. En efecto, incluso cuando la simulación es empleada para la obtención de fines ilícitos como perjudicar a los acreedores, ocultar la violación de infracciones legales, etc., no cabe hablar de fraude²²³. A través del negocio realizado en «fraude de ley», por el contrario, las partes declaran lo que desean ya que realmente quieren los efectos jurídicos del negocio formalmente realizado, aunque hayan elegido una forma que les permite eludir una norma legal²²⁴. Por el contrario, si a través del negocio simulado se persigue defraudar los derechos de un tercero o, incluso, violar la ley nos encontraremos ante una simulación ilícita pero no

²²¹ Cfr. art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; art. 2.3 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19.07.84.

²²² Cfr. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1º-B, 1993, p. 606-607.

²²³ A efectos del fraude a la ley y negocio simulado para la obtención de subvenciones agrarias a nivel europeo, vid. VOGEL, «Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo», VV.AA. (L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, Dirs.), *Estudios de Derecho penal económico*, 1994, p. 317 s.

²²⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería financiera y Derecho penal», VV.AA. *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, p. 178.

ante un negocio fraudulento²²⁵. Éste último sólo existe cuando ocasiona un perjuicio en el patrimonio del tercero^{226, 227}. En otras palabras, *sólo en los casos que el contrato no es simulado y produce perjuicio a terceros, es posible considerarlo fraudulento*²²⁸. La diferenciación es importante ya que el primero, el simulado, sólo es atacable por la acción de simulación y, en cambio, el fraudulento sólo mediante la acción pauliana o de fraude a la ley. Por último, cabe destacar que la circunstancia que se trate de un negocio fraudulento muchas veces es producto de que no se logra acreditar la simulación, ya que se revela verdaderamente que se han cumplido las obligaciones pactadas, las que de lo contrario serían simuladas^{229, 230}.

²²⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 58 s. También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 107.

²²⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 439.

²²⁷ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 58 s. quien precisa que «[s]i un contrato se celebra realmente para defraudar a la ley o a los acreedores no habrá simulación puesto que el acto es querido y, en consecuencia, plenamente eficaz en tanto no sea impugnado a través de una acción pauliana o, en su caso, por fraude a la ley. Así, v. gr., el que adopta a un extraño para nombrarlo heredero, disminuyendo así el total del impuesto a la herencia, persigue un fraude fiscal, pero la adopción es un negocio realmente querido. Por el contrario, en el supuesto de una compraventa simulada con la intención de perjudicar a los acreedores de uno de los contratantes haciéndoles creer que el activo de su deudor es menor del que realmente es, el negocio simulado es falso, no existe en absoluto.» Del mismo modo se pronuncia la STS de 12.07.1941 la que «deniega la validez de una donación, disfrazada de venta, por ilicitud de la causa, pues se hizo en fraude de derechos de legitimarios. Siguen idéntico supuesto, las SsTS de 24.03. 1950 y 13.02.1951.» Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 110.

²²⁸ LARENZ, *Derecho Civil. PG*, (trad. M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 500, señala que «[c]onforme al art. 177 CC alemán, el negocio aparente existe cuando el declarante y el destinatario de la declaración han acordado que no sea válido lo declarado, esto es, cuando los contratantes «de común acuerdo, producen solamente la apariencia externa de la conclusión de un negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio». En estos supuestos no hay propósito de inducir a error al destinatario de la declaración, ni de causarle incertidumbre o perplejidad, ni por un momento; muy por el contrario, las partes en la mayoría de las ocasiones se proponen perjudicar a un tercero, v. gr., a un acreedor o al Fisco.

²²⁹ Vid. la sentencia dictada por la *Supreme Court of The United States*, en el caso *Lexsee 293 US. 465 [1935], n° 127* [Ref.: 293 U.S. 465; 55 S. Ct. 266; 79 L. Ed. 596; 1935 U.S. LEXIS 4; 35-1 U.S. Tax Cas. [CCH] P9043; 14 A.F.T.R. [P-H] 1191; 97 A.L.R. 1355; 1935 P.H. P687] denominado *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, cuyo tratamiento jurídico por fraude a la ley discurre de modo similar que la doctrina española. En resumen, conforme consta en el *certiorari* de la Corte de Apelaciones del 2º Distrito, en el año 1935, la venta de todas las acciones de una compañía a una sola persona a un menor precio de lo normal con el objeto de disolverla después y disminuir los impuestos a pagar, se consideró fraude en perjuicio de la Hacienda Pública.

²³⁰ Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 118.

3. El contrato simulado y la reserva mental

§57. La *reserva mental* existe cuando se emite una declaración de voluntad conscientemente divergente del querer interno con la intención de engañar a la otra parte. En su fuero interno, el declarante no acepta lo que manifiesta como su voluntad real^{231, 232}. La *reserva mental*, a diferencia de la simulación, permanece en la mente — en su esfera interna— resultando intrascendente para la eficacia del negocio²³³.

§58. Las consecuencias jurídicas de la *reserva mental* dependen de si el acto es *inter vivos* o *mortis causa*. Los actos *inter vivos* realizados con reserva son válidos en protección a la buena fe del co-contratante puesto que *no es admisible que una parte invoque las palabras en que se apoyan sus mentiras*, así como el propósito oculto de no obligarse no puede privar de valor a la declaración de una voluntad existente. Algo distinto sucede en el *acto mortis causa*, que es nulo, por cuanto la oposición surge entre los sucesores legales o testamentarios, que son ajenos a la formación del acto y a quienes no se les puede imputar ésta²³⁴.

§59. La *simulación contractual* se diferencia de la *reserva mental*, por cuanto en la primera los contratantes están perfectamente de acuerdo entre sí, precisamente para producir una apariencia ante terceros. En la segunda, en cambio, existe divergencia entre lo que una parte ha querido y lo que, en cambio, ha declarado frente a la otra²³⁵.

§60. La *reserva mental* puede ser de varios tipos: a) *absoluta*, también llamada simulación unilateral, que tiene lugar cuando alguien declara querer algo que no desea,

²³¹ Vid. TORRALBA, *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, v. II, 1989, p. 526-527.

²³² STOLFI, *Teoría del negocio jurídico* (trad. de J. Santos Briz), 1959, p. 141, quien sostiene que «[l]a hipótesis de *reserva mental* consistente en silenciar deliberadamente la disconformidad entre la declaración realizada y el querer interno». En el mismo sentido, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil* (trad. de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijero), 1939, p. 184-185.

²³³ PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO Y CALERA/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. T. II, 2000, p. 602; También, DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, p. 287.

²³⁴ STOLFI, *Teoría del negocio jurídico* (trad. de J. Santos Briz), 1959, p. 141

²³⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, v. I, 1988, p. 441. Sobre la reserva mental, en general, vid. TORRALBA, *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, v. II, 1989, p. 526. También, COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil* (trad. por F. de J. Tena), 1938, p. 401 s.

v. gr., la persona dice contratar cuando en realidad no pretende contraer ninguna obligación y el destinatario ignora la verdadera intención de quien proviene la manifestación de voluntad; b) *relativa*, cuando se emite la declaración de voluntad de modo no completo, como ocurre cuando se acepta un contrato sin manifestar que su cumplimiento se somete a determinadas condiciones —reserva mental en sentido estricto— o en el supuesto de que mentalmente se atribuya a la declaración un sentido diverso al que normalmente tiene —restricción mental—²³⁶.

§61. La *reserva mental* genera contratos absolutamente simulados por causa falsa, lo cual se asimila a la falta de causa²³⁷. Por esta razón en tal caso, las acciones civiles que proceden son la declarativa de que los contratos son nulos por carecer de causa²³⁸, por ser simulados absolutamente, incluso el pago²³⁹.

²³⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 49 s.

²³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio Jurídico*, 1985, p. 349 s.

²³⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría General del Contrato*, v. II, 1987, p. 113 s.

²³⁹ En el ámbito penal, los casos de *reserva mental* están íntimamente relacionados con los denominados «contratos criminalizados» que dan lugar a la apreciación de un delito de estafa. En efecto, ésta categoría doctrinal y jurisprudencial entiende por *contratos criminalizados* aquellos en que existe un hecho interno de uno de los contratantes cual es la voluntad de no cumplir lo convenido. Así, uno de los otorgantes se obliga con el otro a determinada prestación que sabe es de imposible cumplimiento, recibiendo del otro una contraprestación que lo perjudica patrimonialmente. Por ello se habla de que existe un engaño sobre su voluntad de cumplir y por ello realiza el tipo de la estafa del art. 248 CP. Este contrato es considerado un documento que, sin ser punible por falsedad documental, es medio para la comisión de un delito de estafa y prueba el engaño. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1670.

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE CONTRATO SIMULADO

I. APROXIMACIÓN AL ORIGEN HISTÓRICO DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

1. Antecedentes remotos de la simulación punible en el Derecho penal romano

§62. En general la doctrina sostiene que el origen de las modalidades defraudatorias basadas en el daño patrimonial y la falsedad²⁴⁰, tienen sus raíces en el Derecho penal romano. En este se habría iniciado el proceso de formación de las especies de estafa, las cuales con el tiempo se separaron completamente de las modalidades derivadas de las falsedades documentales²⁴¹.

En efecto, mediante las reformas penales de SILA de los años 572 a 674 en Roma, el procedimiento de las *questiones* se extendió a los delitos comunes y

²⁴⁰ Debido a las continuas extensiones que en la época del Derecho romano se le daba al crimen del *stellionatus*, permanentemente se confundía y no distinguía la falsedad con lo falsario o engañoso. Así, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 1974, p. 14.

²⁴¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 560 s.; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 24 s., quien explica que lo más sobresaliente del Derecho Romano en esta materia fue el carácter público que le otorgaron al delito y a la comprensión de la pena, como reacción pública contra éste que se llevó a cabo con la promulgación de las XII Tablas. Estos eran delitos privados, entre los cuales, las formas más importantes eran la *iniuria* y el *furtum*. La *iniuria* solo comprendía ciertas lesiones corporales contra las personas y daños en cosa ajena. Por su parte, el *furtum* consistía en el hurto en sentido amplio, es decir, toda apropiación ilícita. La persecución de estas conductas se iniciaba con una acción de la persona perjudicada y se sometía a un proceso civil dirigido por el Pretor con la finalidad única de satisfacer al demandante pecuniariamente. No obstante, se presentaba una conducta irregular por parte de los Gobernantes de las provincias en el tema de restitución a sus súbditos de lo ilícitamente apropiado, hecho que provocó el pronunciamiento de la primera *questio* por medio de la cual se uniformó el modo de administrar justicia en esta materia. La *questio*, obra de una Comisión permanente del Senado presidida por un Pretor, juzgaba el *crimen repetundarum* o las exacciones ilegales. Las sentencias que acogían la *questio* sólo ordenaban la devolución de lo apropiado ilícitamente. Con posterioridad, en el año 631 de Roma —123 A. C.— la *lex Sempronia* le confirió a dicha Comisión permanente, adicionalmente, la facultad de *imponer penas*.

particularmente, mediante las *leges Juliae* de CÉSAR y AUGUSTO, se creó el *ordo iudiciorum publicorum*, instaurándose junto a los delitos privados, los *crimina publica* que recogían tanto el tipo delictivo, así como el procedimiento y la pena²⁴². En ese contexto, en el año 80 A. C. SILA dictó la *Lex Cornelia testamentaria nummarua* o *Lex Cornelia de falsis*²⁴³ creando y regulando el *crimen falso*, consistente en la falsificación de testamentos y de la moneda²⁴⁴. Con el tiempo, la jurisprudencia extendió la aplicación de esta ley a otros hechos falsarios y fraudulentos, pero sólo en la medida que atentaran contra intereses de la comunidad²⁴⁵. En esta etapa comienza a consolidarse un interés público en reprimir las prácticas inveraces en las declaraciones negociales.

§63. En Roma existían tres figuras que castigaban conductas fraudulentas: a) el *crimen furtis*, que era una conducta consistente en una especie de sustracción de uso y violación de la posesión, realizada por medios materiales; b) el *crimen falsi*, que consistía en un conjunto de conductas «criminosas» diversas que lesionaban la «fe pública», mediante la alteración de la verdad, sin que fuese necesaria normalmente la obtención del resultado lesivo en el ámbito patrimonial de la víctima²⁴⁶; y c) el

²⁴² VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 26.

²⁴³ Vid. ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 82, quien vincula la *Lex Cornelia de Falsis* con el tipo penal del contrato simulado, antes tipificado en el art. 532.2 CPD. En un sentido diverso, DONNA, *Delitos contra la propiedad*. PE. T. II-B, 2008, p. 458 s., quien entiende que «[l]a ley 23 D, *de lege Corn de falsis*, declaraba "formalmente que no bastaba alterar la verdad en un acto para cometer falsedad, y que la mentira sola no podría tener tal carácter. La falsedad no consistía sino en la fabricación o alteración de los escritos mismos.»

²⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental*, 1999, p. 319; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 26, agrega que la pena de la *Lex Cornelia* era la de destierro, convirtiéndose luego en la de deportación, junto con la confiscación de bienes y, en supuestos menos graves, la relegación de por vida y la pérdida de la mitad del patrimonio. En ciertos casos se imponía la privación de algún derecho honorífico y, respecto de reos de condición más humilde, se les sometía a trabajos forzosos. A los esclavos hallados culpables, fue común la aplicación de la pena capital.

²⁴⁵ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 23, especialmente, p. 27, quien relaciona de alguna manera éstas dificultades denunciadas en el Derecho romano, con el parentesco con las falsedades o la poca diferenciación sistemática, y la convivencia con una acción de carácter privado —la *actio doli*— encaminada a reprimir idénticos o semejantes comportamientos injustos por otro. Esta acción es reconocida por lo general a AQUILIO GALO, en el año 668 de Roma. Para el Derecho romano el dolo no constituye un concepto unitario, antes bien, se distingue el dolo como elemento subjetivo del delito, es decir, como conciencia de la actuación injusta que se lleva a cabo, y el dolo caracterizado por la astucia o el engaño fraudulento.

²⁴⁶ Al respecto, vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad*, 1996, p. 13, cita 1, quien agrega que antes del Derecho romano, en el antiguo Egipto, los sacerdotes eran depositarios de la «fe notarial» y las conductas falsarias constituían «ataques a la religión»; por su parte, vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ,

stellionatus, concebido como un crimen extraordinario y no definido específicamente por el Derecho romano^{247, 248}, de carácter residual y subsidiario; éste comprendía lesiones patrimoniales fraudulentas no abarcadas por el *crimen falsi* y el *crimen furtis*. Se puede observar que estas figuras ya reflejan la distinción entre la inveracidad pública o privada²⁴⁹ y los simples engaños patrimoniales.

2. Antecedentes de la simulación punible en la Edad Media y Moderna

§64. En la Edad Media, la doctrina creó un nuevo «falsum» en el que, además de las meras mendacidades, se incluyeron los casos de fraude patrimonial pasando el *estelionato* a ser un delito subsidiario. Como consecuencia de lo anterior, se

«Las falsedades en documentos oficiales», *Las falsedades documentales* (Beneytez Merino y otros, Dirs.), p. 80, quien señala que las falsedades y falsificaciones debieron ser tan antiguas como el propio documento, pues las sanciones se encuentran en el propio Código Manú del año 1300 A. C. que distinguió en orden a la pena, según se tratara de documentos del soberano, castigaba con pena de muerte y la de recibos, contratos y otros documentos privados, más levemente. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, 1997, p. 19-20.

²⁴⁷ LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, 1997, p. 23-24 y cita 2, recuerda que la denominación estelionato proviene de la voz latina «estellio», «stellión» o «salamanquesa», que se utilizaba para mencionar a un reptil de piel variante que cambia fácilmente de color por la acción de los rayos de sol y que según CARRARA (*Programma*, §2336), esta característica inspiró a los romanos para usar el nombre de *stellionatus* cuando querían referirse a todos aquellos hechos delictivos que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que, si bien tenían elementos de aquella y de éste, en puridad se diferenciaban de ambos. Su etimología nos está indicando que el estelionato posee una naturaleza imprecisa, variable e indecisa, cual la del saurio de que tomó por eso nombre. En igual sentido, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 29, quien agrega que el *stellionato* es un delito de tardía aparición, probablemente de la época de ANTONINO PÍO. También, ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 59, agrega que «[s]e acostumbra a citar como precedente romano de la moderna estafa el *crimen stellionatus* nombre derivado —según CARRARA— *de setillo, onis* con que se designaba el estelión o salamanquesa. Teniendo este animal colores indefinibles por su variabilidad a los rayos del sol se aludía así a multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad que fluctúan entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro, sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro; quizá también creyendo en una particular astucia del animal.» Agrega que «[e]l concepto del delito de estelionato no estuvo precisado. ULPIANO, decía *nec esto pus especies enumerare*. Sería mejor, añade FERRINI, decir que no es fácil agotar la enumeración de los casos particulares. En los más graves de fraude en que no era aplicable otro título de delito, quedaba al arbitrio del pretor definir si había o no materia suficiente para proceder criminalmente». LORCA MARTÍNEZ, *El fraude en la transmisión de bienes*, 1992, p. 14.

²⁴⁸ El *stellionatus* fue creado en el segundo siglo de la era cristiana por la doctrina y por la jurisprudencia.

²⁴⁹ Entiéndase inveracidad pública como la conducta que expresa algo diferente a la intención del sujeto y que afecta a la comunidad e infringe el orden jurídico público; e inveracidad privada como la conducta que falta a la verdad afectando a particulares en sus propios intereses.

confundieron el *falsum*²⁵⁰ y el *furtum*²⁵¹, debido a que la legislación en la materia establecía que primaba lo falsario sobre lo defraudatorio, sancionándose las falsedades asimiladas al *furtum*²⁵². De este modo la concepción medieval del *estelionato* pasó a diferenciarse profundamente de aquella del derecho romano y de la estafa actual²⁵³.

Esta situación se mantuvo en la redacción legislativa de ALFONSO X, el Sabio; así, en el *Fuero Real* de 1255, se continuó sancionando a las falsedades junto a los hurtos²⁵⁴. Por su lado, el *Código de las VII Partidas* —1256-1265— castigaba, entre los ilícitos civiles, la doble venta y la simulación de gravámenes, definiendo en varias ocasiones el engaño propio de dichas figuras²⁵⁵.

²⁵⁰ Se reconoce como heredero del *falsum* los denominados *quiasifalsa*, como generalizaciones de los casos de falsificación de moneda y de testamento que eran los dos únicos casos regulados por las *lex cornelia de falsis*, y que abarcaba asuntos tan dispares como la falsificación de pesos y medidas, la suplantación de hijo, el soborno de jueces, la doble venta de una cosa o la dación, así como la aceptación de dinero a cambio de un falso testimonio. Al respecto, vid. JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 31 s. y nota 2, con ulteriores referencias.

²⁵¹ Consistía en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena para lograr con su uso y posesión un provecho pecuniario (*animus lucrandi*).

²⁵² Vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, 1997, p. 25. En igual sentido VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 31, quién sostiene que parece ser la tendencia general del viejo fuero asimilar la estafa a las conductas falsarias. En otras palabras «[...] preeminencia de lo falsario sobre lo defraudatorio y asimilación a los hurtos y robos». Este mismo autor, siguiendo a QUINTANO, sostiene que es necesario destacar que el influjo eclesiástico aboga por la unificación de las formas comisivas, dada la unidad del precepto divino infringido.

²⁵³ La situación en el Derecho comparado siguió una suerte diversa al tipificar el delito de estafa propiamente tal. Así, v. gr., «en el Derecho alemán de la Edad Media se encuentran sólo algunos casos desperdigados y La Carolina lo desconoce». Cfr. ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 59, quien agrega que «[p]or ello, se ha podido decir que el delito de estafa es un hijo del Siglo XIX».

²⁵⁴ ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 59 señala que «no dan Las Partidas definición general del engaño, sino que, al modo del Derecho romano, se dedican varias leyes (VII a IX) a exponer concretas especies para que los hombres puedan tomar aperebimiento para guardarse y los juzgadores puedan conocerlos y escarmentarlos.» FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad*, 1996, p. 14, quien considera que en éste cuerpo legal se ofrece la primera regulación de las falsedades, realizándose una clasificación de las mismas atendiendo a las diversas formas de conducta y asimilándose la falsedad a la sustracción de documentos; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 32, llama la atención de la dispersión reinante en los territorios del Rey sabio que obligó a éste a intentar su unificación, pero con las mismas deficiencias examinadas anteriormente, estas son, la preeminencia de lo falsario y las asimilaciones con los hurtos.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad*, 1996, p. 14, precisa que desde un punto de vista conceptual y tomado del Derecho romano, se define a la falsedad como «mudamiento de la verdad», otorgando una enorme amplitud en cuanto al abanico de conductas susceptibles de incluirse en el Título «De falsedades», esto es, desde las personales hasta las estafas y los fraudes. En similar sentido, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 31-33, quien llama la atención que en este cuerpo legal se presenta la comisión mediante engaño, de dos maneras principales: a) cuando se hacen por palabras mentirosas o arteras, y; b) cuando preguntan a un hombre sobre algunas cosas y él callase engañosamente, no

En la legislación posterior, incluida la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, no hubo modificación de la regulación de las defraudaciones patrimoniales. Por el contrario, se desdibujaron aún más los conceptos desarrollados, desapareciendo la sistematización iniciada por la legislación de ALFONSO X, el Sabio, en el *Fuero Real* y en el *Código de las VII Partidas*, v. gr. el *estelionato*, se definía en la ley penal española de 1749 como «[e]ngañanfe los hombres en fus tratos, y contratos, ya encubriendo la verdad con palabras mentirofas, ley I. tit. I6. part. 7»²⁵⁶. Por su lado, en esta misma obra y a propósito de la falsedad se decía: «[a]y muchas maneras de falsedad, y para mayor inteligencia hare tres clases [...] Y la tercera adulterar el genero que se vende, ley 4. tit. 7. part. 7»^{257, 258}. En efecto, las ideas de falsedad y fraude no aparecen claramente diferenciadas como figuras delictivas autónomas. La particular identidad de cada una de esas figuras sólo se revelará con la entrada en vigor de los Códigos penales decimonónicos. *En estos cuerpos legales se constatará una separación más clara entre la estafa como delito contra la propiedad y las falsedades como delito contra la fe pública*²⁵⁹.

Por su parte, los prácticos italianos complementaron la idea de interpretar de modo casuístico la acción falsaria como imitación de la verdad, con la de *immutatio veritatis*. Esta nueva concepción del *falsum* tuvo como resultado que no en todos los supuestos de falsedad fuera necesaria la imitación de un modelo, sino que en algunos

queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, por tanto, el engaño por omisión, y se diferencia la simulación de la disimulación. También, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, 1997, p. 20; COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, N° 56, 1995, p. 432 s.

²⁵⁶ BERNI, *Práctica Criminal, con nota de los delitos, sus penas, prefusiones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual*, 1749, p. 43.

²⁵⁷ BERNI, *Práctica Criminal, con nota de los delitos, sus penas, prefusiones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual*, 1749, p. 54.

²⁵⁸ BERNI, *Práctica Criminal, con nota de los delitos, sus penas, prefusiones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual*, 1749, p. 86. Este AUTOR agrega que tampoco quedaban delineados los contornos entre la falsedad y el estelionato, respecto del cual se disponía: «[e]n caso de fraude justificado, no se admite el concurfo, y el reo entra en carcel. Dom. Sal. lab. credit. part. I. n. 13. Farinac. De falsit Ó simulat. quæst. 150. n. 33. part. 2. Curia Filipina, §. Cefsion, n. 5. deviendo estar preso hasta que pague, ley 5. tit. 15. part. 5»

²⁵⁹ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 33.

bastaría con la mera alteración de la verdad²⁶⁰. De este modo estos juristas diferenciaron la *falsedad material* de la denominada *falsedad ideológica*²⁶¹.

Con posterioridad, el *Code Penal* napoleónico de 1810 sistematizó los delitos²⁶² y los posteriores códigos penales continuaron con una técnica legislativa casuista, esto es, enunciando supuestos e incorporando cláusulas analógicas al no poder describir individualmente todas las conductas merecedoras de una sanción²⁶³.

3. Antecedentes históricos de la falsedad, la simulación y *l'escroquerie* del *Code Penal* de Napoleón

§65. En Francia, a través de las ordenanzas se intentó corregir la confusión romana, enumerando las diferentes especies de este delito de falsificación. En este contexto, se plantea si en los casos de falsedad o en general, de *l'escroquerie*, el *Code Penal* de Napoleón de 1811 incluyó *de algún modo* un precepto relativo al delito de otorgamiento de contrato simulado y que permita revelarlo como un antecedente próximo a su inclusión en el Código Penal español de 1848, que fue el primero en incluirlo, y que constituye una reformulación sintética del Código Penal español de 1822.

§66. La doctrina francesa de fines del siglo XIX, consideró que los juristas romanos no habían comprendido con claridad la naturaleza de la «falsificación» ni la

²⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental*, 1999, p. 320. Sin reconocer ésta evolución, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad*, 1996, p. 14.

²⁶¹ La acepción de carácter moral debe entenderse vinculado a una caracterización ideal o ideológica, apartándose de la materialidad con que el crimen de falsedad fue históricamente asociado. Así, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental*, 1999, p. 327, quien señala «[e]l establecimiento de una clasificación de los modos de comisión del delito de falsedad entre los materiales y los ideológicos obedece tanto a un intento de sistematización que aminorase el casuismo del que hacían gala los Códigos penales que tomaban como modelo el *Code Penal* francés de 1810.» [la cursiva es añadida] «Fueron los mismos juristas franceses los primeros en estudiar ambos conceptos puesto que el citado Código francés fue el primero en positivizar la diferenciación».

²⁶² El cual servirá luego de base para el Código Penal español de 1822, el cual, ocupando la misma sistemática, fue el primer texto legal español que usó la palabra *estafa* y reguló detalladamente este ilícito.

²⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, *La Falsedad Documental*, 1999, p. 319. La técnica casuística imperante en la época será la causa de que los códigos decimonónicos, en general, tiendan a legislarse de ese mismo modo.

diferencia con la «falsedad». Así, la *Lex Cornelia de Falsis* habría concebido —bajo el título de la falsificación— hechos que no tenían ninguna relación con este crimen, considerando incluso como delictuales, conductas que no eran tales, como algunos casos de destrucción de documentos, etc.²⁶⁴.

Esa ausencia de claridad diferenciadora de los conceptos de «falsedad» y «falsificación» ha sido objeto de comentarios por la doctrina. Para PACHECO lo que distingue al concepto de «falsedad» es que solo es aplicable a personas y no a las acciones, a las que debe aplicarse el término «falsificación»²⁶⁵. Por su lado, GROIZARD sostiene que la «falsedad» es el *género* y la «falsificación» es la *especie*, de manera que siempre que haya falsificación hay falsedad, pero no al contrario^{266, 267}. Sin embargo, los juristas franceses, enfrentados en su momento a esta misma confusión, consideraron que para apreciar un delito se podían establecer criterios basados en la exigencia de fraude y perjuicio o *dolus malus*²⁶⁸. Este requisito típico de *producir un perjuicio* se

²⁶⁴ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1887-1908, p. 338, quienes señalan como ejemplos la destrucción de un testamento, la apertura de un testamento de un hombre vivo, la usurpación de un apellido e, incluso, el propio estelionato, al firmar que «la loi Cornelio de falsis confond sous ce titre des faits qui n'ont qu'un rapport fort éloigné avec ce crime, ou qui n'ont même aucun caractère criminel : tels sont le recel ou la destruction d'un testament, l'ouverture d'un testament d'un homme vivant, l'usurpation d'un nom ou d'un surnom, le stellionat». Trad. libre: La ley Cornelio de falsos confunde bajo ese título hechos que guardan una relación alejada con ese crimen o que incluso no tienen carácter criminal: v. gr., el encubrimiento o la destrucción de un testamento, la apertura de un testamento de una persona viva, la usurpación de un nombre o de apodo, el estelionato.

²⁶⁵ PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Tomo IV, 1856, p. 258.

²⁶⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 1897, p. 49 -50, quien define la falsificación como la alteración de un documento u objeto verdadero previamente existentes y la falsedad como la comisión de un hecho en el que no se expresa la verdad, sino que voluntariamente se emiten conceptos no verdaderos. En el mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 2010, p. 607-608, para quien la falsificación requiere siempre la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero que mediante ciertos procedimientos se altera o se falsifica. La falsedad indica, por el contrario, la afirmación de un hecho o la ejecución de un acto en los que no se expresa la verdad.

²⁶⁷ Vid. APARICIO RAMOS, *La falsedad en la letra de cambio*, 1945, p. 12, quien coincide con GROIZARD, la falsedad es la imitación de la verdad y supone la realización inicial de un acto creador con apariencias de legitimidad e implica poner lo falso en el lugar de lo verdadero, mientras que la falsificación implica que lo falso sustituya lo verdadero, lo que supone la existencia previa de un acto auténtico.

²⁶⁸ Esta idea se la atribuyen a PAUL la que, si bien es incompleta, señalaba con precisión dicho requisito, al menos potencial, de la conducta falsaria: «Quid sid falsum quoeritur? Et videtur id esse si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes intercidat vel describat.» (Digesto, Ley 23), citado por CHAVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 339.

incorporó al Código Penal de 1791, definiendo la falsificación punible como una conducta destinada a perjudicar, intención que debía ser anterior a la perpetración del acto perjudicante: *desde la perspectiva de este Código, no bastaba con tener la intención de cometer la falsificación, sino que también era necesario que ésta se haya cometido dolosamente y con la intención de perjudicar a otro*²⁶⁹.

§67. Por su lado, es destacable la amplia recepción por parte de la doctrina francesa respecto de la diferenciación entre «simulación» y «falsedad» desarrollada por los romanos. Particular claridad revela los comentaristas CHAVEAU y HÉLIE quienes definen a la simulación como *un acto que presenta lo que las partes han escrito, pero disfrazada su intención real, porque así lo han querido las partes*. Agregan que, a través de dicho disfraz, con el que las partes ocultan sus reales intenciones, no se produce la alteración de la verdad —que es característica y necesaria en la falsificación— aclarando que a diferencia ésta última, en la simulación el consentimiento de las partes se manifiesta en el acto simulado del cual no pueden generarse perjuicios para los terceros. Esta postura era coherente con la ley romana²⁷⁰. En efecto la ley 23 del Digesto, de la *Lege Cornelia de Falsis*, declaraba formalmente que no era suficiente la alteración de la verdad ni la intención oculta de las partes en un acto para cometer falsificación: *non qui alias in computatione vel in ratione mentiuntur*²⁷¹.

²⁶⁹ Cfr. CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 339.

²⁷⁰ En efecto, la Ley 28 del Digesto «de falsificación de una fecha falsa de un pagare o un documento: *Si a debitore proelato die pignoris obligatio mentiatur, falsi crimini lucus est*. Pero la Ley 3, también del Digesto, establece que la falsedad cesa si las dos partes han consentido en dar la falsa fecha al documento en cuestión. *Repetita quidem die cautionem interponi non debuisse; sed falsi crimen, quantum ad eos, qui in hoc consenserunt, contractum non videri, cum inter proesentes et convenientes res actitata sit, magisque debitor quam creditor deliquerit.*» Cfr. CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 352.

²⁷¹ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 352. Dicha ley romana agrega que la falsificación no se da sino solo en la alteración de escrituras o actos escritos: *si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes intendat vel describat*. Algunas leyes parecen contradecir el principio expuesto (Ley 9,23 del digesto, L. 15, 21 y 19 del Digesto), pero nosotros, agregan, «ya destacamos que algunos emperadores habían asimilado la falsificación a hechos que no reunían las características propias de este crimen: los juriconsultos llamaban a tales hechos cuasi-falsificaciones.»

§68. En segundo lugar, los tratadistas franceses advirtieron que los criminalistas romanos consideraban como delito de falsificación —y en términos más amplios— *toda simulación empleada en un acto que causare perjuicios a terceros*, particularmente en el ámbito de las insolvencias. Así, a propósito de la «simulatione», FARINACUS, decía «agi et excipi potest, non solum civiliter, sed etiam criminaliter. Nam poena simulationis veditur esse poena falsi [...]. Doctores ponunt exemplum in simulatione et collusione creditoris cum debitore in damnun tertti»²⁷². De este modo, la simulación contractual era concebida como un caso de falsedad y se le vinculaba al ámbito de las insolvencias punibles: «la simulación que se comete generalmente en beneficio de las quiebras puede ser más o menos grave según las circunstancias y el lugar donde se comete; las sumas defraudadas o el perjuicio causado. De todos modos, no será tan severamente castigado como el delito de falsificación»²⁷³.

§69. La recepción de dicha regla en la legislación francesa se encuentra en la Ley 22 *frimaire* del año 8 que despenalizó la simulación, disponiendo que la disimulación del verdadero precio en un contrato de compraventa en fraude a los derechos del Fisco, sólo da lugar a una *acción civil*²⁷⁴.

Además, los arts. 145, 146 y 147 de dicha Ley 22 *frimaire* contenían dos causas de falsificación, dejando fuera la simulación: a) la *falsedad material*, que consiste en la alteración de escrituras o firmas; y b) la *falsedad intelectual*, que consiste en la

²⁷² CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 353, quienes señalan que «Esta opinión, seguida por JOUSSE, está fundada en la ley 15 *ad legem Corneliam de falsis*. De un primer examen de esta ley, se desprende que se incurre en un delito de falsificación por el solo hecho de que las partes decidan ocultar su real intención en perjuicio de terceros: *Si creditor, colludens cum debitore suo, tibi proedium venundedit, falsum commisit et tibi nihil o ffecit*. Al respecto, GODEFROY afirma, con justicia, que la citada ley no se aplica sino sólo al caso particular que se da cuando al momento de vender un predio hipotecado, se produce un cambio fraudulento de la fecha de la hipoteca. En consecuencia, lo que se puede inferir de la ley 15 es que hay falsificación cuando las partes, incurriendo en una simulación, suprimen en un acto una fecha real, para sustituirla por una falsa. Por lo tanto, la que caracteriza, no de una simple simulación fraudulenta, una alteración de escritura y eliminación de datos de la misma, es lo expuesto, y es lo que puede considerarse como elemento del delito de falsificación». [Las versales son añadidas]

²⁷³ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 353-354, citando a MUYART DE VOUGLANS en *Lois crim.* T. 6 et 2, quien agrega que «[I]as penas aplicables a la simulación más común es la amonestación al Notario y los intereses que se aplican a las partes involucradas».

²⁷⁴ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 354

alteración de convenciones que las partes mismas acuerdan. Los comentaristas de la época explicaron al respecto que «la simulación no se encuadra en ninguna de estas dos causas: en la primera de ellas, porque las escrituras y las firmas emanan verdaderamente de las partes que han celebrado el acto»²⁷⁵ y, en el segundo, no hay falsedad intelectual «porque las convenciones simuladas son aquellas que las partes han escrito o dictado»²⁷⁶.

Con todo, los autores estiman que en la simulación hay una *evidente alteración de la verdad* pues contiene afirmaciones mentirosas y de fraude, esta alteración no puede ser el elemento para fundamentar la tipicidad de la falsedad, porque ella no posee el disvalor moral que requiere este delito. Esto se debe, agregan, a que no está comprendida dentro de ninguno de los casos enumerados por la ley. De esta manera diferencian la falsedad de la simulación, lo que les permite distinguir los niveles de desvalor de acción de cada una de modo coherente con la mayoría de la doctrina francesa que consideraba que la simulación no presentaba el mismo grado de reproche social que la falsificación. En efecto, si bien la conducta simulatoria afectaba la fe pública y producía un perjuicio patrimonial privado, no tenía el desvalor suficiente que exigía la norma que protegía el bien jurídico, por lo que su reproche se reenviaba a otros ámbitos del ordenamiento jurídico²⁷⁷.

§70. La jurisprudencia de la Corte de Casación francesa estuvo de acuerdo con esta opinión de los tratadistas y redujo el grupo de casos de falsedades punibles. Al respecto, distinguió los casos en los que no se presentaba falsedad sino sólo simulación impune. Esto lo logró delimitando, a través de sus fallos, los supuestos que constituyen una alteración engañosa propia de la simulación, de la conducta de falsificación

²⁷⁵ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 354.

²⁷⁶ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code Penal*, T. V, 1887-1908, p. 354.

²⁷⁷ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1887-1908, p. 354.

penalmente relevante, en base al *argumento implícito de no existir un deber general de veracidad de las declaraciones* de los particulares frente a terceros²⁷⁸.

§71. Respecto a la «estafa» en sentido estricto o «*l'escroquerie*», la legislación francesa de 1791 conservó la calificación de esta figura penal proveniente del Derecho romano, limitándose a modificar algunos elementos propios de este ilícito. Así, dentro de la estafa se incluyeron los fraudes y las maniobras que, teniendo como propósito la sustracción de bienes de un tercero, «buscan realizarlo provocando una confianza ciega y donde ellos abusan con perfidia»²⁷⁹. En este contexto, la Corte de Casación luchó con perseverancia contra el texto vago del delito de *l'escroquerie*, y sus interpretaciones, estableciendo un límite preciso para identificar las características relevantes del dolo criminal en dichos casos y haciendo una distinción entre los hechos característicos de ese dolo y aquellos que solo motivan una sanción civil.

²⁷⁸ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1887-1908, p. 354-355. Señalan que dicha sistematización jurisprudencial se reconduce a los siguientes casos: «a) Que el hecho de haber ejecutado fraudulentamente un acto con la ayuda de procedimientos químicos no constituye una falsedad sancionable; b) Que las enunciaciones mentirosas introducidas en un acto privado, con la firma del deudor, no puede pervertir el carácter de falsedad, porque ese documento no da fe de la verdad de las declaraciones en el contenidas, contra los terceros; c) La alteración fraudulenta hecha a través de enunciaciones existentes en un registro domestico, no puede ser considerado como un delito, de tal manera que ni ese registro ni quien posea ese registro están causando daños a terceros; d) El uso de hacer un acto de compraventa suscrito solo por el vendedor, no constituye un dolo civil porque no es una prueba que se pueda invocar contra los terceros». «Las diferentes distinciones que se acaban de exponer permiten trazar con más precisión el limite a la alteración de la verdad, sea esta alteración de la verdad practicada como una especie de fraude, no revela todavía los caracteres de un delito de falsificación; aun cuando va acompañada de una falsificación de escritura o cuando el acto falso no genera ninguna obligación o cuando la mentira enunciada en el acta no está destinada a su constatación. Entonces la alteración, cualquiera que sea la perversidad que la produjo, queda encuadrada en la clase de dolos y de fraudes, que en algunos casos son sancionados con una pena correccional, que en otros casos escapa de la acción represiva.»

²⁷⁹ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1852, p. 296. Citan el artículo 35 del título 2 de la Ley 16-22, de Julio de 1791, que disponía: «Ceux qui, par dol, ou à l'aide de faux noms, ou de fausses entreprises, ou d' un crédit imaginaire, ou d' esperances et de criantes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes, et escroqué la totalité ou partie de leur fortune, seront poursuivis devant les tribunax de distric; et si l'escroquerie est prouvée, le tribunade district, après avoir prononcé les restitutions et les dommages-intérêts, est autorisé à condamner, par voie de police correctionnelle, à une amende qui ne pourra excéder 5000 livres, et à un emprisonnemet qui ne pourra excéder deux ans». Trad. libre: Aquellos que mediante dolo o con la ayuda de falso nombre, o empresa falsa o de un crédito imaginario o de esperanzas flagrantes y quiméricas, abusaren de la credulidad de alguien, y estafado la totalidad o parte de su fortuna, serán perseguidos ante los tribunales de distrito, y si la estafa se demuestra, el tribunal de distrito después de ordenar la restitución y los daños e intereses, estará autorizado a condenar, por vía de la policía correccional, a una multa que no podrá exceder de 5.000 libras y a prisión que no podrá exceder de 2 años.

§72. Por su lado, a fin de distinguir el fraude penal propio de la «estafa», de otros engaños impunes y que sólo pueden remediarse a través de los remedios civiles, los autores civiles franceses de la época concluían que la intención de engañar en el derecho privado comprendía todos los artificios que fuesen reprochables en sí mismos y que fueran empleados con la intención de perjudicar a otro, más que de servir a los intereses de quien ejecutaba el acto. Esta clase de dolo contempla los actos que son mentirosos, *la simulación de los contratos*, la exageración del precio o de las calidades de la cosa vendida, etc.²⁸⁰.

§73. En aquella época, frente a la evidente falta de distinción normativa entre el «dolo civil» y el «dolo penal», el engaño propio de la estafa sólo se podía distinguir conforme a la —*doctrina de la mise en scène*— por medio de criterios tales como a) su mayor complejidad, y b) la utilización de subterfugios *previstos en la norma* para engañar, perjudicar y lucrarse a costa del patrimonio de la víctima. Así, se decía que «el dolo [...] no puede ser incriminado, en el sistema del Código Penal a menos que se presente acompañado de hechos y circunstancias previstas y definidas por la ley»²⁸¹. En particular, la Corte de Casación negó que fuese delito penal de estafa el caso de colusión en el que un adquirente y un vendedor utilizaron la facultad de rescindir la venta en perjuicio de un tercero *con la ayuda de una contraescritura secreta*. En particular, en este caso el Tribunal sostuvo que «atendido que se admiten como verdaderos todos los

²⁸⁰ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1852, p. 298. Al respecto decían que «El legislador de 1810 suprimió la palabra dolo, que se aplicaba igualmente para el dolo civil y el penal, es por ello que buscó precisar los hechos característicos del dolo criminal. «Se ha tratado, en la nueva definición de lo que constituye el delito de estafa, dice M. FAURE en la exposición de motivos del código, de evitar los inconvenientes que, se manifestaron en las redacciones precedentes. Esa de la ley 16-22 de Julio de 1791 había estado concebida de manera tal que constantemente se abusaba de ella, tanto para convertir los procesos civiles en procesos penales, al procurar la parte demandante prueba testimonial, al igual que contrariamente, como para eludir la persecución de la falsedad presentando el asunto como una simple estafa; y por el hecho de procurar al culpable de una especie de impunidad, causando así un gran perjuicio al orden público. Este abuso cesará sin duda después de la redacción del nuevo código. La supresión de la palabra dolo, que se encontraba en las primeras redacciones, eliminará todo pretexto de suposición que un delito de estafa existe por la sola intención de motivar a la equivocación. Profundizando los términos de la definición, veremos que la ley no quiere que se persiga a la estafa sin que exista un concurso de circunstancias y de actos que sirvan de antecedentes que permitan excluir toda idea de un asunto puramente civil.» (Arr. Cas. 23 de mars 1838)».

²⁸¹ CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1852, p. 298.

hechos, aun cuando sean absolutamente reprochables, no se observa en ellos dolo, por tanto, no son susceptibles de penas correccionales (Arr. Cass 31 oct. 1811)»²⁸².

En la misma línea, la Corte de Casación estableció que, al no estar expresamente tipificado dentro del sistema casuístico *el otorgamiento de contrato simulado*, éste no puede subsumirse en ninguna de las formas que adopta *l'escroquerie*²⁸³. Con ello, la Corte sostenía una interpretación restrictiva del tenor literal del art. 147 del *Code Penal* de Napoleón, el cual no excluía de la estafa a los casos de contrato simulado, al referirse como sigue a la fabricación fraudulenta de acuerdos, convenios o disposiciones en el contrato^{284, 285}:

²⁸² CHAVEAU/HELIE, *Théorie du Code penal*, T. V, 1852, p. 332-333.

²⁸³ El art. 405 del *Code Penal* napoleónico tipifica la estafa en los siguientes términos: «De todos modos, sea usando nombres falsos o invocando falsas cualidades, sea empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o creencia de un suceso, de un accidente o de cualquier otro evento quimérico, sea para volver a poner los fondos, muebles, o obligaciones, disposiciones, documentos, promesas, recibos o descargos, y habrá, por cualquiera de estos medios, estafa o intento de estafa en la totalidad o parte de la fortuna de un tercero, será sancionado con la pena de prisión de un año al menos y de 3000 francos. El culpable no podrá a contar del día en que hubiere sido impuesta la pena, ejercer durante cinco años al menos y hasta 10 años, los derechos del artículo 42 del código: todo, salvo las penas más graves del crimen de falsedad.» En su texto original en francés: «Quinconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles, ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de 3000 francs au plus. Le coupable pourra être, en outre, a compter du jour ou il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'art 42 du présent Code : le tout sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux».

²⁸⁴ *Code Penal*, conforme a celles de l'imprimerie impériale, Deuxième Édition, Paris, 1811, p. 617.

²⁸⁵ También, respecto del delito de falsedad en documento, el *Code Penal* francés — napoleónico— de 1810, tipificó el delito de falsedad en documento público y privado, respectivamente, como: «147. [Faux en écritures publiques] Seront punies des travaux forcés a temps toutes autres personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou par leur insertion après coup dans ces actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater.» Trad. libre: [La falsedad en escrituras públicas] Serán castigados a trabajos forzados todas las personas que han cometido falsedad en escritura auténtica y pública, o en escritura de comercio o de banco sea por falsificación o alteración de cláusulas o de firmas. «150. Tout individu qui aura, de l'une des manières exprimées en l'article 147, commis un faux en écriture privée, sera puni de la réclusion.» Trad. libre: Todo individuo cometa, por medio de alguna de las maneras expresada en el art. 147, falsedad en escritura privada, será castigado con la reclusión.

«Seront punies des travaux forcés á temps toutes autres personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, **soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations, ou décharges**, ou par leur insertion après coup dans ces actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pur objet de recevoir et de constater» (la negrita es añadida)²⁸⁶.

Además del aporte que significó deslindar las sanciones del dolo civil y penal en materia defraudatoria, la jurisprudencia y doctrina francesa adhirieron tácitamente a una proto idea que puede formularse del siguiente modo: «no existe un deber de veracidad en los negocios entre particulares». Esta posición significó un avance en la comprensión del desvalor que representa el contrato simulado frente a la figura del *l'escroquerie*, ya que no cumple con los elementos del engaño que la jurisprudencia estableció para esta figura, ni es una *modalidad de estafa*, porque el otorgamiento de un contrato simulado se vincula con una modalidad diversa de defraudación más que al uso de un contrato falso como medio idóneo de exacción patrimonial en el contexto de una estafa. Por ello, la simulación se mantendrá en el contexto de un dolo genérico que, *si la simulación no es estafa, no es delito penal*.

²⁸⁶ *Code Penal*, conforme a celles de l'imprimerie impériale, Deuxième Édition, Paris, 1811, p. 617.

4. El delito de otorgamiento de contrato simulado en España. Antecedentes históricos

§74. La evolución de la tipificación del delito de contrato simulado se enmarca en el desarrollo del delito de estafa. En la legislación española se observan dos sistemas distintos: a) el primero es el correspondiente al del Código Penal de 1822, que sigue un esquema *gradual* por medio del cual define una figura básica de estafa, formas atenuadas de ejecución y otra agravada por habitualidad y b) el segundo, que se generó a partir del Código Penal de 1848²⁸⁷, que sigue un esquema *casuístico*.

En efecto, a partir del Código Penal de 1848 el legislador optó por describir conductas genéricas, estafas propias, impropias y hasta una cláusula analógica que cerraba tal numeración, lo que se mantuvo así durante 125 años. Este sistema pretendía abarcar todas las posibles modalidades defraudatorias.

Con posterioridad, por la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal del año 1983 —LO 8/1983²⁸⁸— permaneció el mismo sistema mixto, pero sobre la base de un concepto genérico de estafa —del actual art. 248.1 CP— conservándose algunas de las antiguas modalidades, *v. gr.*, el delito de abuso de firma en blanco como subtipo agravado, y el delito de otorgamiento de contrato simulado del art. 532.2 CP²⁸⁹. Finalmente, mediante la entrada en vigor del Código Penal de 1995, continuó dicho sistema sobre la base de la figura genérica del art. 248.1 CP, con agravaciones particulares, *v. gr.*, el art. 250 CP²⁹⁰.

²⁸⁷ ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 60, «el Código de 1848 significó un notable retroceso: al instituir el sistema exageradamente casuístico que todavía rige en el actual; alterar el concepto general privándole además de su más lógica situación al comienzo de la serie; mecanizar la penalidad proporcionándola a la cuantía de la defraudación, y colocar en este lugar la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, que en el Código de 1822 estaban ordenados entre los abusos de confianza».

²⁸⁸ Vid. MUÑOZ CONDE/QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 1983*, 1983, *passim*.

²⁸⁹ Sobre la reforma de 1983, vid. RUIZ VADILLO, «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto, estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983», *EPC*, VII, 1984, *passim*.

²⁹⁰ Vid. STS de 30.03.1991 [RJ 2481], [Ponente: Sr. Díaz Palos]. LORCA MARTÍNEZ, *Las Estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, 1997, p. 25 s.; ÉL MISMO, *El fraude en la transmisión de bienes*, 1992, p. 18 s.; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, 2005, p. 11.

a. *Los orígenes legislativos del delito de contrato simulado en el Código Penal de 1848*

§75. El delito de otorgamiento de contrato simulado tiene su origen en el Código Penal español de 1848 y tras él fue incorporado a muchas otras legislaciones penales de habla hispana²⁹¹.

Como se mencionó en apartados anteriores, no hay un origen preciso histórico de esta norma, ya que no se cuenta con un referente explícito en el *Code Penal* napoleónico de 1811, ni en antiguos textos jurídicos como *Las Partidas*. Esta opinión no es pacífica y los tratadistas decimonónicos como GROIZARD, GÓMEZ DE LA SERNA²⁹² y PACHECO, relacionaron al delito de contrato simulado con el ilícito del art. 426 CP de Méjico, que dispone: «El que haga un contrato ó un acto judicial simulados, con perjuicio de otro, será castigado con una multa igual á los daños y perjuicios causados, si estos no exceden de cien pesos. Si pasan de esa cantidad se impondrá la pena de arresto menor y multa de segunda clase.- Si el autor del contrato simulado lo deshiciere, ó denunciare la simulación antes de que la justicia tenga conocimiento del delito, solo se le impondrá la multa correspondiente». Sostenían además que el origen remoto del delito de contrato simulado del art. 551 CP de 1870²⁹³ y art. 456.2 CP de 1850²⁹⁴ se encuentra en la *Ley 14, del título 2, de la Partida III* que disponía: «Palabras engañosas dicen los ome unos á otros de manera, que los fazen obligar por carta, ó por testigos, por mas de lo que deben. E aun despues que los han así engañado, adúcenlos en juicio, por

²⁹¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, prologando la obra de DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. XI. Así, entre otras, las legislaciones que han incorporado este delito son el: Código Penal chileno, de 1874, art. 471 núm. 2º; Código Penal hondureño, de 1906, art. 532, núm. 2.º; Código Penal de Guatemala, de 1936, art. 264; Código Penal argentino, de 1921, art. 173; Código Penal peruano, de 1924, art. 245; Código Penal de Méjico, de 1931, art. 387; Código Penal de Costa Rica, de 1941, art. 283; Código Penal de Nicaragua, de 1974, art. 283, y Código Penal de Paraguay, de 1910, art. 206. Se trata de códigos hispanoamericanos que de manera más o menos directa derivan y dependen del español. Cfr. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, 1997, p. 27. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 842 califica dichas importaciones por parte de los países hispanoamericanos, como «poco venturosa».

²⁹² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, T. VII, 1897, p. 228.

²⁹³ *El Código Penal, Concordado y Comentado*, T. III, 1881, p. 340 s.

²⁹⁴ *El Código Penal, Concordado y Comentado*, 2000, p. 1265 s.

demandarles aquello, á que los fizieron obligar»²⁹⁵. Consideraban que esta norma de *Las Partidas* habría sido incorporada al art. 265 del Código de Brasil del Imperio, que a su vez y de manera reducida tipificó la conducta de «[u]sar de algún artificio para hacer contraer a otro una obligación en que no pensaba o que no podía contraer [...]». De una atenta lectura de ambas disposiciones se puede advertir que estos autores relacionaron dos enunciados bastante diferentes el uno del otro en su contenido: *el primero* se refería a una especie de presentación de documentos falsos en un proceso²⁹⁶ mientras que, *el segundo* era una estafa. Es posible que PACHECO haya creído ver en el delito de contrato simulado una especie de *estafa procesal*, aunque nunca con carácter criminal y por ende, sin consecuencias penales²⁹⁷. En efecto, de la letra de la *Partida* citada no puede desprenderse más que una conducta específica consistente en aumentar maliciosamente una deuda existente, mostrándola adulterada en la presentación de la demanda o intentando probar esa circunstancia mediante testigos. En este sentido, la conducta descrita en la citada *Partida* se encuadra más adecuadamente como un antecedente de la denominada *estafa procesal*.

El esfuerzo por circunscribir la explicación normativa del delito de contrato simulado en una especie de *fraude documental*, ha generado problemas interpretativos e

²⁹⁵ La norma continúa: «E porque las cosas que son fechas con engaño, deven ser desatadas con derecho; por ende dezimos que si el demandado pudiere provar, é averiguar el engaño, que el demandador pierda por ello también la verdadera debda, como la que fué acrecida maliciosamente en la carta, ó en el pleyto, que fue fecho ante los testigos. E esto por dos razones, la una, por el engaño que fizo el demandador al demandado en el pleyto de la debda. La otra, por que seyendo sabidor que lo avia fecho maliciosamente, se atrevió á demandar en juicio, cuidando aun engañar al juez por aquella carta, ó prueba que habia contra su debdor. Pero si el demandador, ante que entrasse en juicio se quisiesse quitar del engaño que avia fecho, é se toviese por pagado que su debda verdadera, puédelo fazer, é non cae por ende en pena ninguna». Cfr. CÓDIGOS ESPAÑOLES, *Código de Las Siete Partidas*, T. III, 3.^a, 4.^a y 5.^a Partida, 1848, p. 28. En contra, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 1966, p. 1008, quien niega una relación penal del contrato simulado con cualquier primitiva figura delictual y sostiene que «su tradición es civilística y ni siquiera los trataron entre los delitos, sino entre los contratos (Part. V, Tit. II)»

²⁹⁶ Así, estimando dicho pasaje de las Partidas como propia de la estafa procesal, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 21-22.

²⁹⁷ De este modo adhiero a la oposición de DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 3 s. y p. 58, quien sostiene que «[...] para concluir estas observaciones, resulta asimismo inadmisibile la reducción del contrato simulado a un medio de prueba falso, pues abundarán los casos en que aquél obrará directamente sobre la víctima, sin haber sido hecho valer, ni siquiera con la idea de hacerlo valer, como medio de prueba.»

impedido arribar a conclusiones funcionales dado que —como se verá más adelante— consuetudinariamente se ha adherido a una interpretación restrictiva del mismo.

b. Tesis sobre la génesis del delito de contrato simulado en los arts. 777 a 780 del Código Penal de 1822 y el Proyecto de Código Criminal de 1831

§76. Para adentrarnos al origen histórico del *delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro* se debe tener presente que éste surgió en la época en que imperaba el casuismo del *Code Penal* francés de Napoleón de 1810²⁹⁸. Esto explica la configuración general de las defraudaciones en el Código Penal de 1822, el que recogió esa técnica legislativa^{299, 300}.

El Código Penal de 1822 fue el primer texto legal español que reguló el delito de estafa y usó la técnica del *Code Penal*³⁰¹. Como ya se explicó en otros apartados, los posteriores Códigos penales mantuvieron este modelo casuístico de tipificación e introdujeron cláusulas análogas relativas a las *estafas y otras defraudaciones*, para evitar que conductas merecedoras de pena que no habían sido descritas especial y

²⁹⁸ En general, se ha estimado que dos son los sistemas posibles de tipificación de la estafa en un Código: La enumeración y la definición. El *Còde Penal* de Napoleón eligió el segundo. El definitorio fue el empleado por el Código Penal de Rocco. Al respecto, vid. OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 1974, p. 14 y 17. En igual sentido, ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 59 quien piensa que en su momento ya la Ley VII de Las Partidas llamaba la atención que aparecía como inconveniente el casuismo, al citar que «v. gr., non podría home contar en quantas maneras fazen los homes engaños los unos a los otros». El precedente del *Code Penal* napoleónico de 1810, es la Ley francesa de Julio de 1791, que inspiró el art. 405 de dicho Código. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que a continuación del art. 766, figura general de la estafa, se añadían 5 figuras más, que constituían tipos atenuados en relación al general.

²⁹⁹ Así, por todos, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, p. 25.

³⁰⁰ En efecto, el primer Código Penal español siguió de cerca el modelo francés napoleónico, esto es, usando una enumeración ejemplificadora de la «l'escroquerie», aunque no logró ni su claridad ni su precisión, siendo por el contrario demasiado circunstanciado y dejando poco o nada al arbitrio del Juez. Cfr. OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 1974, p. 23.

³⁰¹ En el mismo sentido, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 26 y cita 3; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental*, 1999, p. 321; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad*, 1996, p. 13; VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 36; QUINTERO OLIVARES, «Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español», VV.AA., *Falsedad y defraudaciones* (Fco. Muñoz Conde, Dir.), *CGPJ*, 1995, p. 78. También, ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 60, quién recuerda que el art. 766 del *Code Penal* de Napoleón dispuso respecto del delito de estafa que: «Cualquier que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras [...]»

anteriormente quedaran impunes³⁰².

Posteriormente, el legislador español introdujo su propia definición del tipo de la estafa añadiendo una cláusula análoga bajo la siguiente fórmula: «o le hubiera perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial»³⁰³.

§77. El Código Penal de 1848 introdujo el delito de contrato simulado dentro del art. 445, numeral 2º, situado en la Sección segunda de las *Estafas y otros engaños*, del Capítulo cuarto titulado *Defraudaciones*, del Título XIV designado como *Delitos contra la propiedad*, del Libro segundo de los *Delitos y sus penas*, el cuál preceptuaba: «Incurrirán en las penas señaladas en el artículo precedente: [...] 2º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado». La pena que se le asignó, por remisión, fue la prevista en el art. 444, esto es, una «multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado»³⁰⁴.

Los registros de la *discusión del proyecto* de Código Penal de 1844-1845, revelan bastantes antecedentes para discernir el verdadero sentido y alcance de la figura objeto de esta investigación. En la Sesión del 3 de Junio de 1845, conforme se lee en el Acta nº 29 del Anteproyecto de Código Penal de 1844-1845³⁰⁵, una Comisión integrada por los Srs. Seijas, Clarós, Luzuriaga, Gallardo y el Presidente, terminó de discutir un proyecto de artículo por el Sr. Clarós.

Aquella propuesta era una *reformulación y bipartición* del art. 771 CP de 1822. Esa norma penal vigente en esos momentos sancionada a «[c]ualquiera que abusando de la debilidad ó de las pasiones de un menor de edad que sea hijo de familia, ya esté sujeto á tutor ó curador, ó cualquiera que esté en interdicción judicial por incapacidad

³⁰² Vid. *supra* cit. 287.

³⁰³ Cfr. ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 60.

³⁰⁴ Vid. *Código Penal de España*, 1848, *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 295.

³⁰⁵ *Código Penal de España*, Edición Oficial, 1848, *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 822-831, especialmente, p. 827-830.

física ó moral, hubiere conseguido hacerle firmar alguna escritura de obligación, ó de liberación ó finiquito por razón de préstamos de caudales, ó géneros ó efectos, *cualquiera que sea la forma bajo la cual se haya contratado*; ó hubiere percibido de dichas personas, abusando igualmente de sus circunstancias, alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada ó depositada, sin autoridad legítima, sufrirá un arresto de diez días á un mes, y una multa de diez á cien duros³⁰⁶» (las cursivas son añadidas).

En efecto, al igual que otras figuras penales del Código Penal español de 1822, se puede percibir que la idea del legislador de 1848 fue reducir la excesiva extensión de los tipos penales y adaptarlos a los nuevos tiempos, en concordancia con la instauración del principio de legalidad en materia penal, aún en pleno desarrollo. En la especie, la discusión de dicha norma legal derivó en un proyecto de artículo que incorporaría, además de un art. 771 CP de 1822 reformulado y simplificado, los siguientes numerales:

- «1.º Los dueños de una cosa mueble que la sustrajera en perjuicio de tercero, etc.
- 2.º El que hiciere suscribir en perjuicio de algún menor un documento abusando de su necesidad, flaqueza, etc.
- 3.º El que en perjuicio de tercero otorgare un contrato simulado.
- 4.º El que defraudare a otro, etc., usando de cualquier artificio fraudulento, etc.»

El motivo fundamental por el que la discusión del proyecto fue desde el primer momento *confusa y desordenada*, radica en que el Sr. Clarós no expuso con claridad al resto de la Comisión su idea de tipificar un delito de contrato simulado. En efecto, creyó que el concepto de «contrato simulado» debía ser aislado en un tipo aparte, ya que la función del tipo del art. 771 CP de 1822, era la de explicar la posibilidad y sobretodo, resaltar la irrelevancia de la utilización de formas simuladas en el *contrato con el menor*³⁰⁷.

La razón de señalar la simulación *como sinónimo de fraude* en los casos en que el menor era la víctima —y con quien se contrataba— radicaba en que la propia condición de menor hacía presumir o llevaba ínsito el engaño. En otras palabras, conforme al

³⁰⁶ *Código Penal Español*, 1822, p. 155.

³⁰⁷ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832 s.

sentido del art. 771 CP de 1822, se hubieran usado o no formas simuladas en el contrato con el menor, de igual modo debía apreciarse como delito y por ello, el tipo penal se centraba simplemente en la condición de *debilidad de la víctima*. En ese contexto, la idea de tipificar el delito de contrato simulado surgió de la existencia de casos en que había terceros afectados por la contratación con menores: *ello debido a los efectos frente a terceros de la sentencia que declarararía la nulidad de los contratos celebrados con el menor*. Por ello, el comisionado Sr. Clarós expuso el caso del Código francés por medio del cual se sanciona el *abuso de confianza de un menor a quien se hace contraer un préstamo*: como el préstamo está regulado y el Código francés prohíbe contratarlo con un menor, se pensó que era digno de protección penal, ya que *llevaba implícita la idea de abuso de su condición*³⁰⁸.

Por lo antes expuesto, en la mencionada Sesión los Comisionados debatieron sobre la idea de tipificar una conducta que sancionara *a quien hiciere contra otro una obligación prohibida por las leyes sea cualquiera el modo con que lo haga*^{309, 310}. La propuesta referida tenía el respaldo de lo establecido en el Código brasileño que daba extensión al supuesto antes mencionado ya que sancionaba *el que hiciere contraer a otro una obligación que no tiene ánimo de contraer*. Para la Comisión la necesidad de intervención penal se justificaba como modo de reprimir las siguientes conductas: a) el *abuso de la debilidad de la víctima*; b) *el uso de formas simuladas para eludir la aplicación de normas prohibitivas específicas y el fraude implícito*; y c) *proteger a terceros potencialmente perjudicados por la declaración de nulidad del acto*.

La idea del Sr. Clarós era dotar de un mayor grado de abstracción y generalidad a

³⁰⁸ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832 s.

³⁰⁹ *Código Penal de España*, 1848, *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 822-831, especialmente, p. 827.

³¹⁰ Esta idea provino del antes señalado, en el sentido que entendían que el contrato con un menor y/o cualquiera declarado interdicto, era una conducta prohibida por la ley. Como ejemplo de aquél supuesto el comisionado Sr. Clarós expuso el caso del Código francés por medio del cual se sanciona el *abuso de confianza de un menor a quien se hace contraer un préstamo*: como el préstamo está regulado y es prohibido contratarlo con un menor en el Código francés, se pensó que era digno de protección penal ya que *llevaba implícita la idea de abuso de su condición*.

la víctima señalada en el art. 771 CP de 1848, que sancionaba la contratación con el menor y el interdicto que, por estar prohibida por el Derecho civil, era nula.

Además, el comisionado *Sr. Clarós* propuso la incorporación del delito de celebración de contratos prohibidos dentro de los *estelionatos* justificándolo por la necesidad de sancionar ciertas infracciones del Código Civil que violaban preceptos singulares de dicho cuerpo legal³¹¹. Ante esta propuesta el *Sr. Luzuriaga* afirmó que ello estaba bien sólo para el Código francés que había reconocido la *usura al menor y la utilización de formas simuladas para encubrirlo*³¹². En este punto del diálogo se refleja que el resto de los Comisionados, o al menos éste último, no comprendían bien el supuesto de «perjuicio a tercero» con que el *Sr. Clarós* intentaba fundamentar su propuesta, sino que sólo entendían que la tipificación de este delito se justificaba por la concurrencia del fraude al menor y en la infracción a la norma prohibitiva de carácter extrapenal.

Luego, a medida que se desarrolló la discusión, los argumentos de los Comisionados se mezclaron a efectos de definir el injusto penal, en dos sentidos:

a. *Sancionar la contratación abusiva con víctimas débiles que incluían al menor, al pródigo, al borracho, al enfermo, al moribundo o inculato*. Frente a esta diversa tipología de víctimas, los comisionados hacían una doble distinción: i) actos o contratos nulos o prohibidos por las leyes, *v. gr.*, aquellos celebrados con un borracho, un inculato, un moribundo o un enfermo, abusando de su condición en tanto su voluntad estaba viciada

³¹¹ Probablemente tuvo en vista el «perjuicio» irrogado a un «tercero» afectado por una sentencia de nulidad de un negocio jurídico celebrado con un menor, al tenor de lo dispuesto en el art. 1301 CC y, sobretodo, lo dispuesto en el art. 1304 CC, en virtud del cual (del mismo modo y art. que en el CC actual) existe la regla según la cual el incapaz no está obligado a devolver sino en la medida que se prueba que se ha hecho más rico con la cosa o precio recibido. Vid. BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil Español*, 1891, p. 279 s.

³¹² Vid. ECHEBERRIA Y OJEDA, *Manual Alfabético de Delitos y Penas según la leyes y Pragmáticas de España*, 1791, p. 92-93, que a efectos de la usura, refiere «[a] fin de evitar en lo posible el perjuicio que causan los monopolios y torpes lucros, está dispuesto que en las obligaciones de resultas de comprarse al fiado cualesquiera géneros, se especifiquen estos por menor, con expresion de lo que se vende y á que precio, pues de lo contrario es difícil averiguar si el Mercader prestó géneros de mala calidad, y despues los cobra por de la mejor, *ley 4 tit. II lib. 5 Recop.*, y *Cédula del Sr. D. Cárlos III de 16 de Septiembre de 1784*». A través de esta figura penal se intenta persuadir que no se simule en el contrato el número de las cosas para evitar encubrir la usura.

por error o dolo, e ii) en los casos en que el contrato simulado constituye la fuente del perjuicio, ya que el negocio jurídico celebrado en un contexto de abuso de condiciones, lo obligaba en su detrimento. En este caso el concepto de «contrato simulado» era entendido como un «contrato con fraude por abuso de la condición»³¹³; o,

b. *Sancionar los casos de abuso a víctimas débiles por efecto del riesgo de perjudicar a terceros por la obligación de retrotraer las cosas al estado anterior a la contratación, tras su declaración judicial de nulidad.* Si bien esto último no se dijo explícitamente, hay frases que lo dejan entrever de este modo³¹⁴. Lo anterior explica que el primer texto propuesto hiciera referencia a una víctima que denominada «tercero», y no «a otro», que fue la fórmula en definitiva aprobada.

En medio de esta discusión, el Sr. Clarós —proponente y redactor del borrador— explicó el *telos* de la reformulación del art. 771 CP de 1822 que proponía: *se trata de sancionar a quien obliga a otro a otorgar un contrato que la Ley prohíbe*. Esta idea pretendía esclarecer tanto el supuesto de «contratos prohibidos por las leyes», como el de «contrato simulado», siendo este último un medio de comisión —y encubrimiento— del primero y que podía afectar a terceros ajenos al negocio, si se producía la declaración de nulidad del mismo, probablemente por la obligación de retrotraer las

³¹³ Esta distinción fue recogida íntegramente en el Derecho Penal argentino. En efecto, el Código Penal argentino establece: a) art. 173. «Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 6. **El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;**» b) art. 174. «Sufrirá prisión de dos a seis años: 2° **El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;**» Estos tipos penales provienen del denominado *Proyecto Tejedor* (1866-1868) el cual, si bien no fue sancionado como Código, fue adoptado por muchas provincias como la de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe, Tucumán. Luego, el Proyecto de 1881, redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, encargados de examinar el Proyecto Tejedor por el Poder Ejecutivo Nacional, predominó la influencia del Código Penal español de 1870. Luego, el 14.08.1882, la Provincia de Córdoba lo adoptó como Código Penal con algunas modificaciones, el cual fue presentado y rechazado por la Cámara de Diputados el 11.05.1881, tras lo cual el Congreso lo terminó por sancionar sobre la base del Proyecto Tejedor, como el primer Código Penal para la Nación, mediante Ley 1920, del 07.12.1886. Este Código Penal entró a regir el 1.02.1887.

³¹⁴ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832 s.

cosas al estado anterior al contrato declarado nulo. Pero prontamente la idea de proteger el «perjuicio de terceros» perjudicados³¹⁵ por la declaración de nulidad —como en el caso de la contratación con un «pródigo»— fue abandonada; al efecto, se argumentó que *conforme la ley civil, no se obligaba a retrotraer sino desde que se hallara inscrita la sentencia de interdicción*. Así las cosas, como también sucede en los casos de demencia, el propio Derecho civil contemplaba una norma de publicidad que exigía la anotación de la declaración de interdicción y que protegía los intereses de dichos «terceros», con la cual quedaban indemnes frente a la declaración de nulidad.

Con referencia a ese último aspecto hay intervenciones que distinguen entre los actos prohibidos por la Ley y los actos anulables³¹⁶. Cabe destacar que esta discusión estaba enfocada a proteger a los «terceros» del negocio jurídico —terceros adquirentes— que habían incorporado a su patrimonio bienes antes comprados a un interdicto, en un contexto de «abuso de su condición»³¹⁷. Por lo anterior, este modo de comprender el ilícito se debilitó rápidamente entre los Comisionados³¹⁸.

§78. Posteriormente, los Redactores volvieron a reflexionar sobre la idea principal que motivó el proyecto de tipificación del contrato simulado como un caso de *abuso*, en los siguientes términos: *el que concertase obligación en provecho suyo 4y contraria a la Ley*. Por su lado, el Sr. Goyena intentó mejorar el texto proponiendo: *el que hiciere*

³¹⁵ Si bien no es nítido el supuesto, entiendo que el «tercero perjudicado» lo era por haber tomado interés sobre caudales o cosas que habían sido el objeto del contrato con el menor o interdicto y que debía devolverlos por efecto de la declaración de nulidad del negocio.

³¹⁶ Respecto a la diferenciación entre ambos conceptos a la luz de la dogmática jurídico civil contemporánea, vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), 2001, p. 1522 s.

³¹⁷ Vid., LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832-833, la intervención del Sr. Presidente «[u]na obligación prohibida por derecho y nula, por consiguiente, perjudica a tercero». También es notable la intervención del Sr. Vizmanos quien aclaró que «no hay perjuicio de tercero ni simulación cuando para evitar que a uno le cojan sus bienes muebles», realiza dicha conducta (de simulación) en época de «persecución».

³¹⁸ Cabe agregar que los Comisionados que comprendían bien la naturaleza jurídico-civil del concepto que denominé «contrato nulo o anulable», no utilizaban en su diálogo el concepto de «contrato simulado», ya que es de la esencia de este último que los co-contratantes pacten un «acuerdo simulatorio», lo que en la especie no sucedía y es incompatible por su naturaleza.

contra otro una obligación en provecho suyo, que a su vez sea nula por la Ley. En ese contexto quedó en evidencia que la intención no era *prejuizar* ni sancionar ninguna categoría propia del Código Civil —como el contrato nulo— sino que se convino que el *quid* del asunto era tipificar una conducta de «fraude» o «abuso», único penalmente relevante más no *reforzar* por la vía punitiva la celebración de actos o contratos nulos —o anulables— cuya sanción al acto, que está dada por la declaración judicial de nulidad, es exclusiva y excluyente del Derecho privado³¹⁹.

En la referida discusión el Comisionado *Sr. Gallardo* relacionó la condición de «pródigo» con la «simulación», porque pensaba que ésta forma de contratar se utilizaría para esconder el abuso sobre el primero. En otras palabras, se intentaba explicar que el abuso al menor, al pródigo, al borracho se concretaría mediante una escritura simulada —en realidad fraudulenta— lo que permitiría no dejar rastro de las condiciones reprochables, desventajosas o falsas sobre las cuales se contrataba.

Con posterioridad se volvió, desde el supuesto más abstracto y genérico propuesto de *contratos prohibidos por las Leyes*, a uno singular y particular cuyo objetivo era tener en cuenta la condición de la víctima. Por ello, se pensó en establecer sanciones especiales cuando la víctima fuera *menor, borracho o desvalido por parte de otras mejor instruidas, a quienes se les hacía contratar en su perjuicio*³²⁰.

Una vez más no hubo consenso en cuanto a que las condiciones personales de

³¹⁹ En la referida discusión el Comisionado *Sr. Gallardo* relacionó la condición de «pródigo» con la «simulación», porque pensaba que ésta última forma de contratar se utilizaría para esconder el abuso sobre el primero. En otras palabras, se intentaba explicar que el abuso al menor, al pródigo, al borracho se concretaría mediante una escritura simulada [en realidad, fraudulenta] lo que permitiría no dejar rastro de lo reprochable de las condiciones o indicaciones desventajosas o simplemente falsas sobre las cuales se contrataba. *V. gr.*, si A pretendía aprovecharse de la condición de enfermo de B, obtendría de este último la suscripción de un contrato de venta de un bien en el que se daría por pagado el precio [cláusula de pago simulada], desconociendo o negando luego que en realidad no se había cancelado. A través de esta intervención, en realidad, se volvió sobre el mismo esquema del art. 771 CP de 1822, ya que conforme la literalidad de ésta norma, no interesaba la forma por medio de la cual se contrataba con el menor o interdicto.

³²⁰ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832-833. En este punto los comisionados estuvieron de acuerdo con el *Sr. Luzuriaga* quién expresó: «[d]esearía yo que se reprimiese aquí el abuso que redunde en perjuicio de otro de la debilidad de las personas», agregando después, «[y]o creo que aquí estamos hablando de más. Tratamos de pensar el delito que se comete engañando a otro por medio de fraude y tanto vale que la obligación sea legal o no, lo que es accidental. Ha habido fraude o estafa, es punible, ya sea que la obligación fuera legal o no»

desvalimiento de la víctima —la de minoría de edad, prodigalidad, incultura, alcoholismo, enfermedad y la del moribundo— fueran determinantes en un tipo *genérico* de fraude por «abuso de la condición de debilidad de la víctima». Aunque no hay referencias explícitas, probablemente los Comisionados pensaron que varios de esos supuestos limítrofes entre el engaño y el abuso estaban comprendidos en el delito de suscripción engañosa de documento del art. 441 n° 3 CP de 1848³²¹.

No cabe duda que los mismos miembros de la Comisión redactora del texto legal en estudio, conferían un significado estrictamente jurídico-civil al concepto de «contrato simulado» y no aceptaron su aplicación a los supuestos que discutían conforme al proyecto del Sr. Clarós. Esto se manifiesta en la intervención del Sr. Seijas quien expresó «[y]o encuentro que nada tiene que ver la simulación»³²².

Hasta aquí llegó la discusión legislativa del caso y nunca se otorgó un perfil definido al tipo de «contrato simulado». Con todo, la norma que finalmente se incorporó al Proyecto de Código varió sustancialmente de la propuesta original, la que fue redactada con el sujeto pasivo del delito «otro», en vez de «tercero». De este modo, la comisión incluyó en su numeral 2°, dentro de los denominados estelionatos, la figura de contrato en un contexto de abuso del menor y en el numeral 3°, la del *convenio simulado en perjuicio de otro*³²³.

El motivo del surgimiento de dos figuras que responden a la discusión legislativa,

³²¹ La suscripción engañosa de documento con «víctima débil» se sancionaba en el Código Penal de 1928 con una circunstancia agravante relativa a las «condiciones personales del estafado», en el n° 11 del art. 725; y por otro lado, el delito de contrato simulado en el numeral 14 de dicho mismo art., junto a una figura de estelionato que reza «Los que fingiéndose dueños de una finca, la entregaren en arrendamiento en virtud de contrato celebrado verbalmente o por escrito; y los que otorgaren en perjuicio de otro un contrato simulado».

³²² LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832-833.

³²³ El proyecto originalmente propuesto con el concepto de «contrato simulado» fue finalmente aprobado con la frase «convenio simulado». La razón más probable de este cambio puede deberse a que el art. 771 CP de 1822 incluía dentro de los documentos que se hacía suscribir al menor, en el contexto de abuso, escrituras de liberación o finiquito, que se avienen mejor al concepto de «convenio» (también tendente a extinguir obligaciones) que al de «contrato» (normalmente entendido en sentido estricto como creador o modificador de derecho y obligaciones).

se deja comprender en razón a que ambos tipos estaban formalmente vinculados en su génesis, respondiendo así a la propuesta del *Sr. Clarós* de desglosar en dos supuestos el art. 771 CP de 1822: uno que incriminara el contrato celebrado con el menor en el contexto de abuso de su condición; y otro que originalmente tenía por objeto proteger los derechos de *terceros* potencialmente afectados por la declaración de nulidad del acto³²⁴.

Sin embargo, por razones que desconocemos —probablemente por la sencilla y a la vez controvertida redacción del delito en estudio— el contrato simulado no es ni nunca se ha interpretado como vinculado al caso del fraude al menor. Es más, el texto definitivo del Código Penal español de 1848 no siguió el orden propuesto por la Comisión, sino que el delito de abuso del menor fue incorporado en el art. 447³²⁵ y el delito de contrato simulado, en el art. 445 n° 2, entre los *estelionatos*³²⁶. Adicionalmente, cabe destacar que la redacción final de este delito en dicho Código, en lugar de «convenio» usó el término «contrato».

Es imaginable —y bastante comprensible— que el legislador del Código Penal español de 1848 no haya comprendido el misceláneo artículo propuesto por la Comisión Redactora debido a la falta de relación entre uno y otro precepto, promoviendo y decidiendo incorporarlos en artículos y apartados separados. Esta desvinculación sistemática que se observa en el primer texto que lo incluyó es una de las razones históricas que han impedido revelar la verdadera naturaleza del delito de contrato

³²⁴ Probablemente el perjuicio que pensaba el proponente *Sr. Clarós* pudo estar relacionado con lo dispuesto en los arts. 1303 y 1304 CC que obliga, declarada que sea la nulidad de la obligación que consta en el contrato con un incapaz, a las restituciones recíprocas. Esta obligación de retrotraerse al estado (patrimonial) anterior a la celebración del contrato, sin embargo, tiene una excepción contenida en la segunda norma indicada: «no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.»

³²⁵ Esta norma que se mantuvo hasta el Código Penal de 1973 (Art. 544 CPD) establecía que «será castigado con las penas de presidio menor y multa de 10.000 a 500.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma»

³²⁶ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845)», Apéndice VI, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832-833.

simulado.

Mediante lo que se acaba de explicar, una vez realizada la sustitución en la propuesta definitiva del Sr. Clarós al legislativo del término «tercero» por «otro», y revelada la ausencia de un *telos* preciso de la norma en cuestión, este tipo penal de contrato simulado es susceptible de una completa reinterpretación y *reconstrucción* con base en el concepto normativo que lo integra³²⁷.

No cabe duda tampoco de que *no fue la voluntad de la Comisión tipificar la conducta de aquel que perjudica a un «tercero» ajeno al contrato mismo, en el sentido del «tercero» afectado por la contratación con un incapaz*. De esto da cuenta la intervención del Sr. Luzuriaga quien señaló que la conversación se había desviado del rumbo original y que sólo se estaba pensando en los casos del «menor» y en la «simulación», como casos de fraude por abuso. De este modo el grupo de casos que podía quedar cubierto con el «contrato simulado» y que no alcanzaron a perfilar respondían a la idea del Sr. Clarós de que alguien «trate de lucrarse de otro»³²⁸ por medio de un contrato simulado en un contexto de abuso.

De este modo concluyó la discusión de la Comisión, que finalmente resolvió en votación redactar el artículo como sigue:

«También serán juzgados al tenor de lo dispuesto en el artículo:

1.º El dueño de una cosa mueble que la sustrajere en perjuicio de un tercero, que la estaba poseyendo legítimamente por convenio o providencia judicial.

2.º El que abusando de la necesidad, flaqueza o pasiones de un menor le hiciese suscribir en perjuicio suyo documento de obligación, descargo o transmisión de cualquier derecho, por préstamo de dinero, efectos, o cualquiera cosa mueble, sea cual fuere la forma en que se disfrazare el contrato.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un convenio simulado.

4.º Finalmente, cualquiera que defraudare a otro o le irrogare perjuicios, usando de cualquier artificio fraudulento que no se hallare sometido a leyes especiales» (las negritas son añadidas)³²⁹.

³²⁷ Me refiero básicamente al concepto extrapenal y jurídico-civil de «contrato simulado». Al respecto, vid. *supra* Cap. I.

³²⁸ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845 en «*Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal [1844-1845]*», Apéndice VI, en *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal*, V. II, 1970, p. 832-833.

³²⁹ LASSO GAITE, Acta n.º 30 correspondiente a la sesión del día 4 de Junio de 1845, «*Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal [1844-1845]*», Apéndice VI, *Crónica de la*

La propuesta anotada fue en definitiva rechazada, y el art. 445 CP de 1848, dispuso:

«Incurrirán en las penas señaladas en el artículo precedente:

1.º El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo ó un tercero.

2.º **El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.**» (las negritas son añadidas)

De un modo bastante inexplicable, el delito de contrato simulado terminó incorporado a un mismo artículo *misceláneo*, junto al denominado *hurto de cosa propia* o *furtum possessionis*^{330, 331}. Por su lado, el supuesto que estaba en discusión —del fraude al menor— pasó a ser un tipo penal autónomo con énfasis en el uso de formas contractuales simuladas lo que se desprende de la cláusula analógica que *se halle encubierto bajo otra forma*^{332, 333}.

*Codificación Española, 5, Codificación Penal, V. II, 1970, p. 832-833. De modo análogo, conforme la modificación del Code Penal, de 1993, se re-creó la figura de: «L’abus frauduleux de l’état d’ignorance ou de la situation de détresse d’un mineur ou d’une personne particulièrement vulnérable», que se encuentra tipificado en el art. 313-4, antes, el 406. Trad. libre: El abuso fraudulento del estado de ignorancia o de la situación de desamparo (de necesidad) de un menor o de una persona particularmente vulnerable. Esta figura legal se encuentra dentro del Chapitre III.- De l’escroquerie et des infractions voisines de l’escroquerie. Trad. libre: De la estafa y de las figuras análogas a la estafa. Al efecto, vid. Code Penal, Nouveau Code Penal, Ancien Code Penal, 1994, p. 380-381. Sin lugar a dudas estamos frente a una genuina regulación penal tendente a la protección de la denominada víctima débil a efectos de la estafa. Al respecto, por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 243 s.*

³³⁰ Ilícito que antes se encontraba junto al delito de contrato simulado en el art. 531 CP y hoy, en el art. 236 CP. Su aparición en el Código Penal de 1848 fue en los siguientes términos: «El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo ó de un tercero.»

³³¹ En este sentido se pronunciaba sobre el antiguo art. 551 CP de 1848 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, 1897, p. 239, quien expresaba que «[o]tro defecto, perteneciente á la que podríamos llamar parte artística del Código, encontramos en el art. actual. Nada hay que aconseje tratar en él de dos incriminaciones entre las cuales tan pocas analogías existen. El sujeto del delito en el primer párrafo previsto, solo puede ser el dueño de la cosa. El del delito descrito en el segundo párrafo, puede serlo cualquiera. El fin de aquella acción es el apoderamiento de una cosa mueble; el de esta otra el finjimiento de un contrato. El medio de delinquir en el primer caso es la sustracción; en el segundo, el engaño. No hay, pues, punto alguno de contacto entre una y otra figura de delincuencia. Verdad es que para declarar una y otra responsabilidad se necesita que resulte un perjuicio (cita Sentencia de 10 de Febrero de 1879). Pero en realidad esta condición es inherente á todos los delitos de defraudación, de estafa y de engaño.»

³³² Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. III, 1978, p. 328, quien agrega que este delito se encuentra tipificado en el art. 711 CP de 1882, inspirado en el 406 del francés. Dicho art. 711 no se limitó a la minoría de edad, sino que se extendió a cualquier otro tipo de *incapacidad física* o *moral*, anticipándose a las muy posteriores tipicidades de los Códigos de Italia y Suiza. Pero fue en el Código Penal de 1848, cuando, sin razón alguna, se tornó a la afrancesada restricción típica del

Como se explicó, la idea originaria —y abandonada— del Sr. Clarós tendente a incriminar el contrato simulado en perjuicio de «tercero» se modificó en protección al «otro». Tras esa modificación sobreviniente subyace la siguiente idea: *si se hubiera querido restringir la calidad de víctima al co-contratante, se habría redactado del siguiente modo*: «3.º El que otorgare en perjuicio **del** otro un convenio simulado». Sin embargo, la norma objeto de estudio terminó redactada con el indicativo genérico «de otro», agregando un importante margen hermenéutico al intérprete, ya que de la historia fidedigna de su establecimiento hemos visto que no se colige *el íntegro rendimiento de sus términos*³³⁴.

De este modo, si seguimos la voluntad expresada de los comisionados que lo crearon, no cabe duda de que en su esfera conceptual encajan los supuestos de «abuso» en los contextos de administración del patrimonio ajeno, v. gr., el caso del tutor que mediante contrato relativamente simulado enajena bienes reflejando un precio inferior al realmente obtenido, defraudando a su pupilo. En este caso, además, se viola una norma legal de prohibición jurídico-civil³³⁵.

La figura penal en estudio quedó en una situación que obliga a considerar la *historia fidedigna de su establecimiento y adecuarla* a la sistemática actual del Código.

menor (en su art. 447) que permaneció hasta el CPD, incluso con un capítulo especial, desde el Código Penal de 1932.

³³³ Con todo, no resulta suficientemente justificado que se haya hecho una restricción de las incapacidades, dejando fuera otras que quizás más directamente afectan a la integridad de la voluntad y a las facultades dispositivas del sujeto pasivo, como son las patológicas. En este sentido también crítico QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. III, 1978, p. 329.

³³⁴ Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal», *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, 2006, p. 377-378, quien a raíz de los fenómenos de interpretación señala que «[e]llo dará lugar a los conocidos fenómenos de la **sobreinclusión** (el sentido literal posible de los términos del enunciado jurídico va más allá de su fin regulativo) y de **infrainclusión** (el sentido literal posible de los términos del enunciado jurídico no alcanza a abarcar todo el conjunto de supuestos de hecho pretendidamente comprendidos en su fin regulativo).» [la negrita es añadida]. También, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 24 y p. 39 s., quienes adhieren a la redacción amplia de los tipos penales de administración desleal, en especial al art. 252 CP, única manera de sobrellevar el enorme peligro de infrainclusión, que a su vez exige una interpretación sólida a fin de evitar que destinatarios y operadores desconozcan qué es y qué no es constitutivo de esta clase de ilícito.

³³⁵ Vid. art. 271 CC que dispone la sanción de nulidad de los actos del tutor con infracción a las autorizaciones judiciales que indica. Al respecto, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), 2001, p. 416 s.

Si la idea central de los legisladores de antaño fue sancionar penalmente el «abuso» por efecto de la «simulación de un contrato» que perjudica directamente al (patrimonio del) «otro» —la víctima— sólo resta preguntarse cuáles son los grupos de casos en que esto es plausible. En otras palabras, el *quid* del asunto es determinar en qué casos se puede ocasionar un «perjuicio» a «otro» —directamente en el patrimonio de la víctima— simulando un contrato.

c. *El contrato simulado en el Código Penal de 1850 y 1870*

§79. En el Código Penal de 1850, el delito de contrato simulado fue cambiado de ubicación sistemática —con la misma redacción típica del anterior Código Penal— en el art. 456.2 y sancionado con la misma pena³³⁶. Con posterioridad, en el Código Penal de 1870 fue nuevamente reubicado, esta vez, al art. 551.2; en esta ocasión *la pena aumentó considerablemente*, pasando de una mera multa a una privativa de libertad de «arresto mayor en sus grados mínimos y medio y una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado», conforme a lo dispuesto en el art. 550 de ese cuerpo legal³³⁷.

d. *El contrato simulado en el Código Penal de 1928, 1932 y 1944*

§80. En el Código Penal de 1928 se produjo un importante cambio legislativo. El delito de contrato simulado dejó de estar ubicado en un numeral separado y se incorporó al *estelionato*, es decir, a las defraudaciones «reales» sobre inmuebles y muebles que están o que puedan estar sujetas a gravámenes registrables o bien a determinadas limitaciones jurídicas de disposición³³⁸. Además de lo anterior, el delito de contrato

³³⁶ «Código Penal de España, 1850», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 443.

³³⁷ «Código Penal Reformado. Mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de Junio de 1870», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 634. Respecto de la jurisprudencia de la época, vid. HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio, *El Código Penal, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, T. II, 1908, p. 840 s.

³³⁸ LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, 1997, p. 26.

simulado pasó a tipificarse con pluralidad de autores³³⁹: así, conforme el numeral 14 del art. 725, se incriminaba la conducta de «[l]os que fingiéndose dueños de una finca, la entregaren en arrendamiento en virtud de contrato celebrado verbalmente o por escrito; y los que otorgaren en perjuicio de otro un contrato simulado»³⁴⁰.

Cabe destacar que en el art. 719.3 de este mismo Código se tipificó la insolvencia punible de los no comerciantes, estableciendo la conducta de «[h]aber simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas u obligaciones»³⁴¹. Esta inclusión abona la idea de que, salvo que el legislador haya incurrido en el vicio de la redundancia, el delito de contrato simulado no tendría relación con los supuestos de alzamiento de bienes.

Otro cambio importante del Código Penal de 1928 es el referente a la pena asignada al delito de contrato simulado, *la que se definiría con base en los tramos del perjuicio producido* y siguiendo la modalidad de punición de la estafa, conforme al art. 724 de dicho cuerpo legal³⁴².

El delito de contrato simulado se mantuvo del mismo modo redactado en el art. 526.2 CP de 1932³⁴³, pero la penalidad fue modificada —volviendo al sistema del Código Penal de 1870— conforme al art. 525 de dicho cuerpo legal (arresto mayor en sus grados mínimos y medio y una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado).

³³⁹ Cabe destacar que la indicación del sujeto activo plural constituye, al menos para el legislador de la época, un indicio de que el injusto penal no se corresponde con una actividad que se despliegue conforme al modelo de la estafa, ya que de ningún modo la víctima puede ser es el co-contratante (persona físicamente considerada).

³⁴⁰ «Código Penal, Real Decreto-Ley de 8 de Septiembre de 1928», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 913. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, 1997, p. 150.

³⁴¹ «Código Penal, Real Decreto-Ley de 8 de Septiembre de 1928», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 909.

³⁴² Esto supone un indicio de la afectación del patrimonio ajeno.

³⁴³ «Código Penal, Ley de 27 de Octubre de 1932. Reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de Septiembre de 1932», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 1136.

En el Código Penal de 1944 el delito de contrato simulado pasó a estar tipificado en el art. 532.2, y mantuvo la misma pena establecida en el Código Penal de 1932³⁴⁴.

e. El delito de contrato simulado y sus modificaciones en la segunda mitad del Siglo XX

§81. El Código Penal de 1944 estableció un tratamiento privilegiado al *estelionato* (en cuyo artículo lo acompaña el delito de contrato simulado) respecto de las otras modalidades de estafa³⁴⁵. Esto fue objeto de numerosas críticas de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, el legislador no se hizo eco de estas opiniones disidentes en el Proyecto de Código Penal de 1980 —art. 259— y sólo introdujo cambios en lo relativo a la cuantía del perjuicio.

Posteriormente, en la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 *no se incluyó el delito de contrato simulado*³⁴⁶.

El Proyecto de Código Penal de 1992, por su lado, sí recogió al delito de contrato simulado en el art. 255.3³⁴⁷. Luego, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal y el Proyecto de LOCP publicado en el BOE del Congreso de los Diputados del 26 septiembre 1994 recogió en los tres apartados de su art. 244 el artículo completo que constituye el antecedente próximo del actual art. 251: en este

³⁴⁴ «Código Penal, Ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de Julio de 1944», *Códigos Penales Españoles* (López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos/Ruiz de Gordejuela López), 1988, p. 1321.

³⁴⁵ El estelionato está referido a la figura del art. 2511 y del art. 2512 CP, esto es, respectivamente, «1º Quién, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero. 2º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero».

³⁴⁶ Salvo en lo referente a la penalidad asignada al ilícito. Así, antes de la Reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983, el delito se castigaba con la pena de «arresto mayor y una multa del tanto al triple del importe de perjuicio que hubiere irrogado». Luego de 1983, la pena pasó a ser de «arresto mayor», y en la actualidad, luego de la Reforma al Código Penal de 1995, L.O. 10/1995, de 23 de Noviembre, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

³⁴⁷ Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA, *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*, 1992, p. 136.

Anteproyecto se omitió cualquier referencia a perjuicio determinado.

Luego, el delito de contrato simulado fue incorporado al texto aprobado por el Senado —art. 252 CP—, publicado en el BOE del Senado del día 20 julio de 1995, con una redacción similar a la definitiva y vigente en el art. 251 CP de 1995. En éste Código Penal, siguiendo la línea marcada por el Anteproyecto de Código Penal de 1992 y en el Proyecto de LOCP 1994, el delito de contrato simulado, que siempre había estado regulado en todos los Códigos Penales —desde 1948— en la misma sección que el delito de *estelionato*³⁴⁸, se incrimina por primera vez *junto a él*, en un mismo artículo Se sanciona así, de forma conjunta, las conductas de estafa y la de simulación de contrato en perjuicio de otro, y lo que tuvo en cuenta el legislador para hacer esto fue el ejercicio fingido o abusivo del sujeto activo de su poder de disposición con el ánimo de *lucro* sobre cosas inmuebles y sobre determinadas cosas muebles³⁴⁹.

En lo que respecta a la pena asignada, cabe señalar que hasta la Reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983, el delito de contrato simulado se castigaba con la pena de arresto mayor y una multa del tanto al triple del importe de perjuicio que hubiere irrogado. Después de 1983, la pena pasó a ser de arresto mayor y en la actualidad, tras la Reforma al Código Penal de 1995, L.O. 10/1995, de 23 de Noviembre, de prisión de uno a cuatro años³⁵⁰.

Actualmente este delito se encuentra tipificado en el art. 251.3 del Código Penal de 1995, el cual dispone, con idéntica redacción a sus antecesores, que: «[s]erá castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 3.º El que otorgare en perjuicio

³⁴⁸ Nos referimos a la figura del art. 2511 CP: «Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.»

³⁴⁹ LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, p. 30. Respecto al concepto de lucro, vid. BAJO FERNÁNDEZ, «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPCP*, 1975, p. 369, quien sostiene que, «en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico»[...].»

³⁵⁰ La que dejó de ser calificable de *escasa significación*. Vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 8.

de otro un contrato simulado»³⁵¹.

El delito de contrato simulado, a diferencia de las otras dos figuras que le preceden en el art. 251 CP —y por efecto de la *ley del péndulo*— pasó de constituir una *figura privilegiada* a convertirse en una *modalidad agravada*. En efecto, en el Código Penal de 1995 el delito de otorgamiento de contrato simulado lleva aparejada una pena superior a las asignadas a los tipos básicos de la estafa cuya pena base es de seis meses, siendo la del contrato simulado, un año de prisión³⁵².

En este contexto el delito de contrato simulado es un tipo penal que representa, para el legislador, un mayor injusto que la estafa básica, cuya penalidad depende del monto de lo defraudado —antes, para constituir delito debía superar las quince mil pesetas y hoy los cuatrocientos euros—³⁵³.

II. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

1. Introducción

§82. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina. Esto se debe a los siguientes factores:

³⁵¹ Reforma operada por la Ley Orgánica 1/1995, cuya primera fecha de publicación del texto íntegro del Código Penal de 1995 fue el día 24 de Noviembre de 1995, Boletín Oficial del Estado n.º 281, y su entrada en vigor, el día 24 de Mayo de 1996. También denominada *falsedad defraudatoria, estafa documental y simulación de fraude*. Así, vid. STS de 30.01.1985 [R. 378], [Ponente: Sr. Gómez de Liaño Cobaleda].

³⁵² Lo anterior, sin perjuicio que la pena del delito de estafa agravado del art. 248 CP, en relación al 250 del mismo cuerpo legal, sea más alta. Conforme un sector de la doctrina, la agravación contemplada en el art. 250 CP, podría confirmar la tesis de que ciertas infracciones son más severamente sancionadas dado que la lesión infringida, excede del mero perjuicio patrimonial, *todo lo cual podría explicar que, dentro de aquellas, se halle el delito de contrato simulado*. Al respecto, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, «Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales», *EPC*, 1998, p. 306 s., especialmente, p. 337.

³⁵³ LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251*, p. 29.

- i. La ubicación del art. 251.3 CP, dentro del apartado de [*l*]as estafas, para algunos sugiere que debe ser interpretado según el modelo de la estafa³⁵⁴.
- ii. Existe una tendencia a analogar la conducta de a) simular un contrato, b) simular un documento, y c) falsificar ideológicamente un documento³⁵⁵.
- iii. Se mantiene arraigada la idea de que existe una íntima relación entre el delito de contrato simulado en perjuicio «de tercero» y el de alzamiento de bienes, o que al menos el primero es una especie del segundo³⁵⁶.
- iv. Las erróneas referencias históricas de su establecimiento, así como una falsa tradición de presuntas fuentes previas a la codificación que habría inspirado su concepción³⁵⁷.
- v. La difusa y exigua recepción por parte del Derecho Penal de la teoría civil de la simulación de contrato como un elemento *normativo* extrapenal del tipo³⁵⁸.

2. Aproximación a las principales corrientes doctrinales del delito de otorgamiento de contrato simulado

§83. Hay dos corrientes doctrinales respecto del delito de contrato simulado. La primera de esas dos doctrinas es aquella que asocia el delito de contrato simulado al

³⁵⁴ Por todos, vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, p. 164.

³⁵⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 34-38, quién es escéptico de la idea que mantenga contenido el delito del art. 251.3 CP tras la entrada en vigencia de los arts. 392 y 395 CP que destipificaron las falsedades ideológicas cometidas por particular en documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados.

³⁵⁶ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 208-209.

³⁵⁷ Hay erróneas referencias a un supuesto tipo penal que habría servido de inspiración al legislador del Código Penal español de 1848. Entre otros, vid. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, T. IV, 1856, p. 258.

³⁵⁸ DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 35, quien a nuestro juicio es el primer autor que se abre a la posibilidad de que la «simulación» deba ser concebido como un concepto no naturalístico, aunque no alcanza a concebirlo en términos normativos ni menos al amparo de la noción jurídico-civil. En efecto, señala «[a]hora bien, el delito de contrato simulado pone de particular relieve la insuficiencia de una concepción puramente naturalista del acto, porque en él tanto la acción de simular un contrato como el resultado de perjuicio patrimonial, apenas son nada en sentido naturalista y sólo cobran entidad y significado y se hacen inteligibles en relación a valores.»

*modelo de la estafa*³⁵⁹ y la otra, al *modelo de las falsedades*³⁶⁰. La primera exige la concurrencia de los elementos de la estafa común, mientras que la segunda no. A continuación desarrollaremos las principales notas de las mismas.

a. Corriente doctrinal que asocia —principalmente— el delito de contrato simulado al modelo de la estafa

§84. Un sector de la doctrina sostiene que el delito de otorgamiento de contrato simulado es una modalidad de estafa común del art. 248.1 CP³⁶¹. Esta concepción exige que concurren todos los elementos propios del delito de estafa, es decir, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio³⁶². Según esta corriente, el engaño consiste en simular un contrato³⁶³ que produce un perjuicio en el patrimonio ajeno a consecuencia del acto de disposición que se realiza con motivo del error en que incurre el engañado,

³⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, *passim*.; PÉREZ MANZANO, «Las Defraudaciones», VV.AA. (Bajo Fernández, Dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 1998, v. II, p. 472, adhiriendo aparentemente a la tesis de MUÑOZ CONDE, respecto de que se trata de una estafa impropia, pues no es necesario que el acto de disposición se realice por error —en el caso de que dos personas simulen para perjudicar a un tercero *v. gr.*,—, o no se puede decir que del acto de disposición derive directamente el perjuicio.

³⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 109.

³⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1993, p. 338-339. En similar sentido, vid. PUIG PEÑA, *Derecho Penal, PE*, 1988, p. 631 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 841 s.; ÉL MISMO, *Comentarios al Código Penal*, 1966, p. 1008-1009; BACIGALUPO ZAPATER/BENEYTEZ MERINO/CONDE-PUMPIDO FERREIRO/CONDE-PUMPIDO TOURÓN/COVIÁN REGALES/GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA/JAÉN VALLEJO/JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PAZ RUBIO/PÉREZ DEL VALLE/RUIZ VADILLO/SERRANO PASCUAL, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, 1997, p. 2.790 s.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (ÉL MISMO, Dir.), 2000, p. 944 s.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. PE*, 1993, p. 289; CAMARGO HERNÁNDEZ, «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», *ADPCP*, 1964, p. 229 s.; En Argentina, FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. PE*, 1989, p. 521 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1991, p. 203-204; En similar sentido, vid. ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, 1997, *passim*; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, PE*, 1994, p. 516-517; MORENO VERDEJO, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia* (del Moral García y Serrano Butrageño, Dirs.), 2002, p. 1730-1731.

³⁶² Vid. VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir.), 2000, p. 1150 s.

³⁶³ BAJO FERNÁNDEZ, como autor que suscribe esta corriente, hace suya la Jurisprudencia casi unánime en orden a considerar que la Ley se refiere a **contrato** en sentido genérico, esto es, otorgar un documento público o privado. Vid. las SsTS de 30.01.1985 y 19.02.1991 [la negrita es añadida].

el co-contratante³⁶⁴. De este modo, el hecho típico no se consuma en el momento del perfeccionamiento del contrato simulado, sino cuando se produce el perjuicio a consecuencia del acto de disposición patrimonial³⁶⁵. Respecto al perjuicio que exige como elemento del tipo, se sostiene que *puede sufrirlo tanto el co-contratante como cualquier otra persona ajena al contrato*³⁶⁶.

Para esta tesis, la ubicación del precepto junto a la estafa determina su estructura, de modo que el delito de otorgamiento de contrato simulado debe interpretarse conforme a dicho esquema básico o exigiendo la concurrencia de sus elementos típicos³⁶⁷. Así, para esa corriente el delito de otorgamiento de contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo se dirige a un «otro» —que puede ser tanto parte como ajeno a los contratantes— y que, fiado en la apariencia contractual realiza una disposición patrimonial que le perjudica³⁶⁸. Cabe agregar que para la mayoría de los autores adscritos a este sector de la doctrina, la conducta de otorgamiento de contrato simulado es punible con independencia de si la lesión económica llega o no a producirse³⁶⁹, lo que en sí mismo encierra una contradicción,

³⁶⁴ Por todos, vid. ampliamente, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 95 s.

³⁶⁵ Por todos, vid. PÉREZ MANZANO, *Compendio de Derecho Penal. PE* (Bajo Fernández, Dir.), 1994, v. II, 1998, p. 439 s. para quien los elementos objetivos del delito de estafa están conformados por a) el engaño; b) el error; c) el acto de disposición; y, d) el perjuicio patrimonial. También, CHOCLÁN MONTALVO, *El Delito de Estafa*, 2000, p. 87 s. Considerando más que dudoso que se trate de un supuesto de estafa, vid. DE VICENTE REMESAL, «Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: Delimitación y cuestiones concursales», *La Ley*, 1990, p. 126.

³⁶⁶ Por todos, vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, p. 164.

³⁶⁷ Los autores más significativos que suscriben esta doctrina son BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1993, pp. 338-339; EL MISMO, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, p. 164; CABEDO NEBOT, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal*, (Vásquez Iruzubieta, Dir.), 1998, p. 3.134, quien considera que se trata de una figura que requiere de todos los elementos de la estafa, pero que se trata de «de una falsedad ideológica lucrativa inserta en las estafas». Cercano se encuentra ALMELA VICH, «El delito de estafa y el de apropiación indebida», *AP*, 1998, p. 659 s., esp. 674-675; También, GARCÍA GIL, *Código Penal y su Jurisprudencia, Legislación Complementaria*, 1990, p. 539. Por su lado, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. PE*, 1999, p. 418, agrega como argumento que de otro modo no se comprende este precepto entre las estafas.

³⁶⁸ STS de 3105.1932 [R. 1932-33, 2039]. Sobre el perjuicio, vid. KINDHÄUSER, «Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa» (trad. por N. Pastor Muñoz), *AP*, N° 17, 2002, p. 422, quien sostiene que «[...] un perjuicio es una disminución de bienes transmisibles que no es compensada a través de la producción de determinadas circunstancias.»

³⁶⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 146 s.

dado que en caso de no concretarse el perjuicio, no se comprende la irrelevancia del desvalor de resultado.

En este contexto, ciertos autores agregan que el legislador habría considerado particularmente grave la utilización de un contrato simulado como medio para la comisión de un delito de estafa, ya que haría a la víctima especialmente vulnerable al confiar en la apariencia del contrato que el autor utiliza como medio de engaño³⁷⁰. Esa conducta típica «más grave» habría llevado al legislador a sancionarla con una pena mayor que la asignada a la estafa básica del art. 249 CP.

Dentro del mismo corolario de opiniones, otro sector de la doctrina sostiene que el sujeto pasivo perjudicado patrimonialmente por el delito de contrato simulado es un *tercero* o persona ajena a la relación contractual de los autores. Esto ocurriría cuando se suscribe un contrato simulado por parte de un agente que pretende con éste impedir el goce o ejercicio de un derecho de que es titular dicho tercero³⁷¹. En este contexto, el contrato mendaz sería un obstáculo para el ejercicio de dichos derechos, ya que constituiría una fuente creadora de una apariencia y de un estatus jurídico falso. En estos supuestos, el perjuicio típico se concretaría por la falsa apariencia que desplegaría dicho contrato simulado en el tráfico jurídico, impidiendo a la víctima ejercer su derecho a crédito u otros diferentes; así, la conducta sería punible desde que se opone el contrato al tercero o al menos, desde que el documento se introduce en el tráfico³⁷² creando un impedimento para el ejercicio de derechos legítimos de la víctima³⁷³.

³⁷⁰ No descartando que el engaño se promueva por el uso del contrato simulado, creador de apariencias, vid. VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa (Delimitación jurídico-penal con el fraude civil)*, 1987, p. 142 s. También, SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería financiera y Derecho penal», VV.AA., *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, p. 188, quien considera que no puede concluirse que la mera simulación dé lugar a la concurrencia de la conducta típica, dado que son exigibles ciertos deberes de auto-protección a la víctima, siendo típica cuando se estime capaz de superar dichas protecciones en el sector del tráfico correspondiente. Al respecto, vid. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, 1958, p. 265 s. De algún modo existe una expectativa social a no defraudar por medio de la contratación simulada, que consiste en el contrapunto de la presunción de validez civil de los contratos que colma el *principio de confianza* respecto de que los contratantes expresarán fidedignamente sus voluntades. Al respecto, vid. PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Consideraciones acerca de la incorporación de estructuras sociales en la operación del sistema jurídico-penal*, 2004, p. 376 s.

³⁷¹ Los casos paradigmáticos son: a) la suscripción de un contrato de enajenación con el preciso objetivo de eludir un embargo, una ejecución forzada, impedir el ejercicio de un derecho como la simulación del contrato de arrendamiento luego de vendido el inmueble o el cumplimiento de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto; y b) Fundar una posición jurídica, como en el caso de que se emplee un contrato simulado como objeto de prueba en una tercería.

³⁷² Algo similar sucede en el delito de receptación, respecto de la cual se han formulado dos teorías que intentan explicar el bien jurídico tutelado: a) la teoría del mantenimiento y, b) la del aprovechamiento. La primera sostiene que lo que se intenta es impedir la prolongación de la posesión ilícitamente creada. La segunda, sostiene que la receptación pretende evitar que se obtengan ventajas económicas mediante el aprovechamiento de una situación patrimonial antijurídica previamente creada.

Finalmente, cabe destacar que, para esta concepción, entre la estafa común y el delito de contrato simulado habría un concurso de leyes que se resolvería por el *principio de especialidad*, conforme al art. 8.1 CP³⁷⁴.

b. *Corriente doctrinal que asocia el delito de contrato simulado con el modelo de las falsedades documentales como medio de engaño de un delito de estafa*

§85. Para otro sector de la doctrina, el delito de contrato simulado es una mentira expresada en documento por un particular y merecedora de pena por constituir, a lo menos, el comienzo de ejecución de una estafa, en tanto ese documento falso sería el medio de engaño en el contexto de ese ilícito³⁷⁵. De este modo, esta también denominada «simulación estafatoria en perjuicio de otro»³⁷⁶, sería una variante de la

Sobre esto, vid. FARALDO CABANA, «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», *EPC*, 1998, p. 119 s., especialmente, p. 124-125. También, LAMPE, «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§261 StGB)», *EPC*, 1997, p. 103 s., especialmente p. 111, quien señala que esta norma no presupone un delito patrimonial en sentido técnico, pero sí en sentido amplio ya que impide se mantenga una situación patrimonial antijurídica.

³⁷³ Al respecto, vid. los interesantes aportes a esta categoría de ilícitos en CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculos. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, 2002, p. 40, 282 *in fine*.

³⁷⁴ Vid. STS de 18.02.1991[A. 1130], [Ponente: Sr. Delgado García]. También, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998, p. 304. Sobre el concurso aparente de leyes y el principio de especialidad, vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (ÉL MISMO, Dir.), 2000, p. 69 s.; MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1999, p. 677 s., núm. marg. 69; MATUS ACUÑA, *El concurso aparente de leyes*, 2008, p. 308 s.

³⁷⁵ Dicho de otro modo, el delito ya no sería estrictamente *otorgar un contrato simulado* sino *simular celebrar un contrato* que luego se utilizará para engañar acerca de ese hecho. *V. gr.*, una empresa finge recibir y aceptar docenas de Órdenes de Compra a fin de presentarlas como negocios en *curso* a los efectos de acreditar solvencia.

³⁷⁶ Los principales exponentes de esta corriente son BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 57-58; VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, 1885, p. 768, quien sostiene que «en cuanto a la simulación de contrato, hay que advertir que, si no tiene por objeto perjudicar á un tercero, no constituirá delito», lo que deja entrever que no lo consideraba un tipo de estafa; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, 1997, p. 225 s.; ÉL MISMO, VV.AA., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. II, (Arts. 138 a 385), 1997, p. 2.792 s.; Siguiendo a Conde-Pumpido Ferreiro, en el sentido de tratarse de una estafa impropia, se pronuncia ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, 2005, p. 132 s.; LORCA MARTÍNEZ, *Las Estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, 1997, p. 151 s.; ÉL MISMO, *El fraude en la transmisión de bienes*, 1992, p. 140 s.; ORTEGA LLORENTE, «Las falsedades ideológicas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y Falsedades*, 2005, p. 230; ANTÓN ONECA, *Obras*, 2000, p. 140; VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la PE del Derecho Penal*, VV.AA. (Quintero Olivares/Morales Prats, Dirs.), 2004, p. 670; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal Español. PE*, (M. Cobo del Rosal, Dir.), 2004, p. 508; PACHECO, *El Código Penal, Concordado y Comentado*, 2000, p. 1265-1266; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. PE*, 2000, p. 391-392; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1990, p. 1408-1409; LÓPEZ BARJA DE

anteriormente expuesta. Se considera entonces, que este delito comprendería tanto los casos de estafa documental y otros en que no se reúnen los elementos de la misma³⁷⁷. Estos autores señalan que «gramaticalmente no hay base para restricción alguna»³⁷⁸ y que esta conducta no reúne las características esenciales de la estafa, dado que el engaño no determina el perjuicio a través de un acto dispositivo.

§86. Los partidarios de esta tesis conciben al delito de otorgamiento de contrato simulado como una de las *excepciones externas al modelo de estafa*, junto a las destipificadas falsedades ideológicas cometidas por particular en documento público, oficial, mercantil o en documento privado con perjuicio de tercero o con ánimo de causarlo³⁷⁹. Este sector de la doctrina considera que «se castigaría la simulación

QUIROGA/ COBOS GÓMEZ DE LINARES/RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho Penal. PE*, T. II, 1990, p. 292-294; VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal Comentado*, 1996, p. 386; VIVES ANTÓN (Coord)/BOIX REIG/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ/MONTÉS PENADÉS/ORTS BERENGUER/DEL ROSAL BLASCO/SÁNCHEZ ILLERA/CUERDA ARNAU/GUINARTE CABADA/JAREÑO LEAL/JUANATEY DORADO/MIRA BENAVENT/VALLDECABRES ORTIZ/DOVAL PAIS/VALEIGE ÁLVAREZ/ALONSO RIMO/MORENO ALCÁZAR/ROIG TORRES, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. II, 1996, p. 1248. También, VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. PE*, 1999, p. 463; ELLOS MISMOS, en su edición de 1993, antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, p. 933. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Quintero Olivares, Dir.), 2000, p. 1184-1185. Agrega que amparado en lo que considera la Jurisprudencia mayoritaria, de concatenarse en relación causal el engaño-error-acto de disposición patrimonial, estaríamos ante un claro caso flagrante de «dolus subsequens» y se vaciaría de contenido del art. 251.3 CP. Respecto del «dolus subsequens» por todos, vid. MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1999, p. 313 s.

³⁷⁷ Aparentemente esa sería la opinión de DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, «El Notario ante posibles actos o negocios simulados con trascendencia penal», VV.AA. (Fuentes Martínez, Dir.), *Delitos Económicos. La Función notarial y el Derecho penal*, 2007, p. 113 s., esp. p. 124., quien lo considera un medio para la comisión de una estafa, pero cita ejemplos de la jurisprudencia que no reúnen los requisitos de la misma.

³⁷⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. PE*, 1990, p. 516 s. ÉL MISMO/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. PE*, 1994, p. 517, aunque curiosamente señala, renglón seguido, que esta figura resulta impune «siempre que no se derive de él perjuicio para otras personas distintas de quienes lo otorgan. Si el perjuicio para terceros no llega a producirse, puede haber **estafa** en grado de tentativa» [la negrita es añadida]. En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. PE*, 2000, p. 391-392.

³⁷⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 109. Entiendo que la denominación *excepción externa al modelo de la estafa* consiste en que constituye una excepción a las destipificadas falsedades ideológicas por particular en documento público, oficial o mercantil, que en todo caso forma parte del grupo de las defraudaciones en general. Similar SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. PE*, 2000, p. 392. Agrega que la razón de que la jurisprudencia lo haya calificado como delito de «falsedad defraudatoria o estafa documental» (cita SsTS de 30.03.1991 [Ponente: Sr. Díaz Palos], 25.10.1991 [Ponente: Sr. Martínez-Pereda Rodríguez] y 12.03.1992 [Ponente: Sr. Ruiz Vadillo]), «básicamente, para justificar la innecesidad de la concurrencia de los elementos de la estafa común en

contractual en tanto peligrosa para los intereses patrimoniales de terceros³⁸⁰», de modo que se trataría de una verdadera *tentativa especialmente tipificada* que no exigiría la producción efectiva del perjuicio patrimonial. Sin perjuicio de ello, la concurrencia de un concreto detrimento pecuniario de la víctima lo consideran como una razonable restricción del tenor literal del tipo penal³⁸¹.

§87. Otros autores de este mismo sector postulan que el delito de contrato simulado es —derechamente— un *caso de falsedad ideológica lucrativa*³⁸² y aseveran que dado que se «incluye»³⁸³ junto al *furtum possessionis*, basta el otorgamiento del contrato simulado en perjuicio de otro, lo que recalca el contenido de *falsedad documental perjudicial*³⁸⁴. También sostienen que no es necesaria la producción del perjuicio patrimonial en la víctima. En efecto, consideran que el perjuicio patrimonial es un elemento subjetivo, interno o trascendente del tipo, bastando para su punición el simple ánimo de perjudicar el patrimonio ajeno. En este sentido, uno de sus exponentes agrega: *el delito de contrato simulado sería un delito intencional de resultado cortado*^{385, 386}.

estos casos, de modo que la pura concurrencia de la simulación y su efecto perjudicial diera lugar a delito sin requerir la relación de instrumentalización que es propia del delito de estafa».

³⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Las inverdades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 106 s., esp. p. 109.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Vid. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho Penal Español. PE*, COBO DEL ROSAL (Dir.), 2000, p. 448. Semejante, ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, 1997, p. 192, quien opina que se trata de una conducta más próxima a la falsedad en documento privado que a la estafa. CABEDO NEBOT/ TURQUÍA GÓMEZ/SEGOVIA LÓPEZ/GUTIÉRREZ CARBONELL/ BRIONES VIVES/LÓPEZ COIG, (Vásquez Iruzubieta, Dir.), *Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal*, 1998, p. 3.134 s. También, QUINTANO, *Tratado*, II, p. 841. En este sentido se pronuncia STS de 30.03.1991 [RJ 2481], [Ponente: Sr. Díaz Palos], que señala que «se ha impuesto finalmente la consideración de estafa impropia, en que la especialidad más bien habría que predicarse respecto de la falsedad documental, castigada como una extrapolación en el delito de estafa».

³⁸³ En rigor se incluía en el CPD.

³⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1991, p. 203-204. Agrega que basta el otorgamiento del contrato simulado, con perjuicio de otro, recalcando el contenido de falsedad documental «de hecho» que produce el perjuicio económico.

³⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, 1972, p. 263. Para fundamentar su opinión recurre al hecho que el delito tiene asignada la pena de arresto mayor, la cual resulta proporcional sólo si se interpreta como un delito de resultado cortado, sin que se precise para su comisión, que se perjudique a otro. Por el contrario, si nos atenemos a la redacción del tipo legal que señala otorgar un contrato simulado *en* perjuicio de otro, podría dar pie para pensar que la

§88. Este sector de la doctrina ha calificado al contrato simulado como un delito *sui generis*³⁸⁷. En varios de esos comentarios —la mayoría bastantes sucintos— se destaca la necesidad de re-denominar al delito de contrato simulado como un caso de *estafa especial*³⁸⁸, como a los otros supuestos del art. 251 CP, aún a pesar que no guarden relación entre sí.

§89. Destaca de entre este grupo de autores la posición del profesor DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA —quien dedicó una monografía exclusiva al delito de contrato simulado—³⁸⁹ y quien sostiene una *posición mixta* por medio de la cual se reconocen dos facetas de este ilícito. La primera opera como un *medio para engañar* y la segunda, como un *medio para impedir el ejercicio de derechos*³⁹⁰. Esta explícita dualidad la escribe del siguiente modo: «[e]sta coexistencia, dentro de un mismo tipo o precepto, de

norma exige la ocurrencia real de este, ya que de otra manera la mera contratación simulada [sin resultado] sería típica, lo cual reconduciría a una punición de delitos de peligro que no se termina de explicar y justificar fácilmente, si se consideran los demás delitos de defraudación del Título respectivo en que se sitúa el de contrato simulado, que sí exigen perjuicio efectivo; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 52.

³⁸⁶ Por todos, vid. JESCHECK/WIEGEND, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. M. Olmedo Cardenete), p. 342, para quienes el delito de resultado cortado es un delito de intención en el que «la acción típica es completada por la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer *por sí misma*, esto es, sin la intención del autor».

³⁸⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. PE*, 1986, p. 320, quien sostiene que «no es ni una estafa ni una falsedad propiamente dichas». En sentido diverso, aceptando que se trata de una modalidad de estafa, ÉL MISMO, Derecho «La crisis jurisprudencial de la falsedad documental» en *Derecho Penal de la Empresa*, VV.AA., (Corcoy Bidasolo, Dir. y Lara González, Coord.), 2002, p. 58.

³⁸⁸ Dicha denominación aparentemente, se le debe a PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, T. IV, p. 254. Por su lado, vid. QUINTANO, *Tratado*, T. II, p. 593, a quien se le debe la bipartición de estafas reales y personales, según que la modalidad ejecutiva pueda verse predominantemente en cosas o personas. Actualmente, la nomenclatura más aceptada es la de estafas propias e impropias.

³⁸⁹ Vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 60-61.

³⁹⁰ Esta distinción ya había sido puesta de relieve por DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 45. En efecto, señala que «punto sumamente importante, y acaso el más importante en este terreno, que origina situaciones de hecho muy diversas en semejante delito es de los diferentes momentos en que puede insertarse la simulación en la dinámica de su producción y las distintas funciones que en relación con ello cumple. Pues, en efecto, la simulación puede inserirse en el proceso en el proceso ejecutivo del delito antes del acto de disposición patrimonial de la víctima, nociva para sí o para un tercero, creante en su mente, como engaño que es, un error que le mueva a realizar dicho acto dispositivo, o bien una vez llevado a cabo éste e incluso sin necesidad de él, creando una mera apariencia o estado engañoso de insolvencia que origine el correspondiente error en el acreedor, impidiéndole perseguir y obtener el cumplimiento de la prestación que se le debe, con el consiguiente perjuicio económico». En un sentido similar, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, (Rodríguez Mourullo, Dir.), 1997, p. 720, quien sostiene que «el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado conforma el único supuesto de los contemplados en el precepto cuya estructura no necesariamente resulta coincidente con la de la estafa común del art. 248.1».

dos delitos diferentes, o, expresado con más precisión, de naturaleza diferente, no tiene nada de particular ni debe extrañar, pues en el fondo no es nada diverso de lo que ocurría con el delito de entrega fraudulenta [...]»³⁹¹.

³⁹¹ DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 61.

III. LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

1. Introducción

§90. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro ha sido aplicado por la jurisprudencia a conductas de diversa naturaleza, al amparo de una comprensión amplia de los casos subsumibles en el tipo objetivo³⁹². De este modo, los tribunales han adherido a la consideración de que un mismo tipo penal constituye, por un lado, a) una auténtica estafa, cuya víctima es el co-contratante o un tercero³⁹³ ajeno al contrato simulado; y b) una defraudación que no sigue el modelo de la estafa, pero que causa perjuicio^{394, 395}. A continuación, se plantean los lineamientos generales de ambas corrientes jurisprudenciales.

³⁹² DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 60 s.

³⁹³ Como el caso que refiere DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 62-63, «[...] en una compraventa con pacto de que, si en un plazo determinado dentro de lo que al efecto permita la ley se presenta alguien que ofrezca un precio más ventajoso, se resuelve aquélla, a menos que el comprador o la persona a quién éste hubiere enajenado la cosa se allane a mejorar en los mismos términos su compra [...], y, conociendo el vendedor el interés del adquirente por la cosa, se colude con otro y simulan un contrato de promesa donde se le ofrece una suma muy superior, con el mero propósito de suscitar una representación errónea en dicho comprador e inducirle a pagar una cantidad más elevada, mucho mayor que lo que la cosa vale y que de otra suerte jamás hubiera obtenido».

³⁹⁴ Como ocurriría en supuestos difusos que, si bien no ejemplifica DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 64, se tratarían de casos en que el contrato simulado «[...] procura hacer imposible o infructuosa su exigencia, y, en fin, es la hipótesis o variedad de contrato simulado más frecuente».

³⁹⁵ Casos de compraventa que podría estimarse que el legislador ha querido «constituir al vendedor en garante» [STS de 18.07.1997], citada en SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 108. Vinculando los orígenes de la tipificación de los supuestos de faltar a los deberes de buena fe, existen antecedentes respecto del contrato de arrendamiento. Similar, en caso de arrendatario que sub-arrienda para evitar el lanzamiento, vid. STS de 04.06.2002 [RJ 2000/1856], [Ponente: Sr. Andrés Ibáñez] y STS de 30.05.2002 [RJ 2000/1177], [Ponente: Sr. Saavedra Ruiz]. Al respecto, vid. PARICIO, «Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia», VV.AA. (Murillo Villar, Coord.), *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, T. II, 2000, 196-197, quien sostiene que la *actio fiduciae* nació en el ámbito consuetudinario romano en base a la *fides* ancestral, al igual que la *actio tutelae*, la *actio pro socio*, la *actio mandato*, la *actio negotiorum gestorum*, a las que se agregarán más tarde la las de compraventa y la de arrendamiento (y más tardíamente aún la del depósito y de comodato) que aparecen al final de los elencos ciceronianos de los juicios de buena fe, propias de relaciones jurídicas ya no surgidas en un ámbito de estrecha confianza entre las partes (de familia, de amistad, de vecindad, etc.), sin el tráfico comercial, pero en las que igualmente se entiende exigible un comportamiento honrado y honesto. Con cierta variante, vid. STS de 30.10.1933 [RJ 1933/441]. Con variante, vid. STS de 26.09.1983 [RJ 1983/4580], mediante la cual se estima delito de falsedad documental del art. 306, por cuanto el contrato de arriendo se hizo sobre otro firmado por el antiguo titular del inmueble, borrando palabras y contrahaciendo firmas.

2. La tesis amplia

§91. La jurisprudencia de los Tribunales españoles se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de los elementos del delito de contrato simulado³⁹⁶. Destaca la invocación reiterada de la STS de 20.02.1970 que sostuvo que este delito consiste en: a) la imitación o fingimiento de un contrato inauténtico que se crea aparentemente al faltarle causa jurídica; b) la intención finalísticamente dirigida a originar un perjuicio a tercera persona, distinta de las que en aquél hayan intervenido; y c) la realización de un perjuicio concreto y conocido, aunque su alcance no se encuentre determinado y deba establecerse por el Tribunal, a medio de su discrecional arbitrio, no siendo suficiente un perjuicio abstracto³⁹⁷. A continuación, se comentarán los aspectos más relevantes que surgen de esta sentencia:

a. *La imitación o fingimiento de un contrato inauténtico que se crea aparentemente al faltarle causa jurídica.* Este fallo deja abierta la cuestión relativa al contenido que debe dársele al elemento falsario ínsito en el negocio jurídico. Es decir, no se comprende bien si realmente se refiere a un caso de falsedad material o ideológica; si puede versar en

³⁹⁶ Al respecto, pueden consultarse las siguientes SsTS en C.J. y R.: 1930/142; 1930/168; 1930/174; 1930/198; 1930/221; 1930/334; 1930/364; 1930/374; 1930/408; 1930/450; 1931/1413; 1931/1439; 1931/1466; 1931/1467; 1931/1577; 1931/1666; 1931/1669; 1931/1672; 1931/1678; 1931/1721; 1931/1782; 1931/2339; 1932/441; 1932/1884; 1932/1896; 1934/1796; 1939/245; 1939/1281; 1941/958; 1941/1191; 1948/881; 1949/38; 1949/647; 1949/828; 1950/647; 1950/1129; 1950/1153; 1952/1113; 1952/1757; 1953/2612; 1958/1659; 1958/3373; 1959/2279; 1959/3905; 1960/2550; 1961/855; 1961/1325; 1962/2050; 1963/4423; 1963/4792; 1964/3992; 1964/4837; 1964/5135; 1965/475; 1965/972; 1965/1395; 1965/5865; 1966/3338; 1966/4210; 1967/147; 1967/647; 1968/3562; 1968/5369; 1969/838; 1970/1000; 1971/237; 1971/271; 1971/5204; 1972/341; 1972/1457; 1972/4135; 1973/287; 1973/592; 1974/1713; 1975/178; 1975/3928; 1976/371; 1976/2140; 1977/2204; 1977/2294; 1979/3139; 1983/2183; 1983/4580; 1985/378; 1985/2055; 1985/2560; 1988/6562; 1989/5228; 1989/6014; 1989/6092; 1989/6247; 1989/6755; 1989/8481; 1990/2490; 1990/2615; 1990/7684; 1991/1130; 1991/2481; 1991/3674; 1991/5483; 1991/7313; 1991/7393; 1992/2080; 1992/7080; 1993/1547; 1993/4808; 1993/5873; 1993/7798; 1994/3692; 1994/10377; 1995/2857; 1995/5315; 1996/65; 1996/828; 1997/191; 1997/4512; 1997/6067; 1997/6499; 1997/7606; 1997/9668; 1998/1263; 1998/2981; 1998/3762; 1998/9813; 1998/10405; 2000/7771.-

³⁹⁷ Vid. en R. 1000.

documento público y/o en uno privado; o si se trata de un caso de simulación absoluta y/o relativa³⁹⁸.

Por su lado, esta sentencia agrega *que dicho contrato se crea aparentemente al faltarle causa jurídica*. Esta frase tiene dos consecuencias: i) es una referencia explícita a la *teoría del contrato simulado en Derecho civil* que revelaría que el TS lo considera un elemento normativo del tipo de carácter extrapenal; e ii) reduce el injusto sólo a los casos de simulación absoluta.

b. *La intención finalísticamente dirigida a originar un perjuicio a tercera persona, distinta de las que en aquél hayan intervenido*. Esta corriente exige —para sancionar por delito de contrato simulado a la mera suscripción del mismo— que se compruebe la intención finalística^{399, 400} de los contratantes orientada a producir perjuicio a tercera persona.

Por su lado, la circunstancia de que dicho perjuicio típico debiera sufrirlo una tercera persona distinta de las que en aquél hayan intervenido, nos lleva a dos conclusiones: i) que no es admisible el modelo de la estafa cuando uno de los co-contratantes es la víctima; e ii) que no pudiendo ser víctima uno de los co-contratantes

³⁹⁸ La norma no distingue entre simulación de contrato que se recoge en documento público y privado. Aceptando esta tesis vid., GONZÁLEZ RUS, VV.AA. (Cobo del Rosal y otros), *Compendio de Derecho Penal Español*. PE, 2000, p. 448.

³⁹⁹ Respecto a los orígenes de la conceptualización del dolo malo, vid. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Instituta-Digesto*, 1889, p. 351, haciendo alusión a ULPIANO, quien se refería a SERVIO, § 2.— quien lo definió como «cierta maquinación para engañar á otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra». Pero además indica que LABEON sostiene que «[...] también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe á alguien, y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa, y simularse otra, como hacen los que con disimulación de esta naturaleza cuidan y defienden ó sus propios intereses, ó los ajenos. Y por esto lo definió así: dolo malo es toda astucia, fallacia, ó maquinación empleada para sorprender, engañar, ó defraudar á otro. La definición de LABEON es verdadera.» Acerca del origen de la defraudación a través de una simulación entre dos, vid. ÉL MISMO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Digesto*, 1897, p. 718, al recopilar el Título XX de dicho cuerpo normativo, acerca DEL ESTELIONATO, § 1.— «Asimismo, si alguien hubiere hecho impostura, ó colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estelionato.» Finalmente, vid. ÉL MISMO, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Código*, T. II, 1895, p. 475, acerca del mismo crimen.

⁴⁰⁰ STS de 18.06.1888 [C.J., V. I, 508]. Análogas, las SsTS 0106.1917 [C.J., V. I, 133]; 3112.1918 [C.J., V. II, 140]; 18.03.1930 [R. 1930-31, 203] y 03.02.1932 [R. 1932-33, 1984].

del negocio jurídico, deja abierta la cuestión acerca de que lo sea respecto de uno de los otorgantes^{401, 402}.

3. La tesis restrictiva

§92. Sin embargo, existe otra tendencia jurisprudencial que considera punible bajo el título de delito de contrato simulado, casos respecto de los cuales se lesiona un derecho con la mera suscripción del negocio jurídico simulado, lo que ocurre en los supuestos en que el agente dispone de alguna facultad —amplia o reducida— de administración torcidamente ejercida sobre el patrimonio o cosa de otro. Así: i) el padre que administra los bienes propios del hijo, finge deudas inexistentes⁴⁰³; ii) el dueño del inmueble simula un contrato de sub-arriendo para impedir o dilatar el remate judicial

⁴⁰¹ En contra, STS del 22.01.1971 en R. 237, la que sostuvo que «[e]l delito de simulación de contrato, que como estafa singular tipifica el art. 532, número 2.º CP requiere la imitación o fingimiento **bilateral** de un contrato inauténtico, que se crea aparentemente, por faltarle causa jurídica que lo ampara, y con el que los agentes tienden finalísticamente, con ánimo de lucro, a originar a distinta persona un perjuicio que se produce lesivamente de manera conocida y concreta; por lo que de su contenido deriva que el perjuicio ha de incidir en el patrimonio de una tercera persona distinta de las confabuladas y extraña a los contratantes y además que no sea acreedor.» [La negrita y cursiva es añadida]. LARENZ, *Derecho Civil. PG* (trad. de M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 500-501, quien señala que «[l]a nulidad del contrato simulado deviene conforme el opuesto del principio de interpretación del negocio jurídico según el cual «una declaración concebida con *igual* significado por las partes de común acuerdo es válida con el significado atribuido por las partes». Dicho opuesto es que las partes, de común acuerdo, han atribuido el significado que el negocio «no debe tener lugar un efecto jurídico correspondiente a la declaración». Tanto la declaración de voluntad recepticia y la conformidad del destinatario deben coincidir que no sea válida, sin impedirlo que se presente ante un tercero, —un notario o una autoridad— y que tenga un conocimiento cierto o real que se emite con una finalidad aparente.

⁴⁰² PASTOR MUÑOZ, *Lecciones de Derecho Penal. PE*, VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), 2007, p. 224 quien cita el caso de los administradores de un club de fútbol que fingieron convenios de compra y cesión de derechos económicos y de imagen relativos a los jugadores, compensando la deuda contable que tenían con el club.

⁴⁰³ Con variante, vid. STS de 09.05.1977 [RJ 1977/2204], mediante la cual se condena al sobrino que ostentando poder del tío fallecido, vende simuladamente por interposita persona para quedarse con un bien raíz. Con una variante se expresa STS de 22.01.1975 [RJ 1975/178], [Ponente: Sr. Hijas Palacios], mediante la cual se condena a por delito de contrato simulado por pagar deudas inexistentes de la sociedad que de que es gerente, a su cuñado. Hoy dicha conducta sería sancionada por medio de la aplicación del art. 295 CP. En estos casos puede darse la figura de la auto contratación, *v. gr.*, el apoderado que se paga a sí mismo deudas por su gestión con el patrimonio administrado. No hay problema en admitir delito de contrato simulado en figuras de auto contratación. Así, vid. SsTS de 08.10.1975 [RJ 1975/3928], 12.07.1988 [RJ 1988/6562], 18.02.1992 [RJ 1992/1130]. En esta última sentencia se deja en claro que debe ser una tercera persona física.

por parte del acreedor hipotecario⁴⁰⁴, reconociendo un poder de administración, aunque reducido —la facultad de sub-arrendar— sobre el bien arrendado⁴⁰⁵; iii) un copropietario vende simuladamente el camión de modo coetáneo al juicio de cese de comunidad iniciado por el otro comunero⁴⁰⁶; iv) puesto de acuerdo un socio con un tercero para reconocer una deuda mediante contrato simulado que ejecuta en el patrimonio social y perjudica al con-socio⁴⁰⁷; v) compraventa simulada de todos los bienes de un padre en trance de muerte para impedir que la hija heredara⁴⁰⁸; vi) el administrador de los pisos los sub-arrienda a sus hijos en precio menor y luego los sub-arrienda nuevamente, lucrando y perjudicando a su administrado; vii) el apoderado simula con su hijo la compraventa del inmueble del poderdante en pago de una deuda que mantenía este último con el señalado hijo⁴⁰⁹; viii) un tercero sin derecho alguno vende a otro tercero el bien de la comunidad, puesto de acuerdo con un comunero para sacarlo de la masa de bienes de la partición, creando un título *ex-novo*; ix) puestos de

⁴⁰⁴ Con variante, vid. STS de 06.05.1976 [RJ 1976/2140], por medio de la cual se condena a los cónyuges ejecutados civilmente, que luego de rematado su inmueble y antes de inscribir el acta de remate, lo venden a su hermano en dinero que declaran haber recibido con anterioridad.

⁴⁰⁵ Si bien hay un negocio jurídico simulado y un perjuicio típico, este caso a mi juicio se debe subsumir en el delito del art. 257.12º CP, ya que importa sobre la base del principio de especialidad, un caso de insolvencia punible por la dilatación dolosa de un procedimiento de apremio tendente a recuperar el inmueble arrendado. La mencionada norma dispone que «1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 2º. Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. 2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.»

⁴⁰⁶ STS de 16.06.1952 [RJ 1952/1113]. También, vid. STS de 15.03.1990 [RJ 1990/2490], mediante la cual se condenó por la venta de la propiedad en comunidad para eludir el cumplimiento de una sentencia de cese.

⁴⁰⁷ Con variante, vid. STS de 25.09.1979 [RJ 1979/3139], mediante la cual un Consejero/Delegado y el Secretario simulan venta de parte de un inmueble de la sociedad a otra que crean al efecto.

⁴⁰⁸ También, vid. STS de 03.02.1932 [RJ 1932/1884], en que el marido separado de su esposa y en trance de muerte, enajena bienes para que no herede. En otro caso similar se absolvió por cuanto la venta del inmueble hecha por gratitud no había perjudicado los derechos hereditarios que aún no se habían diferido ya que los padres enajenantes no han fallecido al tiempo de la sentencia. También, vid. SsTS de 09.07.1941 [RJ 1941/958], de 25.05.1949 [RJ 1949/828], de 1107.1950 [RJ 1950/1153] y de 13.10.1952 [RJ 1952/1757]. También, NAVARRO, *Casos especiales de estafas y otras defraudaciones*, 2007, p. 109, da cuenta de casos análogos a los que se ha dispensado similar tratamiento punitivo.

⁴⁰⁹ STS de 13.04.1961 [RJ 1961/1325]. En el mismo sentido, vid. STS de 05.10.1990 [RJ 1990/7684]. Similar, STS de 18.02.1991 [RJ 1991/1130]. También, STS de 30.03.1991 [RJ 1991/2481]; STS de 05.07.1993 [RJ 1993/5873]; SAP de Orense de 15.04.1998 [ARP 1998/1263].

acuerdo con su hermano, cedió simuladamente sus derechos hereditarios que le correspondía en la herencia de sus padres, para impedir que su mujer e hijo cobrasen la pensión alimenticia fijada judicialmente; x) el esposo simula enajenaciones para insolventarse y dejar de pagar pensión alimenticia a su mujer⁴¹⁰; xi) el ocupante simula con la propietaria del inmueble un contrato de arrendamiento para impedir que el adquirente en subasta, goce del predio rematado judicialmente⁴¹¹; xii) uno de los tres socios simulan contratos con inexistentes acreedores para vaciar la compañía con el objetivo de perjudicar al consocio⁴¹².

En general, en estos casos se consideran subsumibles en el delito de contrato simulado, ya que se ha reconocido la existencia de una *especial* relación entre autor y víctima. Con todo, esta línea jurisprudencial no se funda en la consideración explícita de una determinada noción de *especiales deberes de veracidad* o de *fidelidad* que pesan sobre el autor y que deba respetar a favor de la víctima⁴¹³. Sin embargo, en los referidos casos el juzgador ha entendido que el perjuicio ocasionado por el contrato debe ser directo y/o producirse al momento mismo de su celebración, esto es, «*ipso facto*»⁴¹⁴.

En el fondo, en todos estos casos la jurisprudencia utiliza un concepto limitado de autor y de víctima⁴¹⁵. En otras palabras, en estos fallos trasciende la idea de que sólo

⁴¹⁰ STS de 12.04.1950 [RJ 1950/647]. Esta sentencia además rechaza la idea que la excusa legal absolutoria de parentesco sea aplicable a los delitos de «falsedades». También, STS de 12.12.1968 [RJ 1968/5369]. Estos casos son discutibles ya que, si la insolvencia se crea en bienes propios, quizás convendría apreciar un delito de alzamiento de bienes.

⁴¹¹ STS de 04.04.1974 [RJ 1974/1713]. Se trata de un caso discutible a delimitar correctamente con el delito del actual art. 2511 CP, ya que la única variante de este caso es que operó una enajenación forzosa por parte del tribunal y en ese sentido se falsea la circunstancia de ser actualmente propietario. Pero si el contrato se antedata, como es el caso, no se finge *actualmente serlo* que entiendo es requisito de dicha estafa inmobiliaria.

⁴¹² STS de 16.05.1991 [RJ 1991/3674], en un caso que no produjo una situación de insolvencia total ni tampoco existió ánimo de defraudar a los acreedores.

⁴¹³ Vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 78 s.

⁴¹⁴ El término «*ipso facto*» es preciso para resaltar que el contrato simulado perjudica con su otorgamiento y lo ocupa la STS de 25.05.1949 [RJ 1949/828].

⁴¹⁵ Al menos uno de los co-contratantes podría ser un delito especial por tratarse de un obligado conforme a un deber específico. Al respecto, vid. MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1998, núm. marg. 45 s., p. 206 s.; JESCHECK/WIEGEND, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. M. Olmedo Cardenete), 2002, p. 286 s.; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1999, p. 304 s.; JAKOBS, *Derecho Penal. PG*, 1997, p. 723 s., esp. p.

hay delito en la medida que haya «abuso» de una condición que permite al agente incidir directamente en el patrimonio de su víctima, ya que posee una directa injerencia sobre el mismo y en otros, una facultad de administración sobre el aquel⁴¹⁶. Asimismo, como sucede en los casos de *gestión desleal*, estos fallos no exigen el enriquecimiento del autor, bastando el perjuicio del titular del patrimonio administrado: el «otro»⁴¹⁷.

A través de esta línea jurisprudencial, anclada en la infracción tácita de *deberes especiales* que obligan a un sujeto a no perjudicar directamente a su víctima, se tiende un puente entre el delito de contrato simulado y otras figuras afines que incriminan la gestión desleal del patrimonio ajeno⁴¹⁸.

727, núm. marg. 13; ROXIN, *Derecho penal. PG* (trad. D. M. Luzón Peña y otros), T. I, 2000, §10, núm. marg. 128, p. 338,

⁴¹⁶ Vid. STS de 26.02.1998 [RJ 1998/224], también denominado caso «Argentia Trust». Cfr. MORENO VERDEJO y MARCHENA GÓMEZ, «El delito de apropiación indebida en el Código Penal de 1995», *CJ*, 1998, p. 77 s. También, ORTEGA LLORENTE, «Las falsedades ideológicas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y Falsedades*, 2005, p. 207-210. En el caso «Argentia Trust» pudo haberse enjuiciado el negocio simulado en perjuicio de otro subyacente, en base al indicio cierto de su existencia y extremos fácticos básicos dados por las Facturas ideológicamente falsas.

⁴¹⁷ STS de 05.02.1965 [RJ 1965/475], por medio de la cual se condena al administrador y al comprador de las fincas por medio de contratos simulados.

⁴¹⁸ En este muy relevante es la STS de 18.10.1972 [RJ 1972/4135], mediante la cual se deslinda el ámbito de aplicación de la norma del delito de contrato simulado y el de alzamiento de bienes, señalándose respecto del primero que no es aplicable cuando el perjudicado es mero «acreedor». Por el contrario, vid. STS de 14.07.1989 [RJ 1989/6247] que, en un caso de alzamiento parcial de bienes para eludir el pago de prestaciones laborales, se condenó por delito de contrato simulado.

CAPÍTULO III

RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

«Decía también a los discípulos: Había un hombre rico que tenía un administrador, al cual acusaron de malgastar sus bienes. Lo llamó y le dijo: ¿Qué es lo que me han contado de ti? Dame cuenta de tu administración, porque ya no ocuparás más ese puesto. El administrador pensó entonces: ¿Qué voy a hacer ahora que mi señor me quita el cargo? ¿Cavar? No tengo fuerzas. ¿Pedir limosna? Me da vergüenza. ¡Ya sé lo que voy a hacer para que, al dejar el puesto, haya quienes me reciban en su casa! Llamó uno por uno a los deudores de su señor y preguntó al primero: ¿Cuánto debes a mi señor? Veinte barriles de aceite, le respondió. El administrador le dijo: Toma tu recibo, siéntate en seguida y anota diez. Después preguntó a otro: Y tú, ¿cuánto debes? Cuatrocientos quintales de trigo, le respondió. El administrador le dijo: Toma tu recibo y anota trescientos. Y el señor alabó a este administrador deshonesto, por haber obrado tan hábilmente [...]»⁴¹⁹.

Evangelio según SAN LUCAS 16, 1-8

I. Introducción

§93. Como se puede colegir del capítulo previo, el delito de contrato simulado es una figura penal de claro tenor literal, pero de oscura interpretación. En otras palabras, siguiendo a BACIGALUPO ZAPATER, el delito de contrato simulado *tiene una estructura no resuelta* la que podría responder a una diversa a la propia de la estafa^{420, 421}.

⁴¹⁹ El art. 173 n° 6 CP argentino de 1921 tipifica —junto al delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro— el de entrega de recibos falsos. Al igual que el actual Código Penal español, el n° 7 del art. 173 CP argentino, tipifica la administración desleal del patrimonio ajeno del siguiente modo: «[e]l que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;».

⁴²⁰ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 31.

⁴²¹ Vid. STS de 18.02.1992 [RJ 1992/1130], considerando tercero.

Al intentar dilucidar el sentido y alcance del tipo penal, se ha recurrido a un estudio de la historia de su establecimiento, tras el cual se concluye que no existen antecedentes previos a su introducción en el Código Penal español de 1848 ni que el legislador haya expuesto una determinada definición que limite su interpretación. En efecto, de la discusión en el seno de esa comisión legislativa se puede concluir que el proyecto del Sr. Clarós transitó desde una lógica de incriminar los *contratos nulos celebrados con un incapaz*, a una noción amplia de protección del *patrimonio ajeno perjudicado por contratos simulados, stricto sensu*⁴²². De este modo, no constando más que estos tópicos, cabe afirmar categóricamente que no existe un registro de la voluntad del legislador que el intérprete deba atender⁴²³.

Siguiendo con lo anterior, encontrándose inconclusa la actividad hermenéutica del tipo penal en estudio, es lícito —y a mi juicio forzado— el que se adscriba el concepto de «contrato simulado» a la categoría jurídico-civil, como un elemento normativo del tipo extrapenal⁴²⁴. De este modo —de aceptarse dicha definición— la coherencia *sistemática orgánica* exigiría considerar su concepto, fundamentos y régimen que, conforme al Derecho privado, le es propio. La razón fundamental que permite recurrir a la teoría y concepto del «contrato simulado» del Derecho privado, es que tanto la tesis restrictiva de la jurisprudencia⁴²⁵, como el sistema vigente de incriminación de las

⁴²² Vid. TORÍO LÓPEZ, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», *EPC*, 1987, p. 381 s., especialmente, p. 397.

⁴²³ Respecto de la interpretación de los tipos penales y en especial, de la historia fidedigna de su establecimiento como criterio vinculante, vid. JESCHECK/WIEGEND, *Tratado de Derecho penal*, PG (trad. M. Olmedo Cardenete), 2002, p. 161 s., quien considera que la historia fidedigna del establecimiento puede servir para discernir conforme al método teleológico de interpretación; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1999, p. 166 s., para quien no tiene un carácter decisivo; ROXIN, *Derecho penal. PG* (trad. D. M. Luzón Peña y otros), 2000, T. I, 2000, p. 225, §7, núm. marg. 70-73, quien aboga más bien por una interpretación conforme al límite literal posible de los términos y a los fines político-criminales o conforme a un criterio teleológico; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal», *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, 2006, p. 374-375 señala que «[l]a voluntad del legislador histórico puede obtenerse empíricamente a partir de los materiales legislativos, así como del contexto histórico en el que se promulgó el enunciado. En cambio, la finalidad objetiva no parece constituir algo susceptible de ser "descubierto", sino, más bien, algo que resulta de la interacción del legislador, que inserta el texto de un enunciado jurídico-penal en un contexto comunicativo, y el intérprete, quien se aproxima" al referido enunciado desde un punto de vista externo a éste (pero "interno" al Derecho).»

⁴²⁴ Sobre los conceptos jurídicos extrapenales, vid. por todos, JESCHECK/WIEGEND, *Tratado de Derecho penal*, PG, p. 138-139, 316.

⁴²⁵ Vid. *supra* §92.

falsedades documentales se presentan como indiciarias de que la simulación de contrato no es un contrato falsificado y, si lo fuera, no sería punible tras la abolición de las falsedades cometidas por particular en documentos público, privado, mercantil u oficial operada en el actual Código Penal.

1. Crítica a la vinculación del delito de contrato simulado con la estafa

§94. La consideración del concepto de «contrato simulado» del art. 251.3 CP de acuerdo a la definición del Derecho privado, produce una radical consecuencia en la tesis que defiende la noción del injusto del delito de contrato simulado conforme al *modelo de la estafa*⁴²⁶. De acuerdo a la categoría jurídico-civil, el *acuerdo simulatorio* —elemento de la esencia del «contrato simulado»— es incompatible con la noción de engaño y fraude propio de la estafa⁴²⁷. Así, no se concibe que <A> *pacte* con un negocio jurídico *simulado* que perjudique patrimonialmente a este último⁴²⁸, ya que no sería fruto de un *acuerdo* sino de un *silencio* entre las partes del negocio. Por su lado, es consustancial a la noción jurídico-civil del «contrato simulado» que <A> *acuerde simular* con para que nazca el primero como resultado de dicho pacto; y, dependiendo de la finalidad perseguida, que eventualmente ese contrato perjudique patrimonialmente a un <otro C>.

§95. Adicionalmente, cabe señalar que es propio del engaño típico de la estafa que se mienta o disfrace la intención de uno de los co-contratantes, lo que en Derecho privado constituye un caso de «reserva mental»⁴²⁹ cuyo tratamiento jurídico-civil no se relaciona con el «contrato simulado»⁴³⁰.

⁴²⁶ En contra, vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 45.

⁴²⁷ Por lo mismo tampoco se puede considerar al delito de contrato simulado una *estafa impropia*. En contra, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 149.

⁴²⁸ Por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 50 s.

⁴²⁹ Al respecto, vid. STS 30.04.1986, que definió la simulación de un contrato como la divergencia entre lo declarado por las partes y su verdadera voluntad, diferenciándose de la *reserva mental* en que, en ésta, una de las partes declara cosa distinta de lo verdaderamente querido y, en cambio, en la simulación, ambas partes están de acuerdo entre sí para ofrecer una determinada apariencia.

⁴³⁰ En contra, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, p. 164.

A mayor abundamiento, la interpretación con base a la ubicación sistemática del art. 251.3 CP —bajo el mismo apartado de *las estafas*— se torna inconsistente dada la precaria idea del legislador original acerca del tipo penal⁴³¹.

2. Crítica a la vinculación del delito de contrato simulado con la falsedad documental

§96. El art. 251.3 CP tiene una relación oscura con las formas de falsedad documental. Ambas comparten un núcleo común que consiste en faltar o alterar la verdad; sin embargo, de la definición de «contrato simulado» del Derecho privado surgen diferencias que a continuación se ponen de relieve.

Como ya se adelantó, un sector de la doctrina entiende que el «contrato simulado» es una mentira de particular merecedora de pena al constituir —a lo menos— el comienzo de ejecución de una estafa, denominando por ello a esta figura como «simulación estafatoria en perjuicio de otro»⁴³². En un sentido bastante similar se había pronunciado RODRÍGUEZ DEVESA, quien consideraba este delito como comprensivo de casos de estafa documental y de otros en que no interviene documento. A estos efectos sostenía que «gramaticalmente no hay base para restricción alguna»⁴³³, agregando que este ilícito no reúne las características esenciales de la estafa, porque el engaño no determina el perjuicio a través de un acto dispositivo.

Por otro lado, la jurisprudencia ha venido vinculando —aunque de manera sutil— simulación con engaño y fines defraudatorios⁴³⁴:

«La palabra <simular> significa fingir o imitar lo que no es, y para incurrir en la sanción penal del núm. 2.º del art. 551 CP (1973) es de absoluta necesidad o condición indispensable la ficción o imitación de un contrato que no haya existido realmente con el propósito de causar perjuicio a tercero, estableciéndose por semejante medio una relación

⁴³¹ Vid. *supra* §§74 s. Recordemos que el art. 445 CP de 1848 es una norma miscelánea.

⁴³² Vid. *supra* cita 368.

⁴³³ Vid. *supra* cita 378.

⁴³⁴ La determinación de ser o no punible un incumplimiento contractual ya fue correctamente resuelto, de manera negativa, por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ya ha declarado que el hecho de no satisfacer una persona, unas letras de cambio que se dirigían contra ella, no da lugar por sí solo, al ejercicio de las acciones criminales.

directa entre el acto de la simulación y la persona perjudicada, siendo, por tanto, la esencia de ese delito una mutación de la verdad que, por su índole, engendra siempre la doble responsabilidad del que finge el contrato y del que presta su cooperación frente a este fingimiento, como es común el dolo a uno y otro, pues ambos saben que el pacto es falso, que carece de realidad entre los supuestos contratantes y que sólo tiene por fin el que pueda uno de los otorgantes eludir con perjuicio de tercero una obligación legítima»⁴³⁵.

§97. El problema de la comprensión del art. 251.3 CP como una falsedad ideológica en documento⁴³⁶ se agudiza debido a la *destipificación* expresa de las falsedades ideológicas de particulares en documentos públicos, privados, oficiales y mercantiles después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995^{437, 438}. En consecuencia, se torna insatisfactoria la permanencia de este tipo penal interpretado como *falsedad ideológica documental*, ya que ni la historia, la dinámica de delito, ni su pena justifican su incriminación y sanción penal⁴³⁹.

a. *Documento y contrato son conceptos normativamente diferenciados*

§98. Probablemente la falta de diferenciación entre los conceptos de *documento* y *contrato* sea la más relevante causa de los problemas que surgen entre los delitos de falsedad de documento y el delito del art. 251.3 CP. La idea de este apartado es contribuir a esclarecer dichas diferencias sustanciales y cómo pesan sobre la interpretación de los tipos penales en los que inciden⁴⁴⁰.

El art. 26 CP dispone que, «[a] los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia

⁴³⁵ STS de 24.11.1917 [C.J., V. II, 104]. Análoga, la STS 02.12.1884 [C.J., V. II, 287].

⁴³⁶ Respecto a la falsedad ideológica cometida por particular en Escritura Pública, vid. ECHANO BASALDUA, «¿Falsedad ideológica de particular en Escritura Pública? (Revisión de la doctrina jurisprudencial), *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín FERNÁNDEZ-ALBOR*, 1989, p. 253 s., haciendo en esa época una interesante restricción del tipo penal; Acerca de la necesaria distinción entre falsedad y simulación, Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *La Falsedad Documental*, 1999, p. 460 s. Acerca de los límites de la falsedad lícita e ilícita o relevante para el derecho, vid. COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, N° 56, 1995, p. 429 s.

⁴³⁷ Así, expresamente, vid. ÉL MISMO, *Delito de falsedad documental*, 2002, p 50.

⁴³⁸ Tras la limitación de la tipificación del delito de falsedad cometido por particulares a los tres primeros números del art. 390.1, la falsedad ideológica sólo está castigada cuando se comete por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, equiparando así la falsedad intelectual o ideológica al hecho de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

⁴³⁹ Vid. *infra* §§172 s.

⁴⁴⁰ Sin abundar en la distinción propuesta, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *La Falsedad Documental*, 1999, p. 468-469 y cita 135, 561 s.

probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica»⁴⁴¹. Se deduce entonces, que esta norma *no alude a los contratos o negocios jurídicos*, cuya concepción jurídica sólo se halla—como concepto compuesto o de dos términos— en el Derecho privado.

El concepto jurídico-civil de «contrato» se encuentra establecido en el art. 1254 CC que lo define como una realidad que «[...] existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Considerando dicha definición, a pesar de la amplitud del concepto de documento a efectos jurídico-penales contenido en el art. 26 CP, se debe concluir que el *contrato* es una noción jurídica diversa a un *documento*. El primero podría estar contenido en el segundo, y en otros casos puede existir un *contrato sin documento*, como ocurre en los casos que estos se celebran verbalmente⁴⁴².

§99. Así las cosas, el contrato es antes que todo un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, cualidad que le confiere un carácter esencialmente *ideológico-obligacional*. Por su lado, el documento constituye un vehículo en que puede constar un contrato u otro dato o antecedente, configurando siempre, en el primer caso, algo más que el mero documento. Esto también se deduce de la circunstancia que en el Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, sólo se incriminan *falsedades documentales* y no *falsedades de*

⁴⁴¹ En el viejo Código Penal, no se establecía un concepto de documento y por ello la doctrina intentaba definirlo mediante la exposición de sus principales características y funciones. Al efecto, vid. BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 47 s.; En la doctrina alemana se utiliza un concepto amplio de documento, como el que plantea JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 112, como «toda declaración corporizada que pretende generar efectos jurídicos, ya consistan dichos efectos jurídicos en una constitución (documentos dispositivos y documentos testimoniales sustitutivos de los anteriores) o en la fe pública consistente en la exactitud de una afirmación jurídica (documentos testimoniales generadores de fe pública)».

⁴⁴² JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 69 y 71, quien sostiene que en «cada *documento* se encuentra inherente una declaración de autenticidad al igual que en cada declaración con carácter vinculante —incluso oral— se encuentra inherente una declaración de veracidad. La frase «el carácter escrito debe probar la verdad» no tiene sentido, porque se refiere a una forma de declaración, con la que la verdad no está relacionada; [...]»

contrato^{443, 444}. Por ello, el documento y el contrato —al menos a efectos del presente estudio— son conceptos jurídicos diferenciados respecto de los tipos penales que los sancionan. Así, a) respecto de los *documentos* las actividades incriminadas son, por regla general, las *falsedades*⁴⁴⁵; y b) respecto del *contrato*, su *simulación*⁴⁴⁶.

§100. Esta diferenciación-distinción ya se ha esbozado por la doctrina especializada en la crítica a la STS 1/1997 de 28.1.97 [Ponente Sr. de Vega Ruiz], la cual resolvió el denominado caso «Filesa»^{447, 448}. Respecto de éste, basta señalar que la

⁴⁴³ Ha contribuido a esta confusión una suerte de falta de diferenciación conceptual —dentro de la teoría de las falsedades documentales— del fingimiento de poder con los casos en los que el representante se extralimita en sus facultades, de lo que surgiría una declaración que no es imputable al aparente representado o «falsa». Sobre esto, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *La Falsedad Documental*, 1999, p. 561 s. También, vid. p. 492-493 y cita 200.

⁴⁴⁴ En Derecho civil se estudia la diferenciación y la sanción que conllevan los casos de falta de poder y exceso de poder, pero desvinculado a la concurrencia de dolo por parte del apoderado o *falsus procurator*. Al respecto, por todos, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, «Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator»», *ADC*, T. 29, 1976, p. 1060 s.

⁴⁴⁵ Vid. JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 201, quien revela cómo en Alemania se refiere indistintamente a «[...] la simulación de un efecto jurídico mediante un papel inauténtico es, como ataque a la orientación, per se /sin tener en cuenta la producción de otras consecuencias] una lesión típica del deber de seguridad en el tráfico, esto es, una falsedad documental.»

⁴⁴⁶ La circunstancia que el propio legislador utilice el verbo «simular» para definir la actividad de «falsificar» material o ideológicamente un documento, no altera en nada esta idea, ya que la categoría civil de «contrato simulado» diversa a aquella.

⁴⁴⁷ En esta sentencia se reconoce que la falsedad ideológica está destipificada conforme el Código Penal de 1995, se condena a particulares por emisión de Facturas (documentos mercantiles) en las que se declaran negocios jurídicos inexistentes lo que no se considera un caso de falsedad ideológica, sino material, y que cabe sancionarlo porque entran dentro de los supuestos del art. 390.1 CP. Por todos, vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 38 y 44, quien expresa que «es obvio que [...] el documento y el negocio jurídico documentado no son lo mismo. Por ello, es claro que simular un negocio jurídico no puede ser equivalente en el texto legal a simular el documento».

⁴⁴⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 38, agrega que ««simular es, como ya se ha dicho, fingir la existencia de un documento totalmente irreal», y que «simular equivale a crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad, tanto por su estructura como por su forma de confección». Termina sosteniendo que «en todo caso habría que distinguir, de un lado, entre una factura cierta, algunas de cuyas partidas no se ajustan a la realidad, en razón del servicio, de la entrega facturada o de su importe, lo que cabría discutir si suponía la simulación o simplemente faltar a la verdad en la narración de los hechos contenidos en la factura, como falsedad ideológica, criterio este último hartamente controvertido; y de otro, la factura que es incierta en su totalidad, esto es, que se emite sin que ninguno de los conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada, puesto que en este caso es claro que se está proclamando la simulación documental, y se está proclamando la existencia de un soporte material falso, no meramente intelectual». También, vid. MORENO-TORRES HERRERA, «Las falsedades documentales en el Código Penal de 1995. A propósito de

factura es un reflejo de un *negocio jurídico subyacente*, el cual podría ser escriturado, aun cuando la regla general sea la consensualidad⁴⁴⁹. Lo dicho es expuesto por DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA al criticar a ANTÓN ONECA, quien destaca que a propósito del delito de contrato simulado —*a pesar de estar emparentado con la falsedad documental*— no incrimina la simulación de documentos, pero sí la de un «contrato», el que puede ser verbal⁴⁵⁰.

Ahora bien, tal idea sólo es en parte correcta, ya que exige ser complementada del siguiente modo: a) el documento y el negocio jurídico no son lo mismo. El primero es *siempre documentado*, en cambio el segundo, puede no serlo como es el caso del negocio jurídico verbal; y b) hablar de negocio jurídico simulado sólo tiene razón de ser en los tipos de deslealtad e infidelidad de particulares, ya sea a propósito del art. 252 CP y también como veremos más adelante, en el art. 251.3 CP.

b. *Falsedad ideológica de negocio jurídico y simulación de contrato son conceptos jurídicos diferenciados*

§101. La *falsedad de documento* refiere a una expresión documentada mendaz y el *contrato simulado* constituye la expresión de un *acuerdo simulatorio* para diversos fines. Por ello, un *documento* falso o falsificado es, por regla general, peligroso por cuanto puede llegar a constituir un medio idóneo de engaño; en cambio, el *contrato simulado es lesivo* en tanto prescribe derechos y obligaciones —conforme a un «acuerdo simulatorio»— gravando el patrimonio de las personas que lo celebran para fines queridos por éstas⁴⁵¹.

las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa) y 26 de febrero de 1998 (caso Argentia Trust)», AP, N° 46, 1999, p. 869 s.

⁴⁴⁹ Es imprescindible reconocer que en el tráfico comercial contemporáneo en una significativa pluralidad de negocios no se escritura conforme la estructura de un contrato convencional, sino que se pacta con simples órdenes de compra y se cobra mediante la emisión de la sola Factura de Venta.

⁴⁵⁰ DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 56.

⁴⁵¹ A diferencia de una falsificación de documentos, la simulación discurre sobre un pacto obligacional alterado y el cual puede recaer, entre otros, en la naturaleza del acto, de elementos del acto o de su contenido, de la causa del acto, de los sujetos del acto o de la interposición de personas, la convención de testamento, la interposición real o fiduciaria, de la fecha, de cláusulas, de hechos o

Puede afirmarse entonces, que al no mediar un *acuerdo simulatorio* que es consustancial a un «contrato simulado», un *documento falso o falsificado* podrá —sólo en algunos casos— contener un contrato falsificado material o ideológicamente. En el primer caso, *supone la concurrencia de personas que no lo han celebrado*, que configura un caso de «falsedad material», o bien *fingiéndose celebrar un contrato para fines diversos*, lo que constituye una hipótesis de «falsedad ideológica» con el fin de engañar a terceros, más allá de si la conducta es punible o no⁴⁵². En cambio, la celebración de un «contrato simulado», que exige la convergencia de voluntades y su *eventual* dañosidad-lesividad, sólo incumbe a los patrimonios involucrados a través de sus concelebrantes.

§102. Un «contrato o negocio jurídico simulado» es punible conforme a lo dispuesto en el art. 251.3 CP en *algunos* supuestos en que —habiéndose o no escriturado— ha creado, modificado o extinguido derechos y obligaciones en los patrimonios en que *inciden* los co-contratantes, perjudicándolo (s)⁴⁵³.

II. EL DELITO DE CONTRATO SIMULADO COMO UN CASO ESPECIAL DE GESTIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO ESPECIALMENTE TIPIFICADO

1. Introducción

§103. El núcleo de la conducta desvalorada del delito de hurto, en el robo y en los demás afines *contra la propiedad*, es la expropiación de la cosa por *medios materiales* por parte de terceros, afectando las facultades del dominio. Esto, que no es ninguna novedad, permite delimitar dichos ilícitos con los *delitos contra el patrimonio*, que

circunstancias futuras o pasadas, etc.

⁴⁵² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1669 y nota 3, citando SsTS de 02.10.1990 y 07.10.1991.

⁴⁵³ En otras palabras, la conducta simulatoria es lesiva-punible en tanto el contrato que celebra, incide y se incorpora al patrimonio sobre el cual se ha dispuesto, todo lo cual sólo puede ocurrir en tanto uno de los otorgantes tenga poder para negociar, con efectos vinculantes, sobre aquél.

giran en torno al negocio jurídico y los medios inmateriales de exacción, pudiendo dividirse en los siguientes dos grupos: a) los de *heterolesión*, y b) los de *autolesión*⁴⁵⁴.

De los primeros, se destaca que no hay participación activa del titular del patrimonio afectado, como en el caso del delito societario agenciado por los factores que derogado art. 295 CP⁴⁵⁵ y el actual 252 CP. Del segundo grupo, es central la figura de la *estafa*⁴⁵⁶ como paradigma de *autolesión*, lo que acaece en un contexto en el cual la víctima dispone patrimonialmente al adoptar una decisión económica errónea, mediatizada por el influjo de un engaño típico y cuyo agente es la contraparte negocial⁴⁵⁷.

§104. Por lo antes expuesto, la noción privatista del negocio jurídico es central en la figura de la estafa y otras defraudaciones afines. En este contexto, el contrato constituye el resultado del ejercicio de la facultad de la *libertad contractual* en base a la *autonomía de la voluntad*⁴⁵⁸. Simultáneamente, del *negocio jurídico* surgen las obligaciones correlativas donde la víctima dispone y se perjudica. En consecuencia, el *quid* de la lesividad en el ámbito patrimonial son los derechos y obligaciones que gravan el patrimonio y que, en el caso de la estafa, se han convenido bajo un error que es

⁴⁵⁴ Vid. DE LA MATTA BARRANCO, «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus TIEDEMANN*, 1995, *passim*.

⁴⁵⁵ Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 528 s., quien denuncia la ausencia de otro tipo penal de gestión desleal del patrimonio distinto al previsto en el art. 295 CP. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 43 s.

⁴⁵⁶ Por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 49 s.

⁴⁵⁷ Así, vid. JAKOBS, «La privación de un derecho como delito patrimonial» (trad. N. Pastor Muñoz), *InDret*, 4-2008, en sitio web <http://www.indret.com>, p. 9 s. Si bien formalmente se presente como un caso de *autolesión*, la circunstancia de que la voluntad del disponente disponga bajo el influjo del engaño, el error que padece en el proceso de decisión económica vuelve a transformarlo en un caso de *heterolesión*.

⁴⁵⁸ La autonomía de la voluntad, término acuñado por KANT, constituye un «postulado de la razón pura», no susceptible por tanto de ser explicado, y en el Derecho se expresa a través de la realización de actos jurídicos. Al efecto, vid. VÁSQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 35 s.

producto de un *engaño bastante*, y que para algunos marcaría el principio de la ejecución de este ilícito penal⁴⁵⁹.

Sin embargo, esa *lesividad* también puede surgir directamente del negocio jurídico mismo en los casos en que así lo conviene un agente facultado para celebrarlo *por y para su titular*⁴⁶⁰. Esto explica la «aparente» anticipación punitiva del delito de contrato simulado —[...] en perjuicio de [...]— del art. 251.3 CP, que en realidad corresponde al momento consumativo, ya que el patrimonio de la víctima ha quedado gravado —desde la celebración— con la obligación correlativa dañosa⁴⁶¹.

2. El tipo de injusto del delito de contrato simulado

§105. La celebración de negocios jurídicos conlleva la *formación de situaciones jurídicas secundarias y potencialmente lesivas*, en tanto —consideradas como normas formales— despliegan efectos en el mundo jurídico-negocial. Esto ocurre, en aquellos supuestos convenidos directamente por su titular, como en los casos en que *uno de éstos actúa por otro*⁴⁶². Por ello, un contrato simulado puede producir perjuicio en el patrimonio de «otro», puesto que genera un *status, condición o situación jurídica exigible-obligatoria* por el Derecho.

Al faltarle causa o haber sido celebrado el contrato con falsa causa, se produce un *espejismo jurídico* que, en ciertos casos, puede perjudicar al «otro». En consecuencia, el «otro» perjudicado es el patrimonio por el cual el simulador actuó, lo que ocurre en un contexto de *administración del patrimonio ajeno* en el más amplio sentido del término,

⁴⁵⁹ Vid. VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 166.

⁴⁶⁰ La lesión directa en el patrimonio por efecto de la actuación lesiva de su administrador es puesta de relieve por LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *InDret*, 2010, p. 24.

⁴⁶¹ Todas estas dudas e inconsistencias en relación a la estafa y a la falsedad documental son muy bien expuestas como un puzle que no calza por VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 105 s.

⁴⁶² Por todos, vid. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Primero, v. II, 1971, p. 34 s. Del actuar en lugar de otro en el ámbito penal, vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PG, 2003, p. 365 s.; JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 91, refiere que el fenómeno de la falsedad documental en contextos de actuación por otro: «el hecho de posibilitar los negocios entre personas ausentes».

ya que el tipo penal no lo reduce de modo alguno⁴⁶³. Al amparo de esta consideración, hay delito de contrato simulado cuando una actuación por otro y a cualquier título —sea éste contractual, legal ó de hecho— un agente grava el patrimonio de su titular perjudicándolo, constituyendo un genuino delito de «administración desleal del patrimonio ajeno» cuyos deslindes y relaciones concursales con otros delitos afines, se analizarán luego.

3. El fundamento de incriminación del delito de contrato simulado

a. El límite de la autonomía de la voluntad y el principio de la responsabilidad

§106. De conformidad a lo dispuesto en el art. 1255 CC⁴⁶⁴, el ordenamiento jurídico recoge el principio de *libertad contractual*⁴⁶⁵, que a su vez constituye la concreción de uno más amplio: el *principio de la autonomía de la voluntad*. En términos generales, el primero sólo encuentra límite en la prohibición de convenir pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público⁴⁶⁶.

El traspaso del límite de la autonomía de la voluntad se identifica con la aparición

⁴⁶³ En contra, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 152, quien considera que la simulación típica del contrato del delito del art. 251.3 CP, gira en torno al concepto de engaño el cual «queda plasmado en el documento que contiene las declaraciones simuladas». Cita al efecto SsTS de 14.07.1989 [RJ 1989, 6.24] y 19.10.1993 [RJ 1993, 7.798]. El consenso con este autor se limita hasta aquello, dado que luego postula luego una finalidad análoga a la del delito de alzamiento de bienes.

⁴⁶⁴ Esta norma dispone que «[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Sobre esta norma, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil* (ÉL MISMO, Coord.), 2001, p. 1453 s. Para los casos en que el acto es contrario a la ley, se invoca lo dispuesto en el art. 6.3 CC que establece «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Respecto a esta, vid. RODRÍGUEZ MORATA, *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), 2001, p. 42 s.

⁴⁶⁵ SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 15, que señala que «[e]n ejercicio de su autonomía privada, los particulares establecen, modifican y extinguen relaciones jurídicas privadas de todo tipo y de acuerdo con sus intereses y posibilidades materiales de actuación.» También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 1990, p. 105.

⁴⁶⁶ ALBADEJO, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, 2002, p. 367. Sobre los contenidos de los conceptos de ser contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 82 s.

de la responsabilidad jurídica civil. Así:

«La responsabilidad civil se genera por el incumplimiento de una obligación preexistente (la contractual), o bien surge a virtud de la lesión de un interés e inobservancia de un deber de respeto y de conservación de la esfera de intereses ajenos (la extracontractual o aquiliana)»⁴⁶⁷.

§107. Sentado el presupuesto-exigencia normativa concerniente a que la persona se halle en un estado de conciencia y salud que garantice el ejercicio libre de su facultad de determinación de voluntad⁴⁶⁸, *ser responsable* significa afrontar —frente a los demás— las consecuencias del incumplimiento de una obligación que se hubiere dejado preestablecida, de *medios* o de *resultado*; de suerte que se responde de la violación del «principio *alterum non laedere*»⁴⁶⁹, es decir del deber general de no causar daño a nadie⁴⁷⁰. Vinculadas ambas nociones, el ejercicio de la autonomía de la voluntad no debe dañar *ilícitamente* los derechos de terceros y, en los casos en que la parte negocial celebra contratos por *otro* patrimonio, debe velar positivamente que aquello no ocurra.

b. Presupuestos constitucionales que habilitan a simular

§108. El presupuesto jurídico-constitucional que habilita a celebrar negocios jurídicos simulados —y que constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad— es la libertad de disposición del patrimonio propio que se funda en el derecho de propiedad privada. Esta garantía, que funge como expresión de la igualdad y la libertad⁴⁷¹, se encuentra formulada como derecho en el art. 33.1 CE el cual dispone que «[s]e reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y que, en el segundo apartado agrega, «[l]a función social de estos derechos delimitará su contenido

⁴⁶⁷ PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, T. I, 1995, p. 13 quien expone que los modos y circunstancias de los que surge *el daño* en la vida social, son tan diversos como los comportamientos del ser humano en sí mismo, su relación con las demás personas y con cosas de las que ha de responder a través de la indemnización o reparación del interés lesionado.

⁴⁶⁸ Cfr. MEDINA DE LEMUS, *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, v. I, 2004, p. 290.

⁴⁶⁹ PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, T. I, 1995, p. 16.

⁴⁷⁰ Considero relevante en el análisis práctico del caso del delito de contrato simulado, descartar que la persona haya creído estar obrando en ejercicio legítimo de un derecho como la libertad contractual. Al efecto, vid. MUÑOZ CONDE, «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», *EPC*, 1987, p. 251 s.

⁴⁷¹ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 79 s.

de acuerdo con las leyes»⁴⁷². Este derecho-facultad, constitucionalmente reconocido, es un límite normativo y concreto al ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio —en tanto reservado a su titular— se encuentra sometido a «las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos e intereses de terceros o el interés general»⁴⁷³.

§109. Junto con el régimen de garantía constitucional de libertad general de disposición de los bienes que integran el patrimonio, con los límites legales señalados, la CE garantiza la autonomía de la voluntad como «elemento rector del ejercicio del derecho a la diferencia en la sociedad»⁴⁷⁴, el cual frente al Estado se denomina «igualdad», el que se recoge en el art. 14 CE⁴⁷⁵. Hasta aquí quedan esbozados los fundamentos del derecho o facultad de libre contratación, restando definir el límite de lo prohibido asociado al dolo civil y a determinadas conductas que justifican la intervención penal.

c. Presupuestos jurídico-penales limitativos de la punición de la simulación

§110. Para *legitimar* la punición de una determinada conducta, el legislador ha debido considerar la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho. En este tipo de Estado, el *ius puniendi* ha de ser ejercido evitando que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses inconvenientes para la mayoría de los ciudadanos⁴⁷⁶. Además de lo anterior, solo cabe la incriminación de conductas especialmente graves y que ameriten una protección jurídico penal por la vía de la prevención intimidatoria, de acuerdo a los principios que subyacen a la prevención

⁴⁷² PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 2005, p. 540-541. Acerca de los esfuerzos por justificar el origen del derecho de propiedad, vid. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 1979, p. 167 s.

⁴⁷³ PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 2005, p. 541. Este autor cita STC 37/1987.

⁴⁷⁴ Cfr. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 2005, p. 307.

⁴⁷⁵ Respecto de los orígenes y evolución del principio de libertad contractual vid. por todos, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 23 s.

⁴⁷⁶ MIR PUIG, *Función de la Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, p. 29 s.; ÉL MISMO, *Introducción a las Bases del Derecho penal*, 2002, p. 142-143.

general estabilizadora o generalizadora⁴⁷⁷ y que en estos casos posee un objeto de prevención destinado a mantener la indemnidad del patrimonio ajeno, que pueda verse afectado, por la conducta simulatoria por parte de un agente que negocia de modo vinculante por éste.

En este contexto, el legislador ha establecido un tipo penal de otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio de otro, como modo de reprimir la infracción de determinados roles o posiciones de garante que detenta un agente especial. Esto se verifica en los casos en que se excede de los poderes que le permiten actuar por ese «otro», no estándole permitido celebrar contratos simulados en su perjuicio⁴⁷⁸.

§111. Así, desde el Código Penal de 1995, se consagra la *libertad de documentación por particulares en documentos privados* y ello tiene un fundamento específico que dice relación con lo siguiente: en el ejercicio de su autonomía privada, los particulares establecen, modifican y extinguen relaciones jurídicas privadas de todo tipo y de acuerdo con sus intereses y posibilidades materiales.

Lo anterior forma parte de la tendencia modernizadora que parece proponer el Derecho Civil contemporáneo, el que reconoce a la autonomía de la voluntad como una concreción de la Garantía Constitucional del libre desarrollo de su personalidad — conforme al art. 10.1 CPE— la cual se entiende dirigida a permitir que los particulares contraten a efectos de perseguir cualquier fin mientras no resulte contrario a las leyes, a

⁴⁷⁷ MIR PUIG, *Función de la Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, p. 31.

⁴⁷⁸ Otro aspecto de análisis, pero que excede esta investigación, es el relativo al *Principio de Intervención Mínima del Derecho penal*, en el sentido de si la tipificación del delito de contrato simulado transgrede o no, el *Principio de Subsidiariedad*. La respuesta a esta interrogante propia de la *justificación del tipo penal*, podría hallarse en la observación de la realidad contemporánea y en la denominada «filosofía prevencionista», básicamente por el ostensible fracaso del modelo represivo clásico o disuasorio, basado en la respuesta penal al crimen, cuya experiencia ha llevado a sostener que es mejor prevenir ciertas conductas, mediante su punición. Al respecto, vid. ampliamente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del *Ius Puniendi*», *Estudios Penales y Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Enrique CASAS BARQUERO*, 1996, p. 249 s., especialmente, p. 255. ÉL MISMO, *Derecho Penal. Introducción*, 1995, p. 271 s. Sobre el límite del *ius puniendi* de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, incluso figuras de peligro, vid. MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», *EPC*, 1991, p. 203 s., especialmente p. 214-215.

la moral o a las buenas costumbres.⁴⁷⁹ Así, la simulación como tal, ha de entenderse en un sentido neutro donde sólo se explique el fenómeno sin calificativos adicionales.

Ahora bien, la facultad de no ser veraz en un documento privado no debe confundirse con el modo de documentar las relaciones jurídicas entre particulares, sobre todo cuando ellas inciden en derechos de *terceros*.⁴⁸⁰

§112. Cuestión diversa es simular un negocio jurídico y omitir el dar las explicaciones correspondientes de dicho acto jurídico⁴⁸¹. En este contexto, debe distinguirse la conducta de abstención de dar explicaciones acerca del carácter simulado del contrato⁴⁸² por propia iniciativa o, la de falsear dicha circunstancia por petición de tercero⁴⁸³.

Puesto que no es correcto señalar que existe —por regla general— un derecho a simular, lo anterior requiere una precisión, sino que se trata de una facultad a no ser veraz en las declaraciones entre particulares cuando—por regla general y de un modo normativamente determinable— no acarree perjuicio a terceros. Con todo, se puede desde ya indicar que existen personas a las que les asiste un especial deber de veracidad respecto de determinadas actuaciones, como los gestores de patrimonios ajenos, en cuanto deben dar cuenta fiel de su actuar⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ Cfr. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 37 s.

⁴⁸⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 15 s. Es esencial desde ya vincular desde ya la criminalización de ciertas inveracidades en cuanto el legislador considera valioso la protección del bien jurídico patrimonio, lesionado por esta vía. Sin dicha lesión no existiría la penalización de este delito. Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 271 s.; SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 15.

⁴⁸¹ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 34, lo expresan del siguiente modo: «[...] un acto de disposición no acompañado de una explicación adecuada, [...]».

⁴⁸² Clave es al respecto la obra de ALMELA VICH, «El delito de estafa y el de apropiación indebida», *AP*, 1998, p. 663, cita 25.

⁴⁸³ Cfr. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 17.

⁴⁸⁴ Cfr. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 20.

§113. Hecha la salvedad, es necesario diferenciar la simulación lícita de la ilícita: a la primera no pertenece la intención/consecuencia de engañar/perjudicar, ya que sólo se limita a engañar en el sentido de presentar al resto una situación inveraz; la segunda —también vinculada con el fraude a la ley— está asociada a la producción del perjuicio a terceros por vía directa o como medio para su producción.

Con todo, por diversas razones de seguridad jurídica y estar relacionados con diversos fines del Derecho —y como medio de protección de intereses sociales— existen cualificadas *excepciones* al inexistente deber de decir la verdad⁴⁸⁵. El caso paradigmático está dado por quienes asumen la *gestión de negocios ajenos* y en general, quienes están obligados a dar cuenta fiel de su actuación⁴⁸⁶. Por ello, siendo el contrato simulado una categoría civil que designa y califica a un negocio jurídico —en todo o en parte— como mendaz o fingido^{487, 488}, constituye una conducta antijurídica cuando lesiona directamente el patrimonio de la víctima.

§114. En Derecho penal español, por regla general, no son punibles las inveracidades de particular en documento público, privado, oficial y mercantil⁴⁸⁹. Dicha

⁴⁸⁵ Vid. STS de 22.12.1998 [RJ 1998/9813], considerando sexto, en el cual expone que la destipificación general de las falsedades por particular al faltar a la verdad en la narración de los hechos posee excepciones como el caso del art. 251.3 CP.

⁴⁸⁶ *V. gr.*, los mandatarios (art. 1.720 CC); los padres (art. 168 CC); los tutores [art. 279]; los administradores sociales (arts. 37.3 Ccom y 1712 de la Ley de Sociedades Anónimas).

⁴⁸⁷ Por todos, vid. ALBALADEJO, *La Simulación*, 2005, p. 17.

⁴⁸⁸ Ya se ha ocupado la doctrina en enumerar algunos de los casos más relevantes de simulación, como los siguientes: a) Simulación de insolvencia, la que se manifiesta en la compraventa que impide *a priori* la ejecución judicial, en la constitución de gravámenes reales en garantía de deudas simultáneamente reconocidas, en las ejecuciones judiciales de créditos simulados, entre otros; b) Liberalidades encubiertas particularmente donaciones que esconden actos onerosos, hechas con distintos objetivos, como el perjuicio a legitimarios, *turpem causa* o la elusión fiscal; c) Préstamos usurarios realizados bien para fingir la naturaleza del préstamo o los elevados intereses. Para estos fines se utilizan la compraventa con pacto de retro, la permuta en la que una de las cosas es sustancialmente de mayor valor a la otra, el contrato de sociedad entre prestamista y prestatario, en el que el primero aporta inicialmente la cantidad prestada y luego vende su parte al prestatario en una suma equivalente al préstamo más los intereses usureros, la fianza, la anticresis, la donación remuneratoria y la compensación desmedida al mandatario; d) Simulación de endoso bancario que se produce en el evento en que el librador haga cesión o endoso de la letra a un tercero complaciente, con la finalidad de frustrar la excepción de falta de provisión de fondos que pueda deducir el librado; e) La letra de favor; y, f) Simulación en las sociedades, ya sea en el *affectio societatis* o en los aportes, etc.

⁴⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 77. En el mismo sentido, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 58, quien señala

realidad jurídica actual es fruto de la reducción punitiva que operó por la entrada en vigencia del Código Penal de 1995. En efecto, conforme al art. 392 —en relación al art. 391 CP— sólo son punibles las falsedades del particular que cometiere en documento público o privado⁴⁹⁰, consistentes en a) alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; b) simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; o c) suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho⁴⁹¹.

Antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, a través de los arts. 302.4 y 306 CP de 1973 se sancionaba la inveracidad del particular por faltar a la narración de los hechos en general, con la restricción de que tenía que mediar un perjuicio a tercero o al menos, el ánimo de causarlo⁴⁹². Lo anterior es planteado aun cuando el art. 393 CP castiga *la presentación en juicio y el uso del documento falso* para perjudicar a «terceros», norma que no distingue si se trata de documento público o privado⁴⁹³.

§115. En la actualidad, no es exigible a los particulares que sean veraces en lo declarado en el documento y sólo subsiste un deber de autenticidad que supone la

enfático que la doctrina dominante concuerda en que sobre los particulares no pesa ningún especial deber jurídico de decir la verdad y que, por ende, tampoco cabe tal falsedad en los documentos privados ni por obra de los particulares en los públicos.

⁴⁹⁰ JAREÑO LEAL, «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: Análisis de la Jurisprudencia», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y falsedades*, 2005, p. 235 s.; ORTEGA LLORENTE, «Las falsedades ideológicas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y Falsedades*, 2005, p. 201 s.; GARCÍA PLANAS, «Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y Falsedades*, 2005, p. 267 s.; SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 80, nota 10; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, 2005, p. 146 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La Falsedad Documental*, 1999, p. 349 s.; QUINTERO OLIVARES, «Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español», VV.AA. (Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, 1995, p. 73 s.

⁴⁹¹ Vid. STC 127/2001, de 04.06.2001 y STS de 09.07.1997. También considera que no es exigible un deber genérico de veracidad a los particulares la STS de 30.09.1997.

⁴⁹² Cabe señalar que ya con anterioridad y tal como ponen de manifiesto, entre otras, las STS de 18.03.1991, 10.02.1992, 24.07.1992 y 05.05.1995, todas anteriores a la reforma, ya habían recogido el principio que no era normalmente punible la mera falsedad de particular en documento privado.

⁴⁹³ Por todos, vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (ÉL MISMO, Dir.), 2000, p. 1819 s.

obligación de que exista una correspondencia entre quien aparece como firmante de un documento y quien ha realizado la declaración que se contiene en él. Este último deber sí es exigible al particular y fundamenta la mantención en el Código Penal actual de las restantes modalidades falsarias^{494, 495}.

Estos diferentes deberes se relacionan con lo sostenido por la jurisprudencia en orden a la «función probatoria» y a la «función de garantía» de los documentos. Al respecto, los documentos en los que constan declaraciones de particulares no prueban la veracidad de lo expresado por ellos sino sólo —conforme lo establece el art. 1255 CC— la circunstancia de que la han efectuado, «garantizándose» únicamente la identificación del responsable de la declaración documentada y la integridad de su contenido, en el sentido de que proviene «auténticamente» del mismo^{496, 497}.

Lo anterior, no obsta a la punición del uso de un documento falso que constituya un medio de engaño⁴⁹⁸ en el contexto de un delito de estafa del art. 248 CP⁴⁹⁹, concurso

⁴⁹⁴ STS de 18.02.1992 [RJ 1130], [Ponente: Sr. Delgado García], en la cual se dice que el delito de contrato simulado encierra un delito de falsedad.

⁴⁹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 77 y 87; BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, 1999, *passim.*; y ÉL MISMO, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1669-1670. Cita entre otras, STS de 21111995, [Ponente: Sr. Montero Fernández-Cid]. Sobre dichos factores no sólo pesan especiales deberes de veracidad, sino que son titulares de una posición de garantía de indemnidad del patrimonio ajeno. Sobre la teoría de las fuentes formales y las posiciones de garantía, vid. PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Consideraciones acerca de la incorporación de estructuras sociales en la operación del sistema jurídico-penal*, 2005, p. 404 s.

⁴⁹⁶ Cfr. STC 127/2001.

⁴⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 80; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 33 s., quien afirma que no existe un deber jurídico-penal general de veracidad de los particulares en sus manifestaciones escritas, ya que no es posible vincularlo con su «función de perpetuación» o de «permanencia». En ese contexto sólo subsisten los deberes penalmente relevantes de los funcionarios públicos que tengan asignada una especial función de ministro de fe pública documental, siendo éstos ilícitos, infracciones penalmente relevantes en base a *posiciones institucionales* que ocupan dichos sujetos, no existiendo tal posición institucional de los particulares. También, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 100-102.

⁴⁹⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1668 s. quien explica que esto se debe a la errada recepción del modelo francés en el Código Penal de 1848.

⁴⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 81, sin perjuicio de deberes especiales que recaen sobre ciertos particulares colocados en determinada posición jurídica, como en los casos en que se incrimina las defraudaciones tributarias, el delito contable, el fraude

de delitos que se solucionan de diverso modo conforme a las características propias de cada caso⁵⁰⁰.

§116. El denominado *criterio de la impunidad de la mentira*, rige entonces, a las mentiras verbales y escritas, en tanto *no existe un derecho subjetivo general por medio del cual un sujeto tenga derecho a exigir que otro se manifieste verazmente*⁵⁰¹. Sin embargo, paralelo a dicho inexistente derecho subjetivo a exigir la veracidad de las declaraciones de particular, subsiste siempre el derecho a no ser perjudicado patrimonialmente, aunque no siempre tenga un correlato de protección penal. En este orden de cosas, un «documento falsificado» de cuya lectura se colige un «contrato simulado», no puede constituir fundamento suficiente como ilícito penal, ya que el «otro» perjudicado a quien se le oculta su mendacidad, no puede confiar en la existencia y veracidad de los derechos y obligaciones que presuntamente ha creado, modificado o extinguido dicho negocio jurídico^{502, 503}. De acuerdo a esto, no basta transgredir el principio de buena fe⁵⁰⁴, inspirador de la legislación civil y presente en normas legales

de subvenciones, el falso testimonio, la presentación de documentos falsos en procedimientos concursales, etc.

⁵⁰⁰ Sobre los criterios de resolución de estos problemas concursales, por todos, vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, 2004, p. 62 s.

⁵⁰¹ Lo anterior, sin perjuicio que se esbozen un conjunto de bienes jurídicos infringidos para intentar fundamentar su punición. Al efecto, vid. CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998, p. 42 s.

⁵⁰² SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 87 y s.

⁵⁰³ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad ideológica y deber de veracidad*, 1999, p. 72. También, vid. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 15, quien refiere la idea que en ejercicio de su autonomía privada, los particulares establecen, modifican y extinguen relaciones jurídicas privadas de todo tipo y de acuerdo con sus intereses y posibilidades materiales. Luego la pregunta de rigor es si existe un deber de veracidad en las relaciones jurídicas contractuales privadas. La *tendencia modernizadora* del Derecho civil parece proponerlo así, que la autonomía de la voluntad como concreción de la garantía constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española) parece dirigida a permitir que los particulares contraten a efectos de perseguir cualesquiera fines que no resulten contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres.

⁵⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 108-109 quien expone acerca de la «buena fe contractual» o «*Garantenstellung aus Treu und Glauben*» (posición de garantía derivada de la buena fe contractual) por medio de la cual se incrimina no sólo la inveracidad positiva, sino también, la pura ausencia de manifestación. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 80. Sobre la *buena fe* en base a los *usos sociales*, vid. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos* (trad. W. Rocés), 1926, p 190 s.

específicas —*v. gr.*, arts. 7.1 y 1258 CC— sino que, para afirmar la punibilidad, es necesario constatar la lesión del patrimonio ajeno.

§117. El Derecho protege las serias determinaciones de voluntad que responden a un interés lícito, que se expresan *ex fide bona*, y no las malicias y caprichos de la autonomía de la voluntad, de tal forma que nunca se protege el dolo del declarante⁵⁰⁵. En ese contexto, la libertad contractual en cuanto manifestación de la autonomía de la voluntad se encuentra íntimamente ligada y complementada por el principio «pacta sunt servanda», que explica el extraordinario poder con que el ordenamiento jurídico dota a la autonomía privada, en tanto determina la fuerza obligatoria, equiparable a la de la ley, que se otorga a los contratos, considerándolos *lex privata*⁵⁰⁶.

En consecuencia, siendo punible en Derecho español la conducta de *simulación de contrato en perjuicio de otro*, hay que responder acerca de su fundamentación y deslinde con los casos que no resulta penalmente relevante⁵⁰⁷, ⁵⁰⁸.

d. Introducción a la noción de bien jurídico protegido

§118. Desde que en el año 1834 BIRNBAUM planteó la noción de «bien jurídico protegido», la teoría del delito utiliza ese concepto como herramienta hermenéutica para inferir el objeto de protección de la norma, delimitar y servir de base para su interpretación teleológica⁵⁰⁹. Sin embargo, otros autores como JAKOBS, más que la

⁵⁰⁵ Cfr. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 38.

⁵⁰⁶ Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, 2002, p. 66 s. Este autor agrega que este principio se manifiesta en la libertad de decisión contractual y la libertad de configuración contractual.

⁵⁰⁷ Respecto de los límites entre lo civil y lo penal y una teoría integradora vid. CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, 1949, p. 137 s.

⁵⁰⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. I., 1988, p. 277, quien señala: «[d]ebemos convenir desde ahora en que el contrato como fenómeno que penetra y que se instala en la realidad jurídica no es jamás algo absolutamente indiferente para los terceros»

⁵⁰⁹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 37, quien agrega que si bien ANTOLISEI, en Italia criticaba su excesiva importancia que la dogmática le daba en dicha época, terminó por aceptarlo, así como autores como WELZEL y MAURACH en Alemania, que hicieron de éste el núcleo de su concepto de antijuridicidad. También, DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 11-12, agrega que el bien jurídico sirve de principio fundamentador de la construcción del sistema de la ciencia penal, criterio de clasificación de los delitos de la PE y de importante y decisivo

protección de bienes jurídicos, enfatizan que la finalidad del Derecho penal es — primordialmente— la confirmación del reconocimiento de la vigencia de la norma quebrantada a través de la imposición de la pena⁵¹⁰.

Ahora bien, siguiendo a GARCÍA CAVERO, la comprensión del injusto como la lesión de un *bien jurídico concreto* lleva al legislador a tipificar conductas en base al principio de *lesividad* u *ofensividad*, incriminando acciones que al menos, pongan en peligro el correspondiente bien jurídico⁵¹¹ y que, además, sean tenidas como contrarias a los valores ético-sociales, razón por la cual se exige constatar el «desvalor de la acción» y el «desvalor del resultado»⁵¹².

d. La indemnidad del patrimonio como bien jurídico protegido

§119. En términos generales, la *propiedad* designa la forma más completa de relación y señorío que una persona pueda ostentar respecto de una cosa, que aúna todos los derechos reales que el Ordenamiento jurídico le reconoce sobre la misma, desde su mero uso y hasta —la máxima expresión de su poderío concebible— su destrucción total. Por ello, si bien este término es suficientemente amplio y omnicompreensivo, no permitía explicar satisfactoriamente qué era lo que protegían otros delitos, *v. gr.*, el delito de *hurto de uso*, donde el sujeto activo era al mismo tiempo, el dueño de la cosa⁵¹³.

§120. Hasta antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el Título XIII en que se incardinaba el delito de contrato simulado, se denominaba genéricamente «Delitos contra la Propiedad», lo que servía para ubicar al jurista dentro de la

elemento de interpretación jurídica para determinar el contenido y los límites de los singulares tipos delictivos.

⁵¹⁰ Este autor sostiene que el Derecho penal no protege bienes jurídicos como objetivos valorados positivamente, sino la vigencia efectiva de normas que garantizan la confianza en un respeto a bienes jurídicos, roles y paz jurídica. Cfr. JAKOBS, *El sistema funcionalista*, p. 43 s.

⁵¹¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PG, 2003, p. 302. En contra de que dicho concepto resulte útil a desentrañar el bien jurídico protegido, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 38. También contrario a la recepción de esta teoría, vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 36.

⁵¹² MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 39.

⁵¹³ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 41.

sistemática que le permitía dilucidar el bien jurídico protegido, como primer criterio de orientación⁵¹⁴. Dicha indicación, hoy superada, no distinguía correctamente las diferencias básicas entre los conceptos de propiedad, patrimonio y las figuras penales que protegen el orden socioeconómico⁵¹⁵. Por esto, la doctrina impulsó una modificación a la ley que optó —a partir del Código penal vigente— intitular al Título XIII: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»⁵¹⁶. Esta nueva designación es omnicomprendiva de los tipos penales contra la propiedad, así como de aquellas defraudaciones que, en general, afectan al patrimonio⁵¹⁷.

§121. El patrimonio puede entenderse desde variadas perspectivas, pero jurídico penalmente —además de dar como supuesta su existencia— debe ser genéricamente concebido permitiendo atender a los distintos supuestos regulados por el Derecho penal, con especial atención y referencia a los fines de éste⁵¹⁸.

Desde una perspectiva más ligada al *funcionalismo* que al patrimonio⁵¹⁹, los delitos contra éste o «Vermögensdelikten», responden a expectativas normativas que permiten una orientación en la sociedad independientemente del modelo económico asumido. En efecto, la esfera de los delitos de dominio posee la premisa de que un ciudadano es poseedor de un rol general que le permite configurar libremente su esfera de organización; el que se entiende como un deber negativo cuya violación impone a la persona hacerse responsable

⁵¹⁴ Vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 31, donde se describe figuradamente al estafador como un lobo en piel de oveja.

⁵¹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 39. Sobre la discusión acerca de los conceptos de propiedad y patrimonio, vid DE LA MATTA BARRANCO, «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus TIEDEMANN*, 1995, p. 244 s., quien aboga para que en definitiva se adopte un concepto funcional de propiedad y patrimonio «[...] con una doble finalidad última: excluir del ámbito de protección de los delitos patrimoniales determinados comportamientos en los que pueda detectarse una ausencia de lesión a intereses materiales del sujeto pasivo e incluir aquellos otros que sin que supongan menoscabo económico o formal del patrimonio del titular perjudiquen dichos interés.»

⁵¹⁶ Sobre el patrimonio como bien jurídico-penal y como objeto material vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 103 s.

⁵¹⁷ Respecto del concepto de patrimonio, ampliamente vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 1996, p. 39 s.

⁵¹⁸ Sobre la noción de patrimonio individual, vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 74 s.; DE LA MATTA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», *PJ*, 2.ª época, N.º 34, Junio 1994, p. 298 s.

⁵¹⁹ Sobre el concepto funcional de patrimonio, vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 177 s.

de las consecuencias del exceso en su propia organización, esto en razón del principio «naeminem laedere», el que implica un deber de no perjudicar a los otros⁵²⁰.

De esta forma es necesario revisar las teorías del patrimonio que se han desarrollado en el tiempo a fin de establecer la extensión del contenido del injusto del art. 251.3 CP.

i. Concepción jurídica del patrimonio

§122. La teoría jurídica del patrimonio lo concibe como la suma de derechos patrimoniales de que es titular una persona y en el que el perjuicio está constituido por la pérdida de un derecho subjetivo o la adquisición de un deber sin recibir a cambio el equivalente pactado⁵²¹, v. gr., como ocurre en el caso de que el movimiento del derecho subjetivo patrimonial se produzca *contra* la voluntad del titular mediante engaño. En ese contexto, se lo critica, entre otras razones porque i) al seguir su definición, el derecho penal renuncia a una elaboración propia del concepto de patrimonio, pasando a ser uno accesorio; e ii) así concebido, el concepto de patrimonio deja de ser estrictamente económico.

ii. Concepto económico de patrimonio

§123. El concepto económico de patrimonio concibe al patrimonio como el conjunto de bienes de valor monetario de una persona, y al perjuicio, como la acción de «hacer» al engañado económicamente más débil. Entre otras, se lo critica por pretender

⁵²⁰ Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 80.

⁵²¹ Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 34 s., quien agrega que con posterioridad, Adolf Merkel introdujo correctivos materiales al exigir que, para afirmar la concurrencia de un perjuicio junto a la afectación de un derecho patrimonial, debía configurarse una pérdida material; por tanto, no hay perjuicio sí: a) el fin del engañado era adquirir una cosa para cambiarla por dinero y la cosa obtenida tenía el mismo valor monetario; b) si lo adquirido podía cubrir otra finalidad que el titular tuviera a la vista en el momento del acto de disposición; c) si el adquirente podía revender la cosa y recuperar el dinero invertido, sin tener que realizar esfuerzo alguno; d) si el objeto de la estafa eran intereses de afección, cosas carentes de valor de mercado o la mera libertad de disposición; DE LA MATTA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», *PJ*, 2.^a época, N° 34, Junio 1994, p. 298 s.

construir —en su versión *radicalizada*— una noción de patrimonio prescindiendo del Derecho privado^{522, 523}.

iii. El concepto dinámico de patrimonio

§124. Esta corriente postula que el patrimonio posee un doble carácter puesto que, por un lado, se le reconoce una dimensión *estática*, y por otro, una función *dinámica*. Por esa razón debe tenderse a su conservación y a la protección de su potencialidad de *poder tener*.

A su vez, la existencia del perjuicio debe afirmarse en base a la obligación contraída que enfrenta a la víctima a la carencia de medios para cumplir con las otras necesidades adecuadas a su modo de vida. Por esta razón, el engañado se ve obligado a tomar medidas lesivas en contra del propio patrimonio o a omitir celebrar un negocio beneficioso.⁵²⁴

iv. Concepción personal de patrimonio

§125. Esta teoría plantea que la razón de la protección de los bienes que constituyen el patrimonio, es la de garantizar a la persona un espacio de *libre desarrollo* y no por su valor monetario. Por esta razón, conciben el patrimonio como «una unidad

⁵²² Vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 37. Por su lado, el concepto jurídico-económico de patrimonio consiste en una unidad de valor compuesta por todas las posiciones económicamente valiosas de que es titular un sujeto, en tanto estas no se encuentren expresamente reprobadas por el ordenamiento jurídico. Así, vid. SHLACK MUÑOZ, «El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa», *RChD*, vol. 35, N° 2, 2008, p. 262.

⁵²³ Vid. GALLEGU SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 125 s. Para este autor, un planteamiento del patrimonio entendido de la perspectiva económico-jurídico o mixto, exige que los elementos integrantes de éste posean una evaluación pecuniaria, que pertenezcan al mismo, que se trate de bienes o servicios y ser —o estar— protegidos jurídicamente. Se reduce de este modo el ámbito de aplicación del tipo y se excluyen aquellas situaciones de hecho no amparadas por el Ordenamiento Jurídico. Sobre la discusión del alcance de la concepción mixta jurídico-económica dominante, por todos vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 87-90.

⁵²⁴ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 39-40; DE LA MATTA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», *PJ*, 2.ª época, N° 34, Junio 1994, p. 306 s.

personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material»⁵²⁵.

Las críticas a esta concepción son: i) la vaguedad de los criterios que plantea; ii) la tendencia al subjetivismo; y iii) convertir a la estafa en un delito contra la libertad de disposición⁵²⁶.

§126. PASTOR MUÑOZ postula que el patrimonio no se entiende como un conjunto de bienes aislado de su titular, sino que se concibe como el poder que emana de la titularidad de éstos para la interacción en el mercado. En consecuencia, el patrimonio comprenderá los bienes presentes del titular y también todo aquello que sea jurídicamente susceptible de disposición, siempre que esté jurídicamente reconocido y que sea fuente de poder económico⁵²⁷.

4. La disimulación del ejercicio radicalmente desviado de la facultad de contratación por parte del apoderado como objeto —amplio— de sanción conforme al art. 251.3 CP

§127. Limitar el delito de contrato simulado del art. 251.3 CP a la producción de un perjuicio patrimonial carece de base legal y reduce, sin fundamento, la extensión de este tipo penal. Si bien esta norma se ubica bajo un título de protección del patrimonio, sólo determina el contenido del objeto de protección en base al concepto que se siga del mismo; sin embargo, a diferencia del tipo del art. 252 CP cuya punibilidad exige la causación de «perjuicio al patrimonio administrado», el delito de contrato simulado no está restringido a un daño estrictamente patrimonial en el sentido que lo concibe la teoría mixta. En ese orden de cosas, es plausible extender la punición del delito de contrato simulado a disimulaciones de otras expectativas que no producen estrictamente

⁵²⁵ Vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 44 s., agrega que, en este mismo sentido, se entiende que el patrimonio está constituido también por las relaciones de dominio jurídicos reconocidos entre la persona y aquellos bienes patrimoniales que puedan ser objeto de negocio jurídico.

⁵²⁶ Sobre el concepto personal de patrimonio, vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 177 s.

⁵²⁷ Vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 79 s.

una *exacción de valores* o, antes de que se materialicen, gravan al patrimonio administrado con esa obligación correlativa. En efecto, la lesión típica del contrato simulado alcanza a una variedad —casi ilimitada— de supuestos que, agenciados por el administrador, disimulan la elusión de prohibiciones o normas mandatorias que le sean obligatorias conforme la regulación interna de su principal. Así, *v. gr.*, el incumplimiento de las normas de *compliance*⁵²⁸ por medio del uso de formas negociales simuladas puede constituir un hecho subsumible en el art. 251.3 CP en base a determinados criterios de imputación objetiva, que revelen el traspaso del riesgo permitido asociado a un concepto de perjuicio que, más allá del jurídico-económico, justifiquen la intervención penal.

Así, piénsese en el supuesto en que la *intervención de otro* funge como factor de disimulación de la contravención de una prohibición, como en el caso del administrador que pacta con su par, de la competencia, un contrato de *due diligence* en virtud del cual simulan el interés de adquisición de la compañía por parte de otra, proceso en el cual se revelará información sensible que luego se usará para fines de insana competencia. La exigencia interna de exclusividad y confidencialidad la eluden a través de un testafarro que funge como mecanismo para disimular la contravención⁵²⁹.

5. **Disvalor de la conducta, la dificultad del descubrimiento y la prueba de la simulación**

§128. El objeto de protección jurídico-penal del delito de contrato simulado es —primordialmente— el patrimonio y otras expectativas de contenido económico de un «otro», en tanto protege la indemnidad frente a insinceridades en que incurren aquellos habilitados para actuar sobre aquél que obra deslealmente, más allá de las facultades conferidas. Así, este ilícito cautela bienes jurídicos que subyacen a la regulación de las falsedades documentales, tales como la *confianza*, la *seguridad en las relaciones*

⁵²⁸ Sobre la función de los modelos de *Compliance*, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2014, p. 153 s.

⁵²⁹ Este caso de simulación relativa se revela punible conforme al art. 251.3 CP tras el ejercicio abstracto de sustituir el testafarro con el obligado a ser fiel con el patrimonio de su principal, perjudicado. Si bien la lesión deviene por la traslación de información crítica a la competencia —la conducta lesiva— la simulación del contrato «en perjuicio de» expresa el acto obligacional en virtud del cual el agente realizará el acto prohibido.

*jurídicas*⁵³⁰, *la veracidad o la fe en la contratación en general*⁵³¹, *la protección de la buena fe en el tráfico jurídico o en las relaciones intersubjetivas*⁵³², y en general *la confianza social en el valor probatorio de los documentos y otras expectativas institucionalizadas en las relaciones comerciales o en el tráfico jurídico*, tales como el *mantenimiento de la verdad y la lealtad en éstas*⁵³³.

§129. El delito de contrato simulado es un tipo penal de «defraudación» que comparte —aun cuando no se agota en este— el núcleo del disvalor propio de aquél que subyace en la administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP, que sanciona la infracción de deberes de lealtad y fidelidad de la indemnidad y protección del patrimonio, sin necesidad de la concurrencia de un *engaño*⁵³⁴ como ocurre en el ámbito relacional concreto del delito de *estafa*⁵³⁵. A diferencia de este último, el otorgamiento

⁵³⁰ De algún modo emparentado muy cercanamente con la falsedad ideológica. Al efecto, vid. BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 45. s. Más ligado al perjuicio y a la creación de un falso medio de prueba, vid. SOTO NIETO, «Las falsedades en documento privado», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 45 y 170-172.

⁵³¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», 1964, p. 238. Esta opinión se asienta en que lo que se castiga en este delito no es la simulación en sí del contrato, sino la simulación como medio de producir a otro un perjuicio patrimonial. Frente a esta opinión se alza DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 13, en el sentido que se trata de una reducción del delito a una mera falsedad.

⁵³² La generalización de conductas de contrato simulado puede conducir a una desconfianza de la comunidad en la seguridad de las relaciones patrimoniales, por lo que hay un interés público en el mantenimiento de esa confianza. Así, vid. aunque refiriéndose al delito de estafa, pero perfectamente extrapolable al delito de contrato simulado, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 65.

⁵³³ Vid. TORÍO LÓPEZ, «Acción y resultado típico en la estafa procesal», Libro Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, p. 876 s. quien profundiza en este punto al señalar que «la acción que se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse anti normativa en el sentido de la estafa».

⁵³⁴ Vid. la importante STC 127/2001, de 04.06.2001, 2ª. Sala, en que en uno de sus considerandos estableció que «[e]s obvio que la mera simulación, en todo su sentido ideológico o puramente declarativo, puede constituir por sí un engaño y configurar el delito de estafa, si existe perjuicio y concurren los demás elementos de esta figura defraudadora, e incluso está recogida como particular forma de tal delito mediante la modalidad de «otorgamiento en perjuicio de otro de contrato simulado» (art. 532.2 del Código Penal de 1973 y art. 251.3 del Código Penal de 1995)».

⁵³⁵ Por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, *passim.*; También, PÉREZ MANZANO, *Compendio de Derecho Penal. PE* (Bajo Fernández, Dir.), v. II, 1998, p. 443 s. quien sostiene que «engaño es la falta de verdad en lo que se dice o hace, y es tanto la acción –engañar– como el efecto –que el sujeto pasivo crea algo que no es verdad–. Sin embargo, como primer elemento típico del delito de estafa no basta con mentir de cualquier modo, sino que solo adquiere relevancia típica aquel engaño que, con palabras de la ley, es «bastante» para producir error en otro y a la vez inducirlo a realizar un acto de disposición».

de un contrato simulado constituye una «acción contraria a la rectitud»⁵³⁶ perjudicial del «patrimonio ajeno» y contraria a la «seguridad del tráfico»⁵³⁷.

§130. En una primera aproximación, la conducta de este ilícito es penalmente relevante por la dificultad-imposibilidad del descubrimiento de la conducta del agente que delinque. Dicho impedimento, que puede constituir un obstáculo de fácil remoción hasta una traba de imposible revelación, explica y fundamenta que el delito de contrato simulado sea punible y desde que se celebra.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA —aunque luego lo rechaza— plantea un símil con la agravación del secuestro cuando el sujeto activo finge ser funcionario público. Rescato en todo caso lo dicho por este autor en orden a que la afectación del bien jurídico se traduce en la indefensión en que queda la víctima del delito, por la «menor capacidad de resistir y oponerse a lo injusto»⁵³⁸, ya que a nuestro juicio el mayor peligro de lesión es no poder probar la simulación, en tanto existen las acciones civiles para impugnarla y, en tanto el proceso penal requiere su acreditación, sin lo cual, se perpetúa la situación jurídica falaz que causa daño a la víctima. Lo anterior, sin perjuicio que el perjuicio en el patrimonio de la víctima devenga sin que aquella siquiera sospeche que el contrato fue simulado.

De este modo la lesión concreta y efectiva del patrimonio u otras expectativas protegidas del «otro» no constituye un requisito del tipo ya que la peligrosidad de exacción efectiva de bienes, de valores o de los *otros intereses protegidos* del principal, corren un riesgo relevante desde que se otorga el contrato en virtud del cual se engendra y plasma la obligación dañosa⁵³⁹. Por ello es un delito que se sitúa entre un peligro concreto⁵⁴⁰ y una lesión efectiva, la que denominaremos *lesión abstracta*^{541, 542}.

⁵³⁶ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 54.

⁵³⁷ Vid. STS de 18.02.1992 [RJ 1130], [Ponente: Sr. Delgado García], considerando quinto.

⁵³⁸ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 13.

⁵³⁹ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, 2/2013, p. 42, quienes refieren una idea análoga a la aquí propuesta bajo el concepto de «peligro de perjuicio». ELLOS MISMOS, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 161 s., quienes lo expresan como «situaciones de peligro de perjuicio» que la doctrina alemana califica de «*schadensgleich*» o peligro de perjuicio «igual o equivalente al perjuicio».

⁵⁴⁰ En este sentido, vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 47 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español. PE*, 1986, p. 241. Sobre los delitos de peligro, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 211 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 139 s., especialmente p. 153-159.

⁵⁴¹ Descarta la posibilidad de considerar el delito de contrato simulado como delito (abstracto), DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 54.

⁵⁴² Vid. KINDHÄUSER, en «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en*

§131. Por otro lado, una vez que se han revelado los indicios de simulación —en la órbita extrajudicial— resta un segundo obstáculo a superar, consistente en la necesidad de acreditar la simulación contractual en sede jurisdiccional⁵⁴³. El problema que surge en este escenario radica en que al actor-víctima le corresponderá destruir la presunción *iuris tantum* del art. 1277 CC, en relación a las normas pertinentes de la LEC⁵⁴⁴, recurriendo a la prueba de presunciones⁵⁴⁵. Recordemos que el contrato celebrado y reconocido por los otorgantes goza de la presunción del art. 1277 CC, que establece que «[a]unque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario»⁵⁴⁶.

En efecto, dicha norma del art. 1277 CC hacía referencia a las presunciones de los derogados arts. 1249 a 1253 CC, que pasaron a ser normas de carácter procesal o de ponderación de la prueba conforme a la modificación operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC⁵⁴⁷, la que incorporó la Sección 9.^a de las presunciones, arts. 385 s.

honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, p. 441, especialmente, p. 452, *in fine*. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 424-425. Agrega que, conforme a cierta doctrina, citando a MORTARA (*Commentario*, II, p. 600), «la amenaza de violación ya es violación del derecho, porque representa, con formas y efectos diversos, un obstáculo para la conservación de las condiciones normales de goce y disfrute del derecho».

⁵⁴³ La problemática de la prueba de las defraudaciones ha sido un tema central en el desarrollo dogmático de las mismas. Por todos, vid. BAJO FERNÁNDEZ, «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», *CPC*, N° 5, 1978, p. 22 s.

⁵⁴⁴ Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 375 s quien afirma sin vacilaciones la premisa aquí sostenida en cuanto que el contrato se estima *verdadero* y por esto, con fuerza material de producir sus efectos, mientras la simulación no se pruebe. Es más, agrega, debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros a demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es, y parte siempre del principio de normalidad. Siendo la simulación un fenómeno anómalo, incumbe pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación, en base al principio «in dubio benigna interpretatio adhibenda est, *ut magis negotium valeat quam pereat*».

⁵⁴⁵ Vid. PASTOR MUÑOZ, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: Derecho penal o autoregulación empresarial», *InDret*, 2006, p. 6, quien en general refiere que el riesgo de descubrimiento del hecho, es bajo.

⁵⁴⁶ Ya hemos visto que la indicación de la voz «deudor» no es restrictiva de éste y ello tiene una mera razón de inercia histórica [la cursiva es añadida]. Al respecto Vid. CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albadejo y Díaz Alabart, Dirs.), T. XVII, v. 1°-B, 1993, p. 580. Respecto de los terceros que puedan decidir conforme a dicho espejismo jurídico, vid. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones* (trad. B. Pérez González y J. Alguer), T. II, 2.^a parte, 1966, p. 966 s. También, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Primero, v. II, 1971, p. 699 s.

⁵⁴⁷ Conforme al BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, p. 15278 y BOE núm. 180, de 28-07-2001, p. 27746.

LEC^{548, 549}. Se trata de una presunción *iuris tantum* que sólo se destruye mediando prueba en contrario conforme al art. 1251 CC^{550, 551}.

Las presunciones son medios de prueba *indirecta* que consisten en deducir de un hecho base un hecho consecuencia. El hecho base es, a su vez, demostrado con los otros medios de prueba. De ello se sigue que la presunción es la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido. Si esa operación lógica o deducción la hace la ley, las presunciones se llaman de *derecho* o *legales* [*praesumptiones iuris seu legis*] y si las hace el juez, se denominan *judiciales* o de *hombre* [*praesumptiones hominis seu iudicis*]. A su vez, las presunciones legales se subdividen en absolutas o *iure et de iure*, las cuales no

⁵⁴⁸ *Presunciones legales*: 1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Art. 386. *Presunciones judiciales*: 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior; Respecto a las presunciones «*iuris tantum*» que importa que la carga de la prueba sea de la parte acusadora, vid. GARCÍA GIL, *La prueba en los procesos penales. Jurisprudencia*, 1996, p. 51-52.

⁵⁴⁹ *A contrariu sensu*, conforme al art. 313 de la Ley Hipotecaria de 08.02.1946, en BOE nº58, de 27.02.1946, «[I]os Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen, o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, *en perjuicio de tercero*, un derecho que debió ser inscrito». El único requisito formal para acceder a registrar conforme el artículo citado es que deban «estar consignados en escritura pública, ejecutoriada, o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos», sin perjuicio de otros documentos privados que la Ley y los Reglamentos permiten registrar. Al efecto es indispensable señalar que el Registro, en ciertos casos, admite documentos privados, como los señalados en los arts. 14.3.º, 59.1.º de la Ley y 155 del Reglamento [§2], así como arts. 110, 156 de la Ley y 70, 79, 81.d], 208, 216 y 239 del Reglamento.

⁵⁵⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, T. I, 1988, p. 679 s.

⁵⁵¹ Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 375 s., quien afirma, sin vacilaciones la premisa aquí sostenida, en cuanto a que el contrato se estima *verdadero* y, por esto con fuerza material de producir sus efectos mientras la simulación no se pruebe. Es más, agrega, que debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, bastaría su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho —como la vida— distingue lo normal de lo que no lo es, y parte siempre del *principio de normalidad*. Siendo la simulación un fenómeno anómalo, incumbe pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación, en base al principio «*in dubio benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valeat quam pereat*»

admiten prueba en contrario y las presunciones simplemente legales o *iuris tantum*, pueden ser destruidas por la prueba en contrario⁵⁵².

La presunción legal descansa sobre tres premisas: a) el hecho base, b) el hecho presunto, y c) la inducción lógica que los enlaza. Con todo, el fundamento de la presunción se asienta sobre el *principio de normalidad* en tanto existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos o en el fenómeno de la causalidad, unas mismas causas producen siempre unos mismos fenómenos. Se trata de un mecanismo probatorio orientado a la fijación de los hechos, a obtener una certeza siquiera aproximativa, que constituye un instrumento de carácter formal orientado normalmente al órgano jurisdiccional para la demostración de los hechos que hayan de incidir en la resolución del mismo o con una finalidad «aliviadora» (*Erleichterung*)⁵⁵³.

6. El sujeto activo de delito: «[e]l que [...]» como un sujeto facultado para otorgar un contrato vinculante al patrimonio de un «otro» conforme al Derecho privado

§132. Para un sector de la doctrina el pronombre demostrativo «[e]l que» del delito de contrato simulado del art. 251.3 CP lo configuraría como un delito común⁵⁵⁴, en términos que cualquier persona —no jurídica— penalmente responsable podría cometerlo. Sin embargo, conforme a la interpretación restrictiva del tipo que se defiende en esta tesis, sólo puede ser agente del delito de contrato simulado aquél que tenga facultades para celebrar negocios jurídicos por «otro», sea que ellas emanen de la ley, hayan sido encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico⁵⁵⁵.

⁵⁵² Cfr. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, v. II, 1971, p. 800 s. quien agrega que para un sector de la doctrina, con especial referencia a PLANIOL y RIPERT (*Traité élémentaire*, T. II, ed. 1926, n° 53, p. 20), las presunciones *iuris tantum* son una simple *dispensa de prueba*, es decir, un desplazamiento del peso de la prueba, que hace la ley o una *dispensa de prueba* a favor de una parte, acompañada de una *denegación de prueba* con respecto a la otra. En el mismo sentido, vid. ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, 1993, p. 26; ESEVERRI MARTÍNEZ, *Presunciones legales y Derecho tributario*, 1995, p. 49 s.; MARÍN-BARNUEVO FABO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, 1996, p. 55 s.; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, 1995, p. 24 s.; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, 2004, p. 15 s.

⁵⁵³ ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, 1993, p. 19 s., especialmente p. 24 s.

⁵⁵⁴ Así, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 150; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 49. Cabe señalar que los precedentes Códigos penales, si bien conservaron y reprodujeron literalmente el texto actual del art. 251 CP, la excepción fue el Código Penal de 1928, el que mediante el art. 724, n° 14, mencionó el sujeto activo en plural.

⁵⁵⁵ Vid. art. 173 n° 6 CP argentino: «Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 6° el que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos [...]»; Vid. CREUS, *Derecho penal, PE*, T. I, 1983, p. 501 s., quien a propósito de ese tipo penal sostiene una tesis similar a la propuesta en esta

⁵⁵⁶. De este modo se trata de un delito de «dominio» cuyo concepto restrictivo de autor trae como consecuencia que la autoría no se fundamenta por medio de cualquier co-causación del resultado típico sino sólo a través de la realización de la acción típica idónea para gravar el patrimonio administrado con un contrato simulado, que le causa perjuicio⁵⁵⁷.

En este contexto JAKOBS agrega que «[...] de este modo los delitos que, *primera vista*, son de dominio se convierten siempre en delitos de infracción de deber cuando el autor de los mismos sea un obligado especial, esto es, alguien que se encuentra inmerso en la institución correspondiente, tanto en el supuesto de la acción como en el de la omisión.⁵⁵⁸» Esta idea de transformación del delito de «dominio» en uno «especial» en consideración a la calidad del autor, a más de ser correcta, constituye el fundamento de su incriminación. Lo planteado por JAKOBS no solo permite establecer una sólida diferenciación entre delitos de organización o dominio y los de infracción de deber sino que amplía el contorno de éstos últimos, ya que en principio es aplicable a toda la Parte Especial, siempre y cuando concurra una institución o en los que el autor sea un obligado especial⁵⁵⁹. En el delito en estudio, dichas fuentes de los concretos deberes de protección del patrimonio administrado que le impiden ser inveraz en sus relaciones negociales cuando aquellas causan perjuicio, provienen del contrato, de la ley o de un encargo de autoridad, *v. gr.*, el padre en el ejercicio de la *patria potestad*, el socio administrador, el comisionista, el representante, etc.

§133. Otro asunto que destaca y abona esta tesis es la descripción del agente como sujeto activo singular, versus una hipotética tipificación del art. 251.3 CP que hubiera utilizado la expresión plural «[I]os que otorgaren en perjuicio de otro [...]»⁵⁶⁰, se habría

investigación. EL MISMO, *Falsificación de documentos en general*, 1986, §88, p. 137 s.; adhiriendo a una tesis dual, vid. DONNA, *Delitos contra la propiedad. PE. T. II-B*, 2008, p. 462 s.; con diferencias, FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. PE*, 1985, p. 520 s.; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1946, p. 392 s.; NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, 1960, p. 338 s. Respecto a la discusión de la adición de los «falsos recibos» en la reforma del CP argentino de 1886 y los ulteriores proyectos de CP, así como del resto de los países latinoamericanos, vid. SPROVIERO, *Delitos de estafas y otras defraudaciones*, 1998, p. 415 s. También, BUOMPADRE, *Estafa y otras defraudaciones*, 2005, p. 126 s.

⁵⁵⁶ En sentido diverso, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 150; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 35 s.; y, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 208.

⁵⁵⁷ Vid. por todos, JESCHECK/WIEGEND, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. M. Olmedo Cardenete), 2002, p. 701 s.

⁵⁵⁸ Vid. por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 43-44, con amplias referencias en nota 23. Agrega que todo el que se encuentra sujeto a una institución está obligado al cuidado solidario del bien al que se refiera aquella, y, en verdad, sin atender a la forma de actuación de este obligado.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ Lo manifestado es consecuencia de la tipificación por parte de las Comisiones Codificadoras napoleónicas. Precisamente, la inspiración de dichos trabajos legislativos, no tuvieron en consideración los influjos y ventajas de la primera revolución industrial, lo que explica su que la estructura sea de carácter individualista «pues las relaciones socioeconómicas de la Europa de aquellos tiempos se

traducido en la reducción de los grupos de casos sancionables dado que a) sólo cabrían los supuestos en los que —interpretado literalmente— concurrieran dos administradores de un mismo patrimonio a la celebración del contrato, o b) en los casos en que sólo uno de los contratantes sea el facultado para convenir por «otro», donde tal redacción no habría reflejado el diverso desvalor de la conducta del agente desleal o *intraneus* con el del co-contratante o *extraneus*.

Conforme la definición del delito de contrato simulado expuesta, este ilícito penal exige la concurrencia de un sujeto activo especial, que se encuentre jurídicamente dotado-facultado para contratar «por otro», sea con ocasión de un título ocasional o permanente que lo habilite para tales efectos; constituyéndose así, la base de una «falta de poder» que se ubica más lejos del «exceso de poder» jurídico para obrar por parte del agente⁵⁶¹, con o sin lucro propio, celebra el negocio jurídico alejándose de las instrucciones y/o deberes que había asumido con anterioridad —sea por efecto de la ley y/o la convención— perjudicando el patrimonio de su principal⁵⁶².

caracterizaban por ser rurales y a lo sumo artesanales, y los conflictos tenían su punto de referencia entre individuos concretos». Así, cfr. PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, 1995, p. 72.

⁵⁶¹ En este sentido, entendemos que el art. 252 CP alcanza a *casi todos* los casos de administración desleal del patrimonio ajeno, salvo el supuesto de celebración de un contrato absolutamente simulado bajo el cual no hay nada sino pura expoliación disfrazada, solpada y autoencubierta mediante esa forma negocial. Aparentemente en contra, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31, quienes sostienen «[...] que el legislador tipifica todo «exceso en el ejercicio de las facultades de administración», y ello puede entenderse, sin dificultades, como un ejercicio de dichas facultades desviándose del fin para el que han sido otorgadas. Así, el administrador que utiliza su poder de decisión sobre el patrimonio social para renunciar a un derecho de este último, puede haber cometido el delito del art. 252 CP, aun cuando su conducta (la renuncia al derecho) no constituya ni un acto de disposición ni la contracción de obligaciones.» Al respecto cabe mencionar que si bien el ejemplo es de un caso de perjuicio *radical* o *total* (en términos relativos claro), no hay uso de formas simuladas y eso permite diferenciar también, el exceso en el ejercicio de las facultades de administración de modo *explícito*, de la simulación de contratos absoluta o radicalmente simulados que se sancionan conforme al art. 251.3 CP. Por otro lado, vid. FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación negativa*, 2001, p. 63 s., quien distingue los actos en perjuicio de «otro» en virtud de una relación obligacional limitativa y la obligación negativa.

⁵⁶² Se trata, entre otras, de la extensísima constelación de acciones a que alude el art. 286 CCom de contratos celebrados por el factor y que se entenderán hechos por cuenta del principal «aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento». Sobre esta materia, vid. URÍA, *Derecho mercantil*, 1993, p. 54 s.; También, PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil de

Ahora bien, el delito de contrato simulado exige al agente de éste, ser titular de una posición desde la que pueda disponer del patrimonio del perjudicado desde dentro⁵⁶³, de modo que la víctima debe ser un representado, un poderdante, un mandante u otro análogo⁵⁶⁴. En este contexto, el contrato simulado se configura como un ilícito que castiga de manera genérica la celebración de contratos perjudiciales, en cuanto defrauda expectativas propias de las infracciones jurídico-penales que incriminan la administración desleal del patrimonio ajeno⁵⁶⁵ y desvinculándose definitivamente de un ilícito que comparta la estructura de la estafa⁵⁶⁶.

7. Acerca del verbo «otorgare»

§134. El verbo rector del tipo penal del art. 251.3 CP es «otorgare». Conforme a sus fuentes, el verbo «otorgar» proviene del latín *auctorīcāre*, de *auctorāre* y significa «3. *Der.* Disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer una cosa. Se usa por lo común cuando interviene solemnemente la fe notarial»^{567, 568}. Por su lado, las palabras

administradores de sociedades», VV.AA. (Reglero Campos, Dir.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2006, p. 1540 s.

⁵⁶³ Vid. *supra* cita 369. Sobre el deber de gestionar «desde dentro», vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 107-108, quienes distinguen los deberes de garantía por asunción de la calidad de administrador, generalmente *negativos*, de aquellos de carácter institucional —v. gr. tutores, etc.— generalmente *positivos*.

⁵⁶⁴ En este sentido, brillante la STS de 18.10.1972 [RJ 1972/4135], [Ponente: Sr. Escudero del Corral], mediante la cual se deslinda el ámbito de aplicación de la norma del delito de contrato simulado y el de alzamiento de bienes, señalándose respecto del primero que no es aplicable cuando el perjudicado es mero «acreedor». Por el contrario, vid. STS de 14.07.1989 [RJ 1989/6247], [Ponente: Sr. Carrero Ramos], que, en un caso de alzamiento parcial de bienes para eludir el pago de prestaciones laborales, se condenó por delito de contrato simulado.

⁵⁶⁵ Sobre la distinción de la infracción de deberes jurídico-penales de los deberes jurídico-privados, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 108 s.

⁵⁶⁶ Por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, *passim*.

⁵⁶⁷ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 1992, p. 1058. Importante es tener presente la voz «otorgamiento» que conforme a ésta misma fuente significa, «2. Acción de otorgar un documento; como poder, testamento, etc. // 3. Escritura de contrato o de última voluntad. // 4. Parte final del documento, especialmente del notarial, en que se aprueba, cierra y solemniza.»

⁵⁶⁸ «Otorgare» en otra época denotaba contratos que fueron o debieron ser *autorizados* mediante la intervención de un fedatario público y a sus protocolos. En este sentido se pronuncia STS de 18.02.1991 [RJ 1130], [Ponente: Sr. Delgado García].

auctoricāre y *auctorāre*, a su vez, provienen del latín *auctor* o *autor* que posee los siguientes derivados: a) *Autoría* o *Autoridad* [auctoridad], tomado del latín *Auca*, *-atis*. *Autoritario*, *Autoritarismo*, *Autoritativo*, *Autorizar* [*abtoryzar*,]; *Autorización*, *Otorgar* [*outorigare*, *atorgar*, *otorgar*, *aitorgar*], del latín vulgar AUCTORICARE derivado del término AUCTOR en el sentido de ‘**garante**’, ‘vendedor’, *otorgadero*, *otorgador*, *otorgamiento*, *otorgante* y *otorgo*⁵⁶⁹. En el mismo sentido se pronuncia MOLINER, para quien «otorgar» es «[h]acer alguien un *contrato, escritura, etc., ante notario: [...]»⁵⁷⁰. [la negrita es añadida]

Precisando este asunto, DE COVARRUBIAS sostiene que el término *otorgar* «es de las antiguas españolas; hasta ahora, con ser tan usada, no he hallado su etimología, si no es de la palabra *auctorare*, que es sentarse a la milicia con juramento de no faltar su palabra»⁵⁷¹. Asimismo, CASARES, es de la opinión que «otorgar» posee el significado de «**disponer**, *contratar o prometer una cosa mediante la fe *notarial»⁵⁷². [la negrita es añadida] Finalmente, concordando con el resto, PABÓN S. DE URBINA y ECHAURI MARTÍNEZ, sostienen que «Dic. por lo común cuando interviene solemnemente la fe notarial»⁵⁷³. Por su lado, DE RIVACOBA Y RIVACOBA concibe al verbo «otorgar» de un modo amplio, como sinónimo de «estipular» que incluye los convenios verbales^{574, 575}.

De la etimología indicada, es rescatable la acepción «garante» que en el delito de contrato simulado funge como un poder-deber que le habilita a celebrar el negocio

⁵⁶⁹ COROMINAS y PASCUAL, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, V. I., 1991, p. 416 [la palabra en negrita es nuestra].

⁵⁷⁰ *Diccionario de uso del español*, H-Z, 1992, p. 594, quien agrega que «otorgamiento» es «[3] Parte final de una escritura *notarial que contiene la fórmula con que se solemniza.»

⁵⁷¹ *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, 1943, p. 842.

⁵⁷² *Diccionario ideológico de la lengua española*, 1942, p. 767.

⁵⁷³ *Diccionario ilustrado Vox*, 1945, p. 1005. En el mismo sentido, vid. ANTÓN ONECA, *Obras*, T. III, 2000, para quien el vocablo «otorgar», que se «acostumbraba a aplicar a documentos escritos y más especialmente a los notariales, hace pensar no ser bastante la alegación falsa de un contrato verbal, sino que es necesaria la forma escrita.»

⁵⁷⁴ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 60. Excluye la punición en casos de contratos verbales la STS de 18.02.1992 [RJ 1130], [Ponente: Sr. Delgado García], considerando quinto.

⁵⁷⁵ Adicionalmente, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 151, quien considera punible la contratación simulada tanto en instrumento público como privado.

jurídico por agencia, mandato, con autoridad y cuya connotación deviene en un deber positivo de protegerlo^{576, 577}.

§135. Con todo, cabe agregar que el verbo «otorgare» alcanza los casos de auto-contratación que son perfectamente concebibles y punibles conforme al art. 251.3 CP. Respecto de esto existen concretas opiniones en la doctrina que la respaldan, a saber: «[e]ste carácter plurisubjetivo no impide que pueda cometerse en casos de auto-contratación, cuando el poderdante de alguno de los que intervienen en el contrato utiliza el poder para ocasionar perjuicio patrimonial»⁵⁷⁸. A mi juicio, corresponde apreciar el delito de contrato simulado en los casos de auto-contratación, ya que el tipo penal en estudio no distingue si se trata de contratos *uni* o *biletarales* y es perfectamente concebible que el mandatario, actuando por sí y en representación de su mandante, simule un negocio jurídico que le perjudique⁵⁷⁹. En particular, el art. 251.3 CP exige el «perjuicio de otro», no ajustándose a lo que la doctrina corrientemente sustituye por «perjuicio de tercero». Si el legislador hubiese optado por esta última redacción, es decir, designando al sujeto pasivo o víctima de delito como un «tercero», quizás estaríamos obligados a aceptar que —sin perjuicio de que se incurra en otro (s) delito (s)

⁵⁷⁶ Es claro que cuando el administrador no se sirve de formas negociales simuladas, la distracción se asemeja a la intuitiva relación que los comentaristas decimonónicos hacían de este ilícito con el «hurto». Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 197, y ello refleja un menor injusto penal que es coherente con la menor penalidad relativa entre el delito del art. 252 CP y el de su antecesor, el art. 251.3 CP.

⁵⁷⁷ El tipo penal pudo haber utilizado otros verbos rectores como «el que celebrare un contrato simulado [...]»; o «el que conviniere un contrato simulado»; o «el que suscribiere un contrato simulado [...]»; o «el que contratase simuladamente [...]», etc. Con todo, si bien es legítimo recurrir al origen gramatical, raíz, o fuente *latina* del verbo respectivo, la más importante herramienta hermenéutica lo constituye el elemento teleológico de modo que restricciones que no se orienten a un Derecho Penal preventivo y moderno, hay que desecharlas. Al respecto, vid. *supra* cita 322.

⁵⁷⁸ Cfr. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 150, refiriendo a la STS de 18/2/1991 [RJ 1991, 1130]. Este autor señala «poderdante», en circunstancias que quien comete el delito en la auto-contratación, es el apoderado. Sobre los conceptos privatísticos de patrimonio y de perjuicio patrimonial, vid. GALLEGU SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 104 s.

⁵⁷⁹ Conforme a los arts. 1888 s. CC, especialmente conforme al 1889 CC, el gestor responde de los perjuicios que por culpa o negligencia que se irroguen al dueño. Con mayor razón responderá de las conductas dolosas. Por su parte, por regla general en materia civil, «el representante no se encuentra ligado por el vínculo de estricta obediencia debida con el representado, a que se refiere el art. 8° CP». Al efecto, vid. Díez-PICASO, *La representación en el Derecho privado*, 1979, p. 96. En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 842, en el sentido que considera una figura con dimensión *plurisubjetiva*, en el sentido que requiere un concierto de voluntades en la contratación fingida, sin la cual sería un caso de engaño constitutivo de estafa.

diverso (s)⁵⁸⁰— los casos de *auto-contratación*, no serían punibles. Sin embargo, el Código Penal optó por señalar una víctima *asociada al agente*⁵⁸¹, y en base a ello es plausible que se verifique delito en ese grupo de casos, ya que concurre el abuso en la representación concurre^{582, 583}.

§136. Finalmente, el verbo «otorgare» no ha de reducirse a los contratos simulados *bilaterales*, sino que comprende también aquellos *multi* o *plurilaterales*, *v. gr.*, la simulación de una cesión de usufructo de una propiedad <A> por parte de su factor a favor de <C> y, conjuntamente, la cesión de la nuda a <D>.

8. El delito de contrato simulado se comete en perjuicio de «otro», y no de un «tercero». Argumentos sistemáticos e históricos

§137. La doctrina no ha asociado el injusto del delito de contrato simulado a uno de administración desleal del patrimonio ajeno⁵⁸⁴. De acuerdo con lo visto, quienes se han interesado en esta figura han aproximado una noción de este ilícito de *fraude* en dos modalidades: a) en el contexto de un delito de estafa común, y b) como perjudicial con

⁵⁸⁰ Así, *v. gr.*, los arts. 248 y 250.7 CP, esto es, la estafa que se comete abusando de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional y, como no, respecto del ilícito del art. 290 CP, esto es, la administración fraudulenta del administrador social.

⁵⁸¹ Lo dicho tampoco posee pretensión de plena validez, ya que en el art. 248 CP, el legislador optó por la indicación plural del agente al señalar «[c]ometen estafa los que [...]»

⁵⁸² Vid. arts. 1.709 s. CC y SsTS 18.09.1987 y 04.12.1992. La fundamental diferencia del mandato con representación estriba en que éste liga al representado con los terceros, siempre que el representante **actúe dentro del poder** que se le haya conferido [la negrita es nuestra]. Sobre la distinción entre el actuar en lugar de otro y la representación, vid. SILVA SÁNCHEZ, «El «actuar en lugar de otro» en el nuevo Código penal español», *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, p. 175 s. esp. p. 220.

⁵⁸³ En contra de considerar factible el delito de contrato simulado cometido por uno solo, vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 35. Hay que reconocer que la idea de este autor puede estar referida a un caso de simulación de algo distinto a un contrato, como una declaración uni-personal. No leo que se pronuncie derechamente sobre el caso de la autocontratación.

⁵⁸⁴ Vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 44, quien escribió un párrafo inconcluso al efecto. PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (II)», *Lecciones de Derecho Penal. PE*, VV.AA. (Silva Sánchez, Dir.), 2006, p. 224, quien plantea un ejemplo asociado a esta interpretación. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código Penal Comentado*, 2004, p. 562-563, quienes citando STS de 0112.2000, entienden que el contrato simulado equivale al concepto utilizado por la Ley.

el mero otorgamiento⁵⁸⁵. En este último caso —en realidad— se ha seguido de cerca el paradigma que la misma jurisprudencia venía considerando punible:

«Es requisito necesario para configurar el tipo de delito que contempla el invocado número 2.º del art. 532 CP, que el contrato simulado se otorgue en perjuicio de otro,⁵⁸⁶ es decir, *de un tercero que no intervino en el contrato, y que este perjuicio no sea abstracto, sino determinado y concreto*, si bien su exacta cuantía tengan que fijarla algunas veces los Tribunales, a su prudente arbitrio, por exigencia de la pena a imponer, siendo tan esencial la prueba del perjuicio a tercero, con malicia y ánimo de lucro, dolo específico de este delito, que con sólo la simulación, no cabía darse, ya que le asistía la acción de nulidad, y podía ser ejercitada por los terceros perjudicados⁵⁸⁷.» [las cursivas son añadidas]

De este modo, así concebido el delito, ese sector de la doctrina exige implícitamente una acción posterior a la confección del contrato simulado que permita *engañar a terceras personas*, privando mediante su mendacidad el ejercicio de un derecho, lo cual se obtiene *poniéndolo en circulación*⁵⁸⁸. Esta forma de comprender el delito de contrato simulado es análoga a la de las arts. 257 (frustración de la ejecución) o 259 (insolvencias punibles) Código Penal.

La antigua interpretación del delito de contrato simulado del nº 2 del art. 535 CP derogado, fue tildada de formalista y literal, ya que podría considerarse un *alzamiento de bienes individualizado*⁵⁸⁹, por el cual un solo acreedor resultaba perjudicado por el contrato simulado, lo que le impediría cobrar su crédito sobre cosa determinada u obligación de especie o cuerpo cierto. Posterior a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, el nº 2 del art. 257 CP, permitió sancionar por alzamiento de bienes a quien «...realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.» Esta disposición legal abrió la puerta para condenar conductas individuales de deudores que perjudicaban a un solo acreedor.

⁵⁸⁵ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 30-31, quien presenta un concepto compuesto de delito señalando que es «medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se sirve una persona para obtener un resultado antijurídico, y en concreto, en los delitos contra los derechos patrimoniales, para causar daño económico y estimable en dinero, tipificado penalmente».

⁵⁸⁶ Respecto del perjuicio patrimonial, vid. GALLEGU SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 439 s., quien acepta las tesis personales-funcionales del patrimonio, de tal modo que considera como bien jurídico-penal de referencia «el patrimonio entendido en un sentido relacional o dinámico, como relación que media entre una unidad de elementos patrimoniales y su titular, significando esa relación una condición de libertad de su titular en la medida que supone una posibilidad de actuación general en el ámbito económico».

⁵⁸⁷ STS de 30.11.1963 [R. 4792]. Previo al perjuicio de tercero debe existir ánimo de lucro y, con posterioridad al perjuicio, se produce un lucro ilegítimo por parte del autor. Respecto al concepto de lucro, vid. BAJO FERNÁNDEZ, «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXVIII, 1975, p. 369, quien sostiene que «[...] en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico.»

⁵⁸⁸ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 61-62.

⁵⁸⁹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 845.

§138. No se distingue con claridad si fue la jurisprudencia histórica o la doctrina clásica la que creó un erróneo «nomen iuris» del delito de contrato simulado, definiéndolo «en perjuicio de tercero», apartándose *de entrada y de plano* a la literalidad del tipo que denomina a la persona de la víctima como un «otro»⁵⁹⁰. No creo probable que la razón de aquello haya sido la lectura de alguna de las intervenciones expresadas en la discusión de la Comisión de 1845⁵⁹¹, sino más bien los intentos de vincularlo con figuras anteriores a la codificación en circunstancias que —conforme lo hemos explicado anteriormente— no existían⁵⁹².

§139. De acuerdo a lo que se propone, el art. 251.3 CP sólo protege e incrimina el contrato simulado en perjuicio de una de las partes del negocio jurídico, *lo que sólo es posible en el contexto en que el agente, teniendo la facultad de celebrar negocios jurídicos, obligue-perjudique el patrimonio que administra*. Se descarta entonces el supuesto de que se celebre un contrato simulado *en perjuicio* de uno de los co-contratantes, ya que la exigencia de un acuerdo simulatorio es incompatible con la noción de *engaño*⁵⁹³.

Por su lado, los casos en que el titular del patrimonio contratante o su administrador —*expresamente facultado*— simulare un contrato que le perjudique, dicha conducta es atípica dado que constituiría el *ejercicio de la libertad contractual* y

⁵⁹⁰ Otros autores como CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, 1997, p. 225 s. y DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *El contrato simulado*, p. 60 s., intentan exponer que el delito de contrato simulado posee la estructura de la estafa, pero no exponen supuestos prácticos que con seguridad puedan subsumirse en ella, lo que de entrada vuelve dudosa la interpretación que plantean.

⁵⁹¹ Vid. *supra* §§77 s.

⁵⁹² Un rol preponderante de esta tradicional consideración de que la víctima o perjudicado sea o deba ser un «tercero» y no un «otro» radica en la estrecha vinculación que la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido respecto del delito de alzamiento de bienes.

⁵⁹³ Existen cualificadas excepciones en que se simula sin engaño, pero con abuso, como el caso del delito de usura. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. III, 1977, p. 309, quien «si bien es cierto que ese delito se consuma desde que se perfecciona la convención que disfraza el contrato usurario, no lo es menos que esa ficción acompaña toda la vida del negocio jurídico, y perdura mientras el mismo continúa en plena vigencia [...] y la cobertura legal, que evita salga a la superficie la ilicitud del pacto, sirve de escudo al prestamista durante el tiempo que a la sombra de un supuesto contrato de compraventa está lucrándose con el percibo de los intereses».

*libre disponibilidad del patrimonio*⁵⁹⁴, v. gr., la simulación de una venta que disimula una donación, pero que es la finalidad del vendedor-donante⁵⁹⁵.

§140. En primer término, para justificar la anterior propuesta, se recurre al tenor literal del tipo penal del art. 251.3 CP el cual designa a la víctima como un «otro» y no un «tercero». El legislador distingue y diferencia perfectamente los conceptos «tercero» y «otro». El caso del delito de contrato simulado no fue una excepción a dicha diferenciación conceptual del legislador que —desde la época de los primeros códigos penales y hasta la fecha— ha decidido mantener la redacción del tipo penal con el término «otro» y no utilizando el de «tercero»⁵⁹⁶.

El uso por parte del legislador del Código Penal de 1995 de los términos «otro» y «tercero(s)», prueba que el primero designa «la víctima directa» del ataque, lesión,

⁵⁹⁴ Vid. *supra* §§104 s.

⁵⁹⁵ Respecto a terceros efectos colaterales perjudiciales al patrimonio del concelebrante representado y la contribución del resultado lesivo por parte de la propia víctima vid. ampliamente, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, p. 301 s., refiriéndose a los «deberes de autoprotección» por parte de la víctima como referente para determinación de la adscripción del suceso a la víctima». Acerca de las relaciones entre autor y víctima tenidas en cuenta en la Reforma al delito de Estafa en el Código Penal de 1995, vid. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal, De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, 1998, p. 184 s. Acerca de formas intermedias en que la víctima duda del engaño, vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa», *CPC*, 1993, p. 544-547, quien adhiere a la doctrina extensiva dominante, por la cual hay incriminación incluso frente a víctimas que tengan por posible la falsedad de lo fingido; Acerca de la compensación de culpas en Derecho penal, vid. TORÍO LÓPEZ, «Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho Penal», *Estudios Penal en Memoria del Profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ-ALBOR*, 1989, p. 709 s.; Acerca de la imputación objetiva, vid. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», *EPC*, 1987, p. 169 s; Asimismo, ROXIN, «La problemática de la imputación objetiva», *CPC*, 1989, p. 749 s; Respecto al íntimamente relacionado tema de los deberes pre-contractuales de información, vid. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, 1994, p. 41 s., acerca de cómo afectaría la omisión dolosa de información a la formación del consentimiento, sólo en los casos que exista tal deber. En otro sector del Derecho, vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, *Los deberes de información tributaria*, 1992, p. 204 s., fundamentando los deberes de información tributaria como deberes tributarios y como deberes públicos de prestación; Acerca de la previsibilidad del riesgo y los deberes de actuación, vid. PAREDES CASTEÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, p. 372-373.

⁵⁹⁶ Vid. *supra* §§78 s., en que se deja constancia de la sustitución del término «tercero» por el de «otro» que venía propuesto en el proyecto que se presentó en el seno de la Comisión. Ese cambio se debió a que el proyecto de incriminar conductas que perjudicaran a terceros contratantes de bienes de un interdicto luego de declarada la nulidad del contrato fue finalmente completamente repensado y replanteado por un tipo genérico que sancionara casos que no terminaron de perfilar.

hecho o acción delictiva que tipifica, así como de una relación directa con el autor, como la de representación⁵⁹⁷.

§141. Por su lado, el uso del término «tercero» se reserva —en general o siempre— para denotar una *desvinculación* directa con la víctima, una situación de

⁵⁹⁷ Así, vid. en el Código Penal las siguientes normas: art. 28, «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente *o por medio de otro* del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.»; art. 31, «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, *o en nombre o representación legal o voluntaria de otro*, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre»; art. 138, «El que *matarse a otro* [...]»; art. 142.1. «El que por imprudencia grave *causare la muerte de otro*, será castigado [...]»; art. 143.1. «El que induzca al *suicidio de otro* será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años»; art. 147.1. «El que, por cualquier medio o procedimiento, *causare a otro una lesión* que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones [...]»; art. 149, «El que *causare a otro*, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, [...]»; art. 150, «El que *causare a otro la pérdida* o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años»; art. 163.1, «El particular que *encerrare o detuviere a otro*, privándole de su libertad [...]»; art. 169, «El que *amenazare a otro* con causarle a él [...]»; art. 1712, «Si alguien *exigiere de otro una cantidad* o recompensa bajo la amenaza [...]»; art. 172, «El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe [...]»; art. 197.1, «El que, para descubrir los secretos o *vulnerar la intimidad de otro*, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles [...]»; art. 243, «El que, con ánimo de lucro, *obligare a otro*, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero [...]»; art. 248.1, «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para *producir error en otro*, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»; art. 251, «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 1º. Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, *la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste* o de tercero. 2º. El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, *en perjuicio de éste, o de un tercero*»; art. 252, «Serán castigados con las penas del art. 249 ó 250, en su caso, *los que en perjuicio de otro* se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración [...]»; art. 393, «El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, *para perjudicar a otro*, hiciere uso de un documento falso [...]»; art. 394.2, «El que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso *para perjudicar a otro*, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores»; art. 395, «El que, *para perjudicar a otro*, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en [...]»; art. 396, «El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, *para perjudicar a otro* [...]»; art. 401, «El que usurpare el *estado civil de otro* [...]»; art. 617.1, «El que, por cualquier medio o procedimiento, *causare a otro una lesión* no definida como delito [...]»; art. 617.2, «El que golpear o *maltratare de obra a otro* sin causarle lesión [...]»; art. 620.1, «Los que, de modo leve, *amenacen a otro* con armas [...]»; art. 620.2º, «Los que *causen a otro una amenaza*, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve» [las negritas y cursivas son añadidas].

facto o relación alejada del núcleo de la lesión, ataque o situación, un efecto reflejo del ataque o situaciones análogas⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ Así, vid. en el Código Penal las siguientes normas: art. 1111, «Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar, aunque el bien se halle *en poder de tercero* y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. [inciso segundo] Esta disposición no es aplicable cuando el *tercero haya* adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable»; art. 113, «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares *o a terceros*»; art. 120.5, «Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos *susceptibles de crear riesgos para terceros*, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas»; art. 127, «Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un *tercero de buena fe* no responsable del delito [...]»; art. 177, «Si en los delitos descritos en los arts. precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o *bienes de la víctima o de un tercero* [...]»; art. 184.1, «El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí *o para un tercero* [...]»; art. 195.1, «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio *ni de terceros* [...]»; art. 197.2, «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, *en perjuicio de tercero*, datos reservados [...]»; art. 197.3, «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o *ceden a terceros* los datos o hechos descubiertos [...]»; art. 220.2, «La misma pena se impondrá al que ocultare o *entregare a terceros* un hijo para alterar o modificar su filiación»; art. 231.1, «El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, *lo entregare a un tercero* [...]»; art. 236, «Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo *o de un tercero* [...]»; art. 243, «El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio *o del de un tercero*, será castigado con [...]»; art. 247, «El que, sin hallarse autorizado, distrajere el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio *o de un tercero* [...]»; art. 248.2, «También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial *en perjuicio de tercero*»; art. 251.1, «Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste *o de tercero*»; art. 251.2, «El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, *o de un tercero*»; art. 270, «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y *en perjuicio de tercero*, reproduzca [...]»; art. 270.3, «Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este art. concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados *en favor de tercero* por un modelo [...]»; art. 278.2, «Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o *cedieren a terceros los secretos* descubiertos»; art. 285, «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí *o para un tercero un*

§142. Por lo visto se puede establecer —en el referido contexto de racionalidad del legislador— que, si hubiese querido tipificar el delito de contrato simulado en perjuicio de «tercero», lo habría señalado literalmente como venía propuesto en el proyecto original⁵⁹⁹. Por el contrario, la utilización del indicativo «otro» en el art. 251.3 CP revela a una víctima directa de la lesión patrimonial producto de la celebración del

beneficio económico [...]»; art. 290, «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falseen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, **o a un tercero** [...]»; art. 292, «La misma pena del art. anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí **o para un tercero**, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo[...]; art. 295, «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio **o de un tercero**, con abuso de las funciones propias de su cargo,[...]; art. 319.3. «En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las **indemnizaciones debidas a terceros de buena fe**; art. 321. «Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de **las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.**; art. 357. «El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si tuviere propósito de **defraudar o perjudicar a terceros**, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales; art. 374.1. «A no ser que pertenezcan a **un tercero de buena fe** no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas [...]»; art. 417.1. «La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública **o para tercero** [...]»; art. 418. «El particular que aprovechar para sí **o para un tercero** el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público [...]»; art. 419. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio **o de un tercero**, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva [...]»; art. 420. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio **o de un tercero**, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa [...]»; art. 428. «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí **o para un tercero** [...]»; art. 429, «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí **o para un tercero** [...]»; art. 442, «La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí **o para un tercero** [...]» [inciso siguiente] «Si resultara grave daño para la causa pública **o para tercero** [...]»; art. 445 bis, «Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos **o de un tercero** [...]» [Las negritas y cursivas son añadidas].

⁵⁹⁹ Vid. *supra* §§77 s.

contrato simulado. Así, análogamente, se constata de modo evidente en la redacción del art. 243 CP, que distingue el patrimonio de la víctima y el del tercero —«potencial»— víctima. Lo mismo sucede en el tipo básico de la estafa del art. 248 CP y de modo *irrefutable*, en el numeral 2 del art. 251 CP.

§143. Ahora bien, desde la perspectiva de la *teoría del contrato* del Derecho privado —cuyo concepto de «contrato simulado» recogemos íntegramente a efectos de esta investigación— se distinguen las personas que celebraron el negocio jurídico, las «partes», de las que son calificadas como «terceros». Dado que el legislador penal de 1848 era consciente de la diferenciación entre quienes son «partes» y quienes son «terceros» de un contrato, sólo cabe concluir que su intención fue tipificar una conducta lesiva entre las primeras. Y aunque no hubiera sido la intención precisa del legislador original, de todos modos, esta interpretación es permitida y plausible, ya que no excede el tenor literal máximo posible de los términos⁶⁰⁰.

En el caso del delito de alzamiento de bienes del art. 257.1.1º CP, se hace mención expresa de la *lesión refleja* por el acto de disposición del «deudor» en perjuicio de sus víctimas que las designa —especialmente— como «acreedores»: este delito —de alguna manera excepcional— es uno de los pocos casos punibles de simulación de contrato que afecta a terceros «ajenos» al mismo. Esa especialidad se constata de la exigencia de los varios requisitos que se deducen del tipo del art. 257 CP y su fundamento de incriminación *radica* en el resultado de insolvencia en el que queda el deudor luego de hacer valer esas simulaciones en el tráfico jurídico⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Con todo, siempre habrá que tener presente que «el límite del sentido posible de las palabras es también el límite de la interpretación». Así, cfr. BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», *Política criminal y nuevo Derecho penal en Libro Homenaje a C. ROXIN* (J. M. Silva Sánchez, ed.), 1997, p. 374. También, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2001, p.425, quien de modo similar sostiene que es el «posible sentido literal» el que, como condición previa de un desarrollo del Derecho *inmanente a la ley*, una laguna de la ley, y como límite de este último; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PG, 2003, p. 225 s.

⁶⁰¹ Vid. por todos, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 208 s., quien aboga por la aplicación especial del delito de alzamiento de bienes por sobre el delito de contrato simulado.

§144. Adicionalmente, cuando el legislador se ha referido a los «representados» ¡vuelve a utilizar el término «otro»! En efecto, el art. 31 CP dispone «[e]l que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, [...]».

§145. La consecuencia jurídico penal del uso del término «otro», en el contexto del art. 251.3 CP, es la de *excluir la punición de un contrato simulado que afecte a un «tercero» ajeno a los contratantes*. Por el contrario, esta figura penal sólo sanciona en los casos en que el «contrato simulado» afecta o lesiona *directamente* el patrimonio de una víctima que es parte en el contrato, desde su otorgamiento-celebración y mediante la correspondiente creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones que le perjudiquen.

En consecuencia, sólo resta un grupo de casos en que el ataque y la lesión patrimonial radican de modo inmediato en el de la víctima, y es aquél en que el agente actúa en representación del patrimonio de su víctima, el «otro». De ahí que, su noción ha de buscarse de entre los casos de gestión desleal del patrimonio ajeno y ubicarlo dentro de los denominados *negocios civiles criminalizados*⁶⁰², concepto que surgió a fin de diferenciar los meros incumplimientos civiles y los casos de estafa⁶⁰³. Es por esto

⁶⁰² En este mismo sentido, distinguiendo entre la estafa básica y el contrato simulado, vid. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho Penal Español. PE. I*, (Cobo del Rosal, Dir.), 2000, p. 692. ALMELA VICH, *El delito de estafa y el de apropiación indebida, AP*, 1998, p. 663, quien señala que «[l]a segunda de las cuestiones que se suscita, es la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito civil, es decir, cuando nos encontramos ante un negocio jurídico civil y cuando ante una estafa. En este segundo caso es cuando hablamos de los negocios jurídicos criminalizados. Son negocios civiles criminalizados, aquellos que consisten en «la simulación del propósito inexistente de cumplir la contraprestación de un contrato bilateral, obteniendo así de otra parte la satisfacción de la obligación por ella asumida e incumpliendo la propia, como se tenía ya previsto y decidido ab initio». Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo de que, en el delito, el engaño ha de ser previo y que existe estafa en los casos en que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria.»

⁶⁰³ Vid., VV.AA., BOIX REIG (Dir.) y LLORIA GARCÍA (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 444 s. Citan la STS de 30.09.2005 que estableció diferencias entre los negocios civiles criminalizados y los incumplimientos civiles, señalando: «[...] cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero

que el delito de contrato simulado encuentra un significado autónomo, basado en una lesividad específica que se despliega conforme los pactos o cláusulas simuladas en el patrimonio que pasa a gravar al momento de su celebración.

La peligrosidad de la mera contratación *simulada* en perjuicio de otro no podría ser penalmente relevante sin tener una vocación de producirlo de modo idóneo. Por ello la Jurisprudencia ha insistido en que dicho perjuicio se produzca efectivamente en el patrimonio del «tercero», lo que constituye una correcta y necesaria interpretación restrictiva del tipo penal⁶⁰⁴. Así las cosas, el otorgamiento de un contrato simulado en términos idóneos para perjudicar a un «otro» sería —sin más— tentativa de delito punible⁶⁰⁵ en tanto grava el patrimonio de la víctima con la obligación correlativa, *v. gr.* un gerente de abastecimiento acepta una factura y la recepción de un servicio que nunca se entregó, generando la aceptación de una deuda cuyo pago es obligatorio para su principal. En un posterior *momentum*, una lesión concreta sufrirá ese «otro» cuando efectivamente la pague.

9. Injerencia de la distinción de la simulación absoluta y la relativa en el delito de contrato simulado

§146. La doctrina jurídico-civil ha diferenciado los tipos de simulación, distinguiendo entre los absoluta y los relativamente simulados.⁶⁰⁶ La distinción entre una y otra clase de simulación constituye una categoría jurídico-civil que funge como fundamento de la sanción que disponga la —*eventual*— sentencia civil que se dictase en ese juicio, la que declarararía la «inexistencia» de un contrato o «el otro» que realmente quisieron las partes celebrar⁶⁰⁷. Al respecto cabe preguntarse si aquella clasificación

uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado.»

⁶⁰⁴ Vid. *infra* §160.

⁶⁰⁵ La pregunta es extraída de una afirmación de SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 111.

⁶⁰⁶ Vid. *supra* §§33 s.

⁶⁰⁷ Así se pronuncia DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 47-48. Tampoco resulta razonable vincular la declaración de nulidad por simulación como una cuestión previa al juicio penal. Por el contrario, las cuestiones prejudiciales que se encuentran someramente reguladas en los

incide en la interpretación jurídico-penal del tipo del art. 251.3 CP⁶⁰⁸. Acerca de esto, recordemos que la descripción del tipo penal no distingue *el tipo de simulación* de contrato, de modo que está abierta la posibilidad de considerar punibles ambos o sólo uno de dichos tipos de simulación conforme a esa norma.

Ahora bien, hemos visto que la punibilidad del delito de contrato simulado descansa en la producción del perjuicio patrimonial a causa del negocio jurídico celebrado por el sujeto que ostenta la capacidad de obligarlo^{609, 610}; al amparo de esta consideración, la circunstancia de que subyazca un contrato diverso (simulación relativa) o ningún otro (simulación absoluta) se torna irrelevante para efectos penales. Pues bien, salvo que exista un «poder especial a favor del apoderado», éste *siempre* carece de poder suficiente⁶¹¹ para celebrar un contrato simulado o con falsa causa, en términos tales que —en los casos en que produzca perjuicio patrimonial al principal— se revela como indicio de la tipicidad penal⁶¹².

En este contexto, los contratos celebrados por un administrador «excediéndose» de sus facultades, no son *contratos simulados sino explícitos*⁶¹³, constitutivos⁶¹⁴ —en

arts. 3º s. de la LEC, es un asunto que debe ser conocido y resuelto por el Tribunal en lo penal que conozca del ilícito, por cuanto integra el elemento primordial o fundante del tipo objetivo.

⁶⁰⁸ Así, en general, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 846. Este autor incluso se encuentra llano a aceptar como punibles simulaciones parciales en tanto irroguen perjuicios reales a terceros, por lo que sostiene que la problemática debe subordinarse a la idoneidad del engaño.

⁶⁰⁹ En este sentido, vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 47 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español. PE*, 1986, p. 241.

⁶¹⁰ STS de 09.07.1941, en R. 958. Análogas, las SsTS de 10.02.1879 en C.J., V. I, 71; 0106.1917 en C.J., V. I, 133 y de 3112.1918, en C.J., V. II, 140.

⁶¹¹ Ya sea que no tenga poder, haya expirado o sea inválido, el agente doloso no incurriría en delito. En el ámbito del art. 252 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 112-113.

⁶¹² En este sentido, la simulación de contrato perjudicial funge, a lo menos, como la ratio congoscendi de la antijuridicidad penal. Al respecto, vid. MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 5.ª ed., Lecc. 6, §2, p. 129; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1999, p. 296 s.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, 4.ª ed., 1993, §24, p. 249 s.

⁶¹³ *V. gr.*, la venta de la cosa a precio vil por parte de un administrador con facultades para enajenar, pero no para «donar», constará en el acto o contrato. Una cosa distinta es que la misma venta se disfrace tras un contrato simulado.

⁶¹⁴ Distinto es el caso en Derecho alemán. Vid. JAKOBS, *Falsedad documental*, (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 101 s., sostiene la necesidad de que sea el Derecho civil el que establezca las limitaciones precisas del ámbito de las declaraciones *constitutivas*, desde la oferta de

general— del delito de administración desleal del patrimonio ajeno establecido en el art. 252 CP⁶¹⁵. Ese *exceso de poder* no es exactamente el mismo al que alude el art. 1727 CC⁶¹⁶, ya que esta norma legal dispone implícitamente el caso de la inoponibilidad de lo obrado por el mandatario que se excede de un poder limitado y conocido por la contraparte negocial. En el caso del art. 252 CP, el exceso en las facultades discurre en los supuestos en que el poder existe y no ha sido conferido con limitaciones concretas⁶¹⁷. Así, *v. gr.*, normalmente al apoderado para vender coches no se le impone un precio mínimo al que deba venderlos y que, además, sea sabido por los clientes de modo que la venta a menos de la mitad del precio de mercado es un caso de exceso de poder punible —en la medida en que concurran los demás elementos del tipo— conforme al art. 252 CP. En cualquier caso, el precio de esa venta es explícito en el contrato y, por ende, siendo realmente una compraventa, la celebrada, y el precio el pactado, no hay simulación.

Por otro lado, si el mismo vendedor de coches conviene con el comprador simular la venta y recibir en pago un cheque al descubierto o de una persona insolvente⁶¹⁸, ha simulado el contrato de compraventa en los términos del art. 251.3 CP.

Este esbozado deslinde entre los arts. 252 y 251.3 CP —al que volveremos luego— descansa sobre la premisa *racional* consistente en que no existen titulares de patrimonios que otorguen, confieran o deleguen poder para que en su nombre y

contrato hasta autovinculación como tipo de confianza, de modo que la falsedad documental sea un *accesorio congruente* con el Derecho civil.

⁶¹⁵ El caso de simulación-relativa-perjudicial nunca es punible como contrato simulado (art. 251.3 CP) sino como administración desleal del patrimonio ajeno (art. 252 CP), ya que si se revela-declara la existencia de un contrato *real* que subyace al aparente y es perjudicial, sólo cabe apreciarlo como un exceso en el ejercicio de las facultades de administración.

⁶¹⁶ Art. 1.727, inc. segundo CC: «[e]n lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente».

⁶¹⁷ Vid. *supra* §133.

⁶¹⁸ En contra, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 162, quienes consideran este caso como uno de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP.

representación se celebren contratos simulados-perjudiciales, de forma tal que quienes lo hacen no sólo se *exceden de sus facultades*, sino que actúan *sin facultades*⁶¹⁹.

En ese contexto, los contratos simulados —por definición— aparentan una «normalidad» o «estandarización», bajo la cual puede que no exista contrato alguno o uno distinto. De este modo, el mayor desvalor de la conducta⁶²⁰ del delito de contrato simulado no se vincula primordialmente a la *extensión del perjuicio*⁶²¹, sino al «uso» de formas negociales simuladas. Así, siempre sería punible conforme al art. 252 CP el caso del administrador desleal que adquiere —*v. gr.*, con un recargo del triple respecto del precio de mercado— el servicio que su principal le encomendó contratar, ya que el exceso en sus facultades es *explícito*. Sin embargo, será punible conforme al art. 251.3 CP —con independencia de la extensión del perjuicio— si el mismo administrador paga un servicio nunca prestado o inexistente [simulación absoluta]⁶²².

Cabe aclarar que en el caso del pacto y pago del triple del valor normal no supone una donación por el exceso, ya que el apoderado carece de facultades *especiales* para ello y es contrario a los fines lucrativos que le incumbe desarrollar por y a favor de su principal. Con todo, si existiera un contrato disimulado de donación, exigiría materializar y someterlo al mismo test por medio del cual se verifique tener o no causa. De este modo, las simulaciones relativas sólo se revelan como un objeto de interés una vez que se evidencia el contrato oculto o disimulado el que podrá ser absolutamente simulado —con impacto directo al perjuicio del patrimonio del principal— o bien un contrato simulado con exceso de poderes, con o sin perjuicio. En el primer caso, será punible conforme al art. 251.3 CP, en el segundo, conforme al art. 252 CP y, en el último, impune.

⁶¹⁹ El sentido de la afirmación «carecer de poder para simular un negocio vacío» es diverso al usado para expresar los casos de celebración de contrato por quién carece —literalmente— de *todo* poder, ha expirado o es inválido, en cuyos casos, con razón, el agente doloso no incurriría en este delito sino posiblemente en una estafa. Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 112-113.

⁶²⁰ Sobre el desvalor de la conducta y del resultado, por todos, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 368 s.

⁶²¹ Acerca de la extensión del perjuicio a causa de las defraudaciones vid. VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1987, p. 261 s. STS de 15.03.1961 en R. 855; GONZÁLEZ RUS, «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 174 s.; También, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N. C. P.)», *CPC*, 1996, p. 418 s.; HUERTA TOCILDO, «Los delitos patrimoniales en el proyecto de C. P. de 1980», *CPC*, N° 15, 1981, p. 496 s.

⁶²² Todo esto debe morigerarse mediante criterios jurisprudenciales que tiendan a una determinación concreta de pena dentro del espectro abstracto que dispone la ley que sea proporcionada a la extensión del perjuicio y la intensidad de la simulación. Vid. *supra* §133.

De este modo, la clasificación entre simulación absoluta *total* o *parcial* permite, al amparo de ésta última, la imputación a título del art. 251.3 CP a los casos en que partidas, ítems u otros apartados individualizables del negocio jurídico, carezcan de causa; *v. gr.* el pacto de pago por un ítem de obra inexistente o no realizada en el contexto de la liquidación o ajuste de un contrato de construcción concluido en el que se contienen diversos otros trabajos o servicios *realmente* prestados⁶²³. A partir de este caso, se revelan tres estadios de diversa intensidad de lesión patrimonial:

<p>Primer estadio de lesión: <i>Un contrato simulado grava el patrimonio de la víctima con una obligación de futuro falso cumplimiento</i></p>	<p>Segundo estadio de lesión: <i>Un contrato simulado grava el patrimonio de la víctima con una obligación de anterior falsa ocurrencia</i></p>	<p>Tercer estadio de lesión: <i>Se cumple una obligación falsa o inexistente que proviene de un contrato simulado que le sirve de causa falsa</i></p>
--	---	---

Así, *v. gr.*, se otorga un contrato simulado de construcción en el que se incluye una partida inexistente y que se pagará conforme a los siguientes Avances de Obras⁶²⁴.

Así, *v. gr.*, se emite y acepta —de acuerdo al Informe de Avance de Obra— una Factura mediante la cual se cobra una partida inexistente⁶²⁵.

Así, *v. gr.*, se paga una Factura por la venta de una cosa o un servicio, que jamás ha existido, entregado o prestado⁶²⁶.

⁶²³ Vid. *infra* §164, en el que se explica por qué la incorporación de un pasivo-devengado en el patrimonio de una víctima es más grave que la simple simulación de un contrato que — al amparo de un examen *prospectivo*— contiene obligaciones de imposible/inexistente cumplimiento.

⁶²⁴ La punición —a título de delito de contrato simulado del art. 251.3 CP— se debe determinar conforme a los criterios de *imputación objetiva* que se puedan establecer permitiendo definir los controles que ha debido configurar la víctima como barreras-conductas de auto-protección. De este modo, *v. gr.*, si a las actividades posteriores al contrato complejo concurren revisiones u otra clase de *controles* internos que fallen por déficit estructurales, «podría» concluirse que no cabe la punición dada la ineficacia exigible conforme al estándar de la industria de las mismas; de tal modo que —en los otros casos que supere el referido test— cabría apreciar delito. La configuración de estos criterios abstractos, exceden del ámbito de la presente investigación. Con todo, sobre esta problemática, vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, *passim.*; FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», *InDret*, 2009, p. 39 s. PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, 2003, p. 68 s., sobre cuya tesis se pueden construir criterios para los efectos del tipo en estudio. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 27-28 y p. 153 s., respecto del «peligro de perjuicio» patrimonial que cubriría la amplitud del §266 StGB y del art. 252 CP, en el que cabría el dolo eventual al no existir restricción al tipo subjetivo.

⁶²⁵ En este estadio, la punición a título de delito consumado es difícilmente discutible.

⁶²⁶ Si se considera al delito de otorgamiento de contrato simulado del art. 251.3 CP, punible desde que se celebra el negocio simulado absolutamente, de peligro concreto o de consumación anticipada, ello se explica porque en ese estadio ya han ingresado al patrimonio de la víctima las obligaciones lesivas que devienen de aquél. De este modo la consumación formal representa un momento previo al total

10. La conducta típica del delito de contrato simulado

§147. El patrimonio es susceptible de ser lesionado desde el momento mismo en que se lo grava con obligaciones lesivas conforme a criterios económicos, lo que puede ocurrir en razón de la gestión desleal de un agente que tenga poder para vincularlo contractualmente⁶²⁷. Dentro de esta noción de la *administración desleal del patrimonio ajeno*, existe una variante más grave que la explícita, consistente en la *contracción de obligaciones* que —además de perjudicar-gravar el patrimonio de «otro» por efecto de los pactos lesivos que asume el agente *desleal*— utiliza formas *negociales simuladas*. Un caso sencillo permite revelar la *intensificación* del riesgo no permitido desplegado que fundamenta *la necesidad y el merecimiento de pena*⁶²⁸:

«A», obrando por el patrimonio «B», concertados al amparo de un *acuerdo simulatorio* con «C», reconoce servicios —y la deuda— que éste último no prestó^{629, 630}.

§148. En general, los efectos jurídicos del negocio simulado no dejan de producirse porque falte una voluntad *interna* que exija su cumplimiento, sino porque de la naturaleza misma de los hechos y circunstancias se deduce y constata que no ha de nacer una *obligación de cambio de valores* —caso de simulación absoluta del art. 251.3

menoscabo del bien jurídico protegido, lo que acaece junto con la exacción material. Sobre esto, vid. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *ADPCP*, 1995, p. 139 s.

⁶²⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 53, quien precisa que se trata de un criterio que no puede mantenerse rígido, ya que delitos como la estafa, la apropiación indebida y las insolvencias punibles pueden incluirse hechos con incidencia en intereses socioeconómicos.

⁶²⁸ Vid. LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, (S. Mir Puig y ÉL MISMO, Coords.), 1995, p. 199 s. También, TORÍO LÓPEZ, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», *EPC*, 1987, p. 381 s., especialmente, p. 397.

⁶²⁹ Lo anterior es completamente independiente con un subsecuente delito contra la Hacienda Pública. Al respecto, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, 1996, p. 322 s., quien exige como requisito adicional la comprobación de que la conducta del sujeto es idónea para engañar a los órganos de la Administración; ÉL MISMO, *Derecho penal económico. PE*, 1999, p. 322 s.

⁶³⁰ Sin perjuicio de la constelación de casos de *simulación relativa* en los que se simula y lesiona el patrimonio del principal, en términos económicos o de otra índole y que está constituido por la contravención de una norma jurídica o contractual que impone prohibiciones que se sortean mediante triangulación, v. gr., al agente al quien se le ha impuesto la prohibición de comprar o vender a determinada persona y para disimular la *infracción* celebra un contrato por interposita persona. Sobre esto, vid. CARNELUTTI, *Teoría del falso y El daño y el delito*, 2004, (trad. del original de 1930-1935 de María Victoria Suárez), p. 53.

CP⁶³¹— o al menos, un cambio de *valores económicamente distorsionado* —caso de administración desleal del art. 252 CP—⁶³². A ello alude la STS 843/2006 que acoge la tesis dualista⁶³³ del derogado art. 252 CP en tanto administración desleal del patrimonio ajeno por la vía de la distracción de dinero, al señalar que «[d]e esta manera se acudió al *sentido económico real del negocio*, levantando el velo jurídico que lo encubría (FJ 10.º, *in fine*)⁶³⁴. Este ejercicio de «levantar el velo» no es otra cosa que revelar el contrato disimulado que subyace al negocio simulado. En el caso de ausencia de negocio real del art. 251.3 CP, lo que se indaga es su [in] existencia y sólo tras la constatación de falsa causa del negocio se sigue como consecuencia que la extensión del perjuicio es *siempre* cabal. El supuesto incriminado por el art. 252 CP, esto es, cuando se contrata —con daño— no respetando la valoración de mercado de las prestaciones asumidas, hay ejercicio abusivo-lesivo de las facultades conferidas al apoderado.

En otras palabras, es común que de los contratos se puedan deducir elementos objetivos-externos, *v. gr.*, la cantidad del objeto adquirido-vendido, en contraste con elementos relativos-decisionales, *v. gr.*, el precio. Cuando se falsea —en todo o en parte— el primero nos hallamos frente a un caso de nulidad absoluta total o parcial sancionado conforme al art. 251.3 CP, ya que falta un elemento de la esencia del negocio. Diferente es el caso en el cual se pacta —algo que siempre ocurre *explícitamente*⁶³⁵— el factor *precio*, ya sea aumentándolo o disminuyéndolo «en perjuicio de», lo que constituye un ejercicio abusivo de la facultad de convenirlo⁶³⁶.

⁶³¹ *V. gr.*, quien contrata servicios de arquitectura a un abogado.

⁶³² Esta idea nos sitúa en un ámbito de criterios normativos de la simulación contractual. Al efecto, cfr. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, 1926, p. 30-31.

⁶³³ Vid, por todos, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 24 y p. 39 s., quienes la refieren como la «tesis amplia» del derogado Art. 252 CP.

⁶³⁴ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 227.

⁶³⁵ El precio es el pactado de suerte que el que obliga y por ello decimos que es explícito. Esto no hay que confundirlo con los contratos aparentes en los supuestos de simulación relativa, puesto que aquél lesivo es el que subyace y que el proceso penal debe revelar, único que será objeto de enjuiciamiento y — por regla general— sólo constituirá un eventual caso de administración desleal del patrimonio ajeno.

⁶³⁶ La regla general es que esta clase de contratos prescinden de la herramienta-modalidad de la simulación. Por excepción, podría celebrarse un contrato compuesto/complejo por uno aparente no

Sin perjuicio de lo anterior, el elemento objetivo-externo de la *cantidad* también puede ser distorsionado explícitamente, como ocurre en el caso donde el agente doloso adquiere «de más», lesionando el patrimonio de su principal por ausencia de la racionalidad económica que se reflejará en el empobrecimiento correlativo del patrimonio administrado. Este caso demuestra la distinción entre la noción de *falsear un dato* con la adopción de *decisiones doloso-lesivas*; los primeros se subsumen en el art. 251.3 CP, mientras que los segundos en el art. 252 CP.

§149. El delito del art. 251.3 CP consiste entonces, en la celebración de un contrato en todo o en parte simulado absolutamente, por parte de un apoderado-no titular del patrimonio perjudicado y cuya consecuencia económica final no se corresponde con la voluntad de su titular⁶³⁷.

En este contexto, el paradigma de la bipartición privatista de la simulación entre absoluta y relativa se colaciona con el total y el parcialmente simulado, de suerte que el análisis *ex post facto* podrá revelar las cuatro diversas combinaciones de aquellos⁶³⁸.

Con todo, el primer nivel de análisis debe tender a revelar si el contrato o el pacto en particular, ítem o cláusula es absolutamente o relativamente simulado. Una vez que se constata que no subyace ninguna prestación-contraprestación real, es decir, que es

perjudicial por medio del cual se pacta el precio «debido» y, en otro, se condona la deuda. En estos supuestos también se mantienen explícitos los pactos —no simulados/ocultos— ya que de otra manera el segundo no sería operativo para «anular» lo convenido en el primero. También, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31, quienes refieren los casos de renuncia a un derecho como subsumibles en el art. 252 CP.

⁶³⁷ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 35, quien deja en evidencia que una concepción naturalista de acción es absolutamente insuficiente para comprender la significación jurídico-penal de la comisión del delito de contrato simulado. Ello lo ha puesto de relieve al aseverar que tanto la acción de simular un contrato como la de producir el resultado de perjuicio patrimonial «sólo cobran entidad y significado y se hacen inteligibles en relación a valores». A partir de esta premisa, este autor desdobra la noción de la simulación de contrato en a) *simular*, haciendo parecer una cosa que no es o engañar sobre el ser de una situación no verdadera, y b) *disimular*, lo que se relaciona con la conducta de ocultar una cosa que es, o sobre el no ser de una situación real.

⁶³⁸ Esas combinaciones son: contratos absoluta y totalmente simulados, absoluta y parcialmente simulados, relativa y totalmente simulados y relativa y parcialmente simulados.

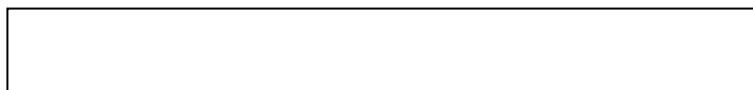
absolutamente simulado resta establecer la idoneidad del pacto para obligarlo⁶³⁹.

El segundo nivel de análisis, que sólo reviste relevancia para los contratos relativamente simulados, consiste en revelar el negocio disimulado a fin de establecer si las prestaciones que subyacen a este último son i) idóneas⁶⁴⁰, e ii) económicamente lesivas —y en caso que lo fueran— si son radicalmente asimétricas⁶⁴¹ o no⁶⁴².

La *fenomenología* de la simulación, entonces, discurre análoga a un abanico de tonalidades de modo que la mayor o menor densidad de la *congruencia* de la voluntad pactada/expresada a través del negocio se debe contrastar con la realidad material de las obligaciones convenidas/pagadas-cumplidas. De este modo, la coincidencia total entre lo formalmente expuesto y lo materialmente convenido se grafica con el negro, hasta un blanco previo al vacío. De este modo, el negocio vacío se sitúa fuera, más allá o más lejos del ámbito de la punibilidad del art. 252 CP: si bien constituye un exceso en el ejercicio de las facultades de administración, al configurarse como *pura exacción revestida, camuflada o auto-encubierta* por el agente a través del negocio absolutamente simulado, se desnaturaliza como acto de administración desleal/perjudicial y se transforma en un puro acto de apropiación/distracción solapado.



Administración desleal del art. 252 CP graficado en base a la relación del contenido obligacional y el perjuicio seguido que podría alcanzar lesiones cercanas a su totalidad, v. gr. el pago de una factura cuyo precio fue dolosamente convenido con un recargo del 75%.



⁶³⁹ Se trata de un análisis jurídico civil acerca de la capacidad obligacional del negocio frente al patrimonio del principal sobre el cual actuó el agente doloso. En este ámbito debe establecerse — básicamente— si existía un poder suficiente para obligarlo.

⁶⁴⁰ En los términos indicados en la cita previa.

⁶⁴¹ Caso en el cual proponemos sean consideradas virtualmente como absolutamente simuladas y punibles conforme al art. 251.3 CP. Al respecto vid. *infra* §§165 s.

⁶⁴² En estos casos es posible que se trata de un caso de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 253 CP. Al respecto vid. *infra* §§155 s.

Otorgamiento de un contrato simulado del art. 251.3 CP graficado en base a la relación del contenido obligacional y el perjuicio seguido que podría alcanzar lesiones cercanas a su totalidad, v. gr. el pago de una factura por un servicio jamás prestado.

a. *La relación del contrato simulado con la administración desleal*

i. Introducción

§150. La doctrina había denunciado un conjunto de conductas que constituían verdaderas lagunas legislativas, ya que no eran subsumibles ni en el delito de estafa, ni en el de apropiación indebida⁶⁴³. Dichas conductas son parte de lo que se denomina la «administración desleal del patrimonio ajeno», para lo cual el legislador creó en el Código Penal de 1995, la figura del art. 295 sin un carácter general, siendo sólo aplicable al ámbito societario⁶⁴⁴. De este modo, a un sector de la doctrina le parecía que el legislador nunca había establecido una forma especial de administración desleal del patrimonio de particulares⁶⁴⁵ y en el Código Penal de 1995, sólo habría concebido que puede haber deslealtad en la administración de bienes en dicho contexto societario y no en otros diversos⁶⁴⁶. Expresamente se había señalado por ORTS BERENGUER que «[d]entro de los delitos contra la propiedad no aparece ninguno específicamente pensado para la gestión infiel, por lo que las distintas y muy variadas situaciones que en la vida económica pueden presentarse —de las que son muestra los ejemplos más arriba referidos— no siempre serán reconducibles a un tipo penal, salvo a la apropiación

⁶⁴³ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», VV.AA., *Dogmática y Ley Penal (L-H a Enrique Bacigalupo)*, T. II, 2004, p. 1213.

⁶⁴⁴ El art. 295 CP dispone que «[l]os administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».

⁶⁴⁵ Hay otros delitos que implícitamente también son formas de administración desleal del patrimonio ajeno como, por ejemplo, la malversación de los arts. 432 a 435 CP. Al respecto, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», VV.AA., *La administración desleal*, CDJ, 1999, p. 113 s.

⁶⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 590 s.

indebida, con las limitaciones que ello entraña»⁶⁴⁷. La necesidad de contar con un tipo general de administración desleal del patrimonio ajeno fue latamente discutida y estimulada⁶⁴⁸. QUINTANO RIPOLLÉS lo explicaba del siguiente modo:

«El título de administrador, como cualquier otro de los típicos, no impone la prevalencia absoluta de la figura del art. 535, que ha de ceder el paso a tipicidades más específicas, o que pugnen con características que en él le son asignadas; conforme a este criterio de prevalencia de lo específico, la S. de 20-VI-1959 aplicó la modalidad del párrafo segundo del art. 532, en vez de la apropiación indebida del 535, al administrador que fingió un contrato con sus propias hijas para defraudar al propietario de cuya administración estaba encargado, actividad típica, prevalente y que, por añadidura, tampoco podía comprenderse en la apropiación indebida, al no versar sobre dinero o cosa mueble, sino sobre uno de los pisos de la finca.⁶⁴⁹»

⁶⁴⁷ Vid. ORTS BERENGUER, «La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el proyecto de código penal de 1994», VV.AA. (Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, 1995 p. 218.

⁶⁴⁸ Vid. «Proyecto de Reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2006», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 119-1, de 15.0107, por medio del cual se pretendía regular el delito de administración desleal del patrimonio ajeno fuera del ámbito de los delitos societarios, como un delito patrimonial, introduciendo un nuevo art. 254 bis CP, bajo la rúbrica «De la administración fraudulenta». Con otras referencias, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 203, 238-240, quien critica la fórmula la superposición que se producirá entre los supuestos de administración desleal de dinero del art. 252, la general del art. 254 bis del Proyecto y la del art. 295 CP. También, en www.carlosparma.com.ar/pdfs/Art_culoparalaUniversidaddelAconcagua%5B1%5D.pdf [visto por última vez el 17.02.08] en que se destaca que un texto mucho más satisfactorio que el anterior «es el propuesto por la Sala de lo Penal del TS en el informe de sugerencias a propósito de las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal: “El que por disposición legal, negocio jurídico o por comisión de una autoridad, tenga poder de disposición sobre bienes de un patrimonio ajeno o esté autorizado para contraer obligaciones en nombre de otro, lesione el patrimonio administrado, abusando de las facultades y poderes conferidos, será sancionado con la pena prevista en los arts. 249 o 250”. En este texto se opta por el modelo austriaco, que contempla el delito según el tipo penal del abuso. Es decir, se configura el delito mediante el concreto abuso de las facultades jurídicas del administrador, renunciando a la fórmula abierta de la simple “deslealtad”, que tantos problemas puede generar con arreglo al principio de legalidad, y, además, se concreta el origen que puede tener la posición de administrador – cosa que no hace el proyecto de ley –. Se trata, pues, de evitar las extralimitaciones en el ejercicio de los poderes recibidos del titular del patrimonio [que se manifiestan en la celebración de negocios jurídicos], salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un representante leal.» Vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 24-25, quienes destacan a la administración desleal del patrimonio ajeno como el delito de la sociedad postindustrial que reprime a los estratos más formados, socializados, con mayores ingresos, etc.

⁶⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 954. El término «ipso facto» que resalta la idea de que el contrato simulado perjudica con su otorgamiento lo ocupa la STS de 25.05.1949 [RJ 1949/828].

ii. Desarrollo de la apropiación indebida en relación a la administración desleal

§151. Con la Reforma Parcial y Urgente al Código Penal de 1983 (LO 8/1983), se redujo el ámbito del art. 528 CPD de la estafa por cuanto convirtió al engaño en el elemento nuclear de la estafa, destipificando una amplia gama de conductas fraudulentas. Con posterioridad la doctrina y jurisprudencia reconoció las dos hipótesis del 535 CPD, no reduciéndolo a un atentado contra la propiedad, sino contra el patrimonio en los casos de *administración desleal o fraudulenta del patrimonio ajeno*⁶⁵⁰.

Antes del Código Penal de 1995, la doctrina dominante caracterizaba el delito de apropiación indebida con a) la existencia de un comportamiento ilícito del autor sobre la cosa que halla recibido en administración como si fuese verdaderamente su dueño, y b) la constatación de un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie, trátase de dinero o de cualquier otro bien⁶⁵¹. Sumado a lo anterior, entendía que la diferencia entre las modalidades típicas de la acción — consistentes en «apropiarse» y en «distraer»— residía en que la primera estaba referida a los actos realizados en beneficio del propio patrimonio del autor del delito, mientras que la segunda aludía a los actos realizados en beneficio del patrimonio de otra persona. Así las cosas, el delito de apropiación indebida resultaba inaplicable en supuestos en los que no tiene lugar, o no se puede probar una auténtica apropiación, razón por la cual se descartó que este tipo penal pudiese servir para sancionar los genuinos supuestos de administración desleal y consecuentemente se volvió forzosa la creación de un específico delito de administración desleal de carácter general.

La dogmática del delito de apropiación indebida de cosas muebles estimó posible una variante a aquella, consistente en la distracción de dineros que por efecto del art. 1.753 CC se incorporan al patrimonio del agente, aplicándolo al grupo de casos de deslealtad en

⁶⁵⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1998, p. 708, citando STS de 26.02.1998. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en VV.AA., *Dogmática y Ley Penal (L-H a Enrique Bacigalupo)*, T. II, 2004, p. 1210 s.

⁶⁵¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida*, 2015, p. 461; ÉL MISMO, *Derecho penal económico. Parte Especial*, 1999, p. 263 s.

la administración de patrimonio ajeno, más allá de la simple negativa a devolverlos o a destinarlos a fines diversos para los cuales fue recibido⁶⁵².

Por otro lado, conforme a lo visto, luego de operada la modificación del Código Penal en lo que a falsedades documentales por particulares se refiere, no ha quedado duda que el contrato simulado en todo lo que refiere a la narración de los hechos en los términos del art. 390.1.4 CP, no es punible y, por ende, no hay hipótesis punibles en los casos en que se pretenda sancionar cuando son cometidas en perjuicio de «tercero». Por su lado, en lo relativo a las hipótesis en que el «otro-perjudicado» es un mandante de uno de los contratantes, es perfectamente plausible calificar, consecuentemente a este delito, como de carácter especial.

§152. En suma, el agente opera en el contexto de una *infidelidad delictual* en el más amplio sentido de la palabra, cometiendo por medio de la alteración u omisión⁶⁵³ de las menciones reales que debiera haber expresado el contrato celebrado *para o a favor de otro*, incidiendo de modo directo en el patrimonio de la víctima^{654, 655}. Así, de no mediar un contrato mendaz, el hecho sería constitutivo de una simple distracción indebida de dinero de forma que se habría aplicado la norma del derogado art. 252 CP⁶⁵⁶.

⁶⁵² BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 196-201.

⁶⁵³ Acerca del engaño mediante la omisión de la información, vid. PÉREZ DEL VALLE, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, N° 59, 1996, p. 377 s.; También, VALLE MUÑIZ, «Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa», *ADPCP*, Fasc. III, Tomo XXXIX, 1986, p. 876, quien sostiene que «sólo las conductas omisivas que posean una valoración concluyente, y por tanto reconducible a un hacer comisivo, podrán ser idóneas para integrar el tipo de estafa [...]»

⁶⁵⁴ El símil de este delito en derecho alemán es el delito del §266 StGB, que establece que: «Cualquiera que abuse de la facultad de disponer de un patrimonio ajeno o de obligar a otro, conferida por ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o infringe la obligación de cuidar intereses patrimoniales ajenos, impuesta por la ley, por orden de la autoridad, por negocio jurídico o por una relación de fidelidad, acarreado con ello un perjuicio de aquél de cuyos intereses debía cuidar, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o pena pecuniaria; pudiendo oscilar la privación de libertad, en casos particularmente graves, entre uno y diez años.»

⁶⁵⁵ De alguna forma es la categoría de la *representación recíproca* a que alude KINDHÄUSER, *Cuestiones Fundamentales de la coautoría*, (trad. M. Cancio Meliá), 2002, p. 35, citando a Binding (*Strafrechtliche Abhandlungen*, p. 298).

⁶⁵⁶ Una referencia en FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 604. Sobre el carácter fungible del dinero —en relación al art. 1753 CC— y la tipicidad de la conducta de apropiación indebida

De esta manera, el art. 252 CP⁶⁵⁷ que tipificaba la *apropiación indebida*, debía quedar reservado exclusivamente para los supuestos en que se acreditara una auténtica apropiación de bienes, fuera en beneficio del autor o en beneficio de otra persona. En directa sintonía con lo antes dicho se creó el art. 295 CP⁶⁵⁸, el que vino a sancionar casos en que el tradicional delito de apropiación indebida no abarcaba, es decir, supuestos en que no se podía acreditar la existencia de un genuino acto apropiatorio, sino que se trataba de conductas no-apropiatorias que no comportaban un incumplimiento definitivo de la obligación entregar o devolver, pero capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado. Esto dejó al descubierto la sensible diferencia de marcos penales entre esas figuras delictivas donde el ámbito del delito del art. 295 terminaba donde empezaba el del art. 252⁶⁵⁹

En ese contexto, la posición de la jurisprudencia al respecto la resumía CONDEPUMPIDO, quien sostuvo que «la diferencia entre ambas figuras consiste en que en la administración desleal del art. 295 se incluyen actuaciones abusivas y desleales de los administradores de carácter menor que abusan del patrimonio social de una forma

de dinero conforme al actual art. 253 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 34-36.

⁶⁵⁷ Vid. art. 252 CP de 1995 el cual disponía que: «Serán castigados con las penas del art. 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.»

⁶⁵⁸ Vid. art. 295 CP de 1995 el cual disponía que «[l]os administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, **dispongan** fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple de beneficio obtenido.» [la negrita es añadida]

⁶⁵⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida*, 2015, p. 465 quién sostiene que «[e]n lo que atañe a la primera modalidad, la acción de disponer del art. 295 debía ser diferenciada de la acción de disponer en el ámbito de la apropiación indebida. Y es que, en efecto, la doctrina (que no el texto punitivo) suele emplear el verbo “disponer” como máximo común denominador de los verbos típicos del art. 252, “apropiar”, “distraer” y “negar haber recibido”, pero obviamente se trata de disponer de la cosa de un modo que implique el incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver. Por el contrario, el delito de administración desleal no comporta una “disposición” de semejantes características, sino una distracción no definitiva [señaladamente, unos usos ilícitos temporales ilícitos] pero capaz de perjudicar el patrimonio administrado».

desleal, pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad. En el delito de apropiación indebida del art. 252 CP se incluyen los supuestos de apropiación genuina con *animus rem sibi habendi* y los de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad»⁶⁶⁰. Esto sucedió porque la jurisprudencia se mostró liberal en esta materia, lo que en realidad quiere decir «poco rigurosa» respecto del objeto material de este ilícito⁶⁶¹. Sin embargo ocurrió un vuelco a partir del caso «Argentia Trust»⁶⁶², en el cual el TS venía sosteniendo que el tipo de *infidelidad* contenido en la variante de *distracción de dinero* del art. 252 CP, a) tiene la finalidad de proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador y, b) que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que *no es necesario el animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación.

De este modo, en palabras de BACIGALUPO ZAPATER «[e]ra obvio que el art. 295 no podía ser interpretado aisladamente, puesto que se insertaba en un sistema legal con el que debía coordinarse; y esa interpretación se oponía radicalmente a trasladar las apropiaciones definitivas de fondos sociales desde la figura del art. 252 a la del art. 295, con el enorme privilegio que ello suponía, cuando precisamente lo coherente y lo razonable habría sido castigarlas incluso con una pena razonable entender que en el seno del art. 295 convivían (castigadas con la misma pena) conductas genuinamente apropiatorias y conductas que constituían meros usos temporales ilícitos»⁶⁶³.

§153. Conforme lo relacionado, vemos que existía una fuerte relación sistemática entre el delito de distracción indebida o «gestión desleal del

⁶⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida*, 2015, p. 465 quien señala que «ello permitía justificar la significativa diferencia de los respectivos marcos penales con los que se conminaban los citados delitos: “Partiendo de dicha premisa, la diferencia punitiva se justifica por no ajustarse a las reglas de la lógica que se castigue con la misma pena comportamientos con diferente gravedad en la entidad del injusto ya que en la apropiación indebida el despojamiento patrimonial tiene carácter definitivo y en la administración desleal no”».

⁶⁶¹ Vid. PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (II)», VV.AA. (Silva Sánchez, Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. PE*, 2006, p. 224-228, quien califica dicha jurisprudencia como «generosa».

⁶⁶² BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 230. Obviamente queda subsistente la punibilidad de la utilización de la factura falsa como gasto para el banco y una baja de la base tributaria que determina el impuesto a las ganancias. Sobre ello, vid. CORDOVA RODA, «Fraude Fiscal y falsedad documental», VV.AA. (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones, CGPJ*, 1995, p. 202. También, vid. MORENO-TORRES HERRERA, «Las falsedades documentales en el Código Penal de 1995. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa) y 26 de febrero de 1998 (caso Argentia Trust)», *AP*, N° 46, 1999, p. 869 s.

⁶⁶³ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «La administración desleal en el nuevo Código Penal», VV.AA., *La administración desleal, CDJ*, 1999, p. 201.

patrimonio ajeno⁶⁶⁴» y el art. 251.3 CP. Así, al igual que en el delito de contrato simulado, la jurisprudencia del delito de apropiación indebida, en su variante de la *administración desleal del patrimonio ajeno*⁶⁶⁵ —conforme a la tesis dualista del art. 252 CP^{666, 667}— no exigía el enriquecimiento del autor, sino que bastaba con el perjuicio del titular del patrimonio administrado, el «otro»^{668, 669}.

En síntesis, la insatisfactoria interpretación provenía de una redacción legal deficitaria y una molesta laguna legislativa.

iii. Del exceso y la falta de poder: la relación entre el derogado art. 295 CP y el derogado art. 252 CP

§154. Un sector de la doctrina ha prestado especial atención a la situación que generaban los casos en que el administrador —*con atribuciones para llevar a cabo una compraventa*— *vende la cosa mueble por menor precio de su valor «de mercado»*⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 34 y p. 39 s.

⁶⁶⁵ Vid. STS de 26.02.1998, [RJ 1998/224], [Ponente: Sr. Jiménez Villarejo], también denominado caso «Argentia Trust» en el cual, de haberse utilizado figuras contractuales simuladas, ya sea escrituradas o simplemente haber afirmado la existencia de tales incluso en el propio juicio junto al co-contratante, habría tenido a mi juicio preferente aplicación el art. 251.3 CP. Así, no era tan relevante el indagar acerca de la veracidad o mendacidad de la (s) Factura (s) que se cancelaron, sino la falsedad del negocio que subyacía a la operación, que era simulado lo que unido al carácter de mandatario del sujeto activo acusado, habría tenido aplicación el delito en estudio. Cfr. MORENO VERDEJO y MARCHENA GÓMEZ, «El delito de apropiación indebida en el Código Penal de 1995», *CJ*, 1998, p. 77 s. También, ORTEGA LLORENTE, «Las falsedades ideológicas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA. (Boix Reig, Dir.), *Estafas y Falsedades*, 2005, p. 207-210. En el caso «Argentia Trust» pudo haberse enjuiciado el negocio simulado en perjuicio de tercero subyacente, en base al indicio cierto de las Facturas ideológicamente falsas.

⁶⁶⁶ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», VV.AA., *Dogmática y Ley Penal (L-H a Enrique Bacigalupo)*, T. II, 2004, p. 1210 quien critica al legislador del Código Penal de 1995 el haber desaprovechado la oportunidad para crear un delito de administración desleal del patrimonio ajeno aparte del art. 252 CP y general, complementario al art. 295 CP.

⁶⁶⁷ Vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, 2/2013, p. 38.

⁶⁶⁸ STS de 05.02.1965, [RJ 1965/475], [Ponente: Sr. Gorzález Díaz], por medio de la cual se condena al administrador y al comprador de las fincas por medio de contratos simulados.

⁶⁶⁹ Así, en el caso de un apoderado que dice retuvo el precio más no simuló la venta, vid. STS de 18.02.1992, [RJ 1992/1130], [Ponente: Sr. Delgado García], considerando sexto.

⁶⁷⁰ Vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 121. Vid. *supra* §133.

Esta venta supone un acto de dominio, pero en la medida en que esta clase de negocios jurídicos está contemplada dentro del ámbito de sus funciones⁶⁷¹ —en principio— no cabría el delito de apropiación indebida del derogado art. 252 CP⁶⁷², ya que no habría habido un *adueñamiento no autorizado*, sino sólo administración desleal del derogado art. 295 CP⁶⁷³. Ahora bien, si el precio de la venta fuese excesivamente bajo que casi equivaliese a una donación⁶⁷⁴, «[...] hay que entender que el acto se convierte en un adueñamiento no autorizado con total despojo del bien a su propietario y en tal caso habría una apropiación indebida del art. 252 al mismo tiempo que administración desleal del art. 295⁶⁷⁵.» Por ello, LUZÓN/ROSO señalan que «[...] cuando el precio de venta sea claramente inferior al normal, aún sin llegar a ser ínfimo, cabe sostener que, salvo en casos de pequeña inferioridad respecto del precio normal, sí existe también apropiación indebida [...].⁶⁷⁶» Estos supuestos de venta a precios ínfimos o sensiblemente inferiores al normal dejan en evidencia el problema —tácito— concerniente a la actuación que lleva a cabo el agente con *exceso de poder* —los casos

⁶⁷¹ Recordemos que el art. 1.713 CC dispone que «[e]l mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. (apartado segundo) Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.» Sobre el particular, vid. COLÁS ESCANDÓN, en VV.AA. (Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2001, p. 1943 s.

⁶⁷² Esta norma establecía que «[s]erán castigados con las penas del art. 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.»

⁶⁷³ Esta norma establecía que «[l]os administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo de beneficio obtenido.» Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 528 s.

⁶⁷⁴ Considérese que afirmar donación como tipo contractual residual a los casos de compraventa sin precio no es correcto, ya que en el supuesto referido es un hecho ilícito. Adicionalmente, el TS así lo ha declarado por efecto de la omisión de las formas negociales legales. Al respecto, vid., entre varias otras, la STS 282/2012, de 30.04.2012.

⁶⁷⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *RdD*, núm. 16, 2013, p. 205 s. Con todo, estos autores no indican si el contrato de compraventa al que subyace una donación, ha ocupado o no una forma simulada, circunstancia que trascendería a su fórmula de resolución jurídico-penal.

⁶⁷⁶ *Ibidem*.

de mera gestión desleal— y aquellos con *falta de poder* —que constituyen *apropiación indebida*—, ya que estos últimos serían *una venta no autorizada* con adueñamiento indebido del bien: *en el fondo donación bajo apariencia de venta*, de modo que la administración desleal transforma a la compraventa en un delito de *apropiación indebida*, por la falta-falsa de causa-autorización, lo que se resolvería por la regla del concurso ideal entre ambos delitos⁶⁷⁷.

De seguirse la opinión antes señalada, derogado el art. 295 CP que ha sido sustituido por el art. 252 CP y asumida la interpretación del art. 251.3 CP propuesta ¿es aún necesario acudir al art. 253 CP para los casos de fijación de precio vil virtualmente análogos a una apropiación conforme a la última norma legal? A mi juicio no, ya que ese contrato se haya *a tal extremo* desnaturalizado⁶⁷⁸ que resulta más conveniente considerarlo —al margen de una posible discusión por tratarse de una analogía *in malam partem* prohibida— un contrato absolutamente simulado y sancionarlo conforme al art. 251.3 CP.

b. Situación quedada tras la modificación del art. 252 CP

§155. Antes de la entrada en vigencia del actual art. 252 CP, se impulsaba la adopción de un sistema de incriminación al estilo alemán, en base a la figura de la *Untreue* del art. §266 StGB⁶⁷⁹. Sin embargo, apartándose de la idea de legislar en

⁶⁷⁷ *Ibidem* y p. 206 s., dando cuenta de otras opiniones de la doctrina en orden a considerar un concurso de leyes.

⁶⁷⁸ La desnaturalización fraudulenta de la sustancia o las circunstancias, bien escribiendo convenciones distintas a las que hubieran sido trazadas o dictadas por las partes, bien constatando como verdaderos hechos falsos o como reconocidos hechos que no lo han sido es una noción que ha sido incorporada en los arts. 145 y 146 CP francés que distingue las falsedades materiales de las ideológicas. Así, vid MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», VV.AA. (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, 1995, p. 114-115.

⁶⁷⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 228-229 quien agrega que en derecho europeo hay dos tendencias para sancionar esta clase de ilícitos: los llamados tipos de infidelidad y de abuso [propio del art. §266 StGB]; en tanto en otros países como Suiza y Austria, sólo establecen el tipo de abuso, que corresponde al sugerido por el TS. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 25, quienes distinguen los subtipos de abuso y el de infidelidad del §266 StGB con el tipo del art. 252 CP que esencialmente tipifica la «infracción de facultades de administración», de modo que, pese a las diferencias de redacción, el tipo de «infidelidad» alemán coincide, en el contenido, con el art. 252 CP. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de*

base a una fórmula que separara un tipo de abuso con uno de infidelidad, el legislador optó por reunirlos en un solo tipo consistente en el exceso en el ejercicio de las facultades de administración conferidas por la ley, la autoridad o un contrato⁶⁸⁰.

La antes referida diferenciación de tipo de abuso y de infidelidad forma parte del acervo construido a partir del art. §266 StGB⁶⁸¹.⁶⁸². Por un lado el *tipo de abuso* va referido a las *relaciones externas*, es decir, protege al titular del patrimonio administrado «en las relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso de los poderes conferidos» y, por otro, el *tipo de infidelidad* protege las *relaciones internas*, esto es, «las relaciones entre el titular del patrimonio y el administrador, respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de los deberes del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado.»

§156. Como anticipaba, la L.O. 1/2015 ha modificado —entre otros— los arts. 295 y 252 CP⁶⁸³ como un modo de subsanar los graves defectos de técnica legislativa que venían siendo denunciados por la doctrina especializada⁶⁸⁴. Por un lado, se suprimió

administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal, 2016, p. 26 s. y p. 60 s., quienes dan cuenta de la amplitud, generalidad, amplitud e indeterminación —y por ello altamente problemática— de la formulación del tipo penal alemán, única manera de cubrir las diversas modalidades que puede adoptar el comportamiento económico de riesgo constitutivo de la infracción del deber jurídico-privado de la gestión del patrimonio, objeto de este fraude.

⁶⁸⁰ Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31, quienes destacan que, a diferencia del derogado art. 295 CP, el actual art. 252 CP no exige que la administración desleal haya sido fraudulenta ni en beneficio propio o ajeno, admitiendo la comisión por omisión en tanto tipifica la infracción *idónea* para causar un perjuicio de las facultades de administración.

⁶⁸¹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «La problemática de la administración en el Derecho Penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 385 s.; ÉL MISMO, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 193 s., especialmente, p. 211. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 26, quienes dan cuenta de la problemática de inconstitucionalidad que se ha planteado por una posible vulneración al mandato de determinación.

⁶⁸² Respecto del tipo de la Untreue del §266 StGB, por todo, vid. ROJAS AGUIRRE, «El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán», *RP*, N° 23, Enero 2009, *passim*.

⁶⁸³ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 13, refieren que esta ley modifica sustancialmente las respuestas jurídico-penales al fenómeno de la gestión desleal, el cual había encontrado hasta el momento cabida en el derogado Art. 252 CP «[...] esencialmente, en los casos de actos de disposición que respondían a un «negocio vacío»». Agregan que tras inclinarse por el modelo del §266 StGB, el legislador finalmente se decantó por un tipo aparentemente similar al §153 öStGB.

⁶⁸⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida*, 2015, p. 459; GÁLVEZ JIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido*, en

el art. 295 CP de administración desleal en el ámbito societario y se creó un delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno en el art. 252 CP. Por otro lado, fue modificado el delito de apropiación indebida contenido en el art. 252 CP, que ahora pasó a ubicarse en el art. 253 CP, sin la modalidad de *distracción*.

El referido art. 252 CP —que se ubica bajo la nueva Sección 2.^a, denominada «De la administración desleal»— dispone:

«1. Serán punibles con las penas del art. 249 o, en su caso, con las del art. 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses⁶⁸⁵.»

Junto a lo anterior, se creó el art. 253 CP que trata sobre la apropiación indebida —bajo la Sección 2.^a bis, denominada «De la apropiación indebida»— el cual reza:

«Serán castigados con las penas del art. 249 o, en su caso, del art. 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

En la actual situación, tras la derogación del art. 295 CP, el *abuso del cargo* que establecía esa norma ha sido sustituido por el *exceso en el ejercicio de las facultades* del

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf>, p. 6 s.; BAJO FERNÁNDEZ, «Administración desleal y apropiación indebida», *RJUAM*, N° 4, 2001, p. 125-143.

⁶⁸⁵ Al respeto se pronuncia la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Senado, el cual, referente a la apropiación indebida expresa lo siguiente: «Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de casos artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error.» Sobre la inexigencia de un límite de perjuicio, vid. Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31.

art. 252 CP. Bajo este nuevo contexto, hay que diferenciar dos expresiones delictivas que caben distinguir: a) el ejercicio de las facultades de administración del patrimonio ajeno que van más allá del *mero exceso*⁶⁸⁶; y b) el ejercicio de las facultades de administración del patrimonio ajeno que utiliza *formas negociales simuladas*⁶⁸⁷.

Todo lo anterior es sin perjuicio del *beneficio* o *ventaja* que haya pactado o percibido el agente o un tercero a cambio del otorgamiento del contrato simulado y que forma parte del *acuerdo simulatorio* o de la «otra parte» del acuerdo simulatorio. Esos beneficios, pagos o recompensas son materia del delito de corrupción del art. 286 bis CP⁶⁸⁸. A lo anterior cabe agregar que en ocasiones el dinero del patrimonio perjudicado por el delito de contrato simulado será el mismo con el que se pague el beneficio oculto, *v. gr.*, «A», quién actúa como agente —doloso— del patrimonio de «B» acepta-paga a «C» la Factura por venta de servicios que figuran falsamente haberse prestado a «B». El dinero del pago de «B» a «C» se reparte como botín entre «A» y «C»⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ El exceso de poder es una noción que permite una doble interpretación: a) se actúa con exceso tanto cuando se actúa más allá de la facultad concedida como en los casos en que se actúa sin facultad alguna respecto de la actuación en lugar de otro, y b) se actúa con exceso de poder sólo en los casos en que se actúa más allá de la facultad concedida. Esta distinción es problemática aún así expuesta, puesto que habrá casos en que, *v. gr.*, *la rebaja exagerada en el precio de venta* puede ser calificado como i) un exceso del poder de disposición o ii) el ejercicio de la facultad de donación que no se ha conferido.

⁶⁸⁷ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 23-26, reconocen que el tipo penal del art. 252 CP permite castigar un gran abanico de conductas de administración desleal, sin aseverar que quepan *todas*, precisando que ese tipo penal incrimina el exceso en el ejercicio de las facultades de administración, dejando incólume la noción de la «falta de poder» —que defiendo— como propia de la simulación absoluta.

⁶⁸⁸ Norma que se ubica en la Sección 4.^a *Delitos de corrupción en los negocios* y que establece: «1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales [...]» Respecto de la relación entre la corrupción y la administración desleal del patrimonio ajeno del proyecto no aprobado del art. 252 CP, *vid.* PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, 2/2013, p. 38, 41 y 43.

⁶⁸⁹ En esta constelación de casos cabe tener presente que se combine la simulación por ausencia total o radical de prestaciones —casos de simulación absoluta— con una simulación *adicional* por interpósita persona. Estos casos, hasta donde alcanzo, pueden estar motivados para encubrir la autoría o la participación del agente, *v. gr.* el gerente contrata simuladamente —por la compañía— con una sociedad constituida por medio de testaferros que encubren su propio dominio de aquella. Este caso será o no punible dependiendo si así se hizo para i) obtener una exacción mediante el incumplimiento correlativo de la contraprestación o ii) eludir prohibiciones formales como la de comerciar con relacionadas [normas de

§157. De la dinámica y pena asignada al delito de contrato simulado, la razón fundamental para que se castigue el mero otorgamiento con una pena superior a la administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP [y a la estafa común del art. 249 CP] —al menos en su base o *mínimum*— y sin atender al monto del perjuicio⁶⁹⁰, se debe al mayor injusto penal de aquél que, quebrantando un especial deber de confianza⁶⁹¹, fidelidad o lealtad, utiliza un medio encubierto/simulado para afectarlo *ipso facto* en tanto el contrato mendaz grava el patrimonio sobre el cual recae con efectos vinculantes, dificultando intrínsecamente su descubrimiento^{692, 693} y prueba.

En este nuevo escenario, son subsumibles —y de modo autónomo a otras figuras análogas— al art. 251.3 CP *desde* que el administrador otorga un contrato simulado y

compliance] en cuyo caso habrá de considerarse punible o no conforme la teoría del patrimonio que se abraza.

⁶⁹⁰ Con todo, cabe señalar que la revisión de los Códigos Penales de 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973 nos permite darnos cuenta que no siempre esta mayor pena fue única y que en ocasiones estuvo establecida en tramos en relación al perjuicio ocasionado.

⁶⁹¹ Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 76 s. Cabe agregar que, en general, la pena del art. 251.3 CP siempre será más áspera que la del art. 252 CP dado que respecto de ésta última figura no es posible apreciar la agravante del art. 250.1.6 CP dispone «[s]e cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional.» En efecto, esta agravante especial no sería posible aplicarla sin afectar el principio del *non bis in idem*.

⁶⁹² Respecto a la dificultad de descubrimiento de esta clase de hechos, vid. PASTOR MUÑOZ, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, Octubre 2006, p. 6 s.

⁶⁹³ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, N° 119-1, de 15.0107, sobre «Proyecto de Reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2006», por medio del cual se pretende regular el delito de administración desleal del patrimonio ajeno fuera del ámbito de los delitos societarios, como un delito patrimonial, introduciendo un nuevo art. 254 bis CP, bajo la rúbrica «De la administración fraudulenta». Con otras referencias, vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 203, 238-240, quien critica la fórmula la superposición que se producirá entre los supuestos de administración desleal de dinero del art. 252, la general del art. 254 bis del Proyecto y la del art. 295 CP. Más satisfactorio que el anterior es el propuesto por la Sala de lo Penal del TS en el informe de sugerencias a propósito de las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal: «El que por disposición legal, negocio jurídico o por comisión de una autoridad, tenga poder de disposición sobre bienes de un patrimonio ajeno o esté autorizado para contraer obligaciones en nombre de otro, lesione el patrimonio administrado, abusando de las facultades y poderes conferidos, será sancionado con la pena prevista en los arts. 249 o 250».

hasta que se haya causado un perjuicio efectivo-concreto en el patrimonio de su víctima⁶⁹⁴.

En este sentido, conforme la interpretación que se sostiene en esta investigación, se puede tender un interesante paralelo entre el tipo de abuso del art. 252 CP y el art. 251.3 CP. Conforme la primera norma son punibles aquellas conductas que en el contexto del abuso-exceso de las facultades que le confiere la ley, el encargo de la autoridad o por convención, o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria y que le habilitan para disponer sobre patrimonio ajeno o para obligar a otro, provoque un perjuicio patrimonial a la persona cuyos intereses debe proteger o salvaguardar⁶⁹⁵. Por su lado, el art. 251.3 CP, dejando abierta la cuestión de las fuentes de las diversas posiciones de garante del que nace el deber de fidelidad y lealtad, *con una redacción tan sencilla como elocuente*, alcanza a todos los supuestos en que se hayan utilizado formas negociales simuladas por parte de un capacitado para concluir negocios jurídicos por otro, dado que la dinámica y extensión jurídica de la misma no se encuentra limitada de modo alguno, salvo por el requisito de que se produzca un perjuicio patrimonial para la víctima.

§158. Esta propuesta es coherente con la destipificación de las falsedades en la narración de los hechos por particular en documentos públicos, privados, oficiales y mercantiles operada por el NCP, particularmente, en el art. 390.1.4 CP, en relación al art. 391 CP, puesto que a diferencia de esos y en consonancia con la fenomenología de la incriminación de la denominada *administración desleal del patrimonio ajeno*, se trata

⁶⁹⁴ El pago, exacción, desembolso o transferencia de valores del patrimonio-víctima en cumplimiento del pacto simulado. Vid. *supra* §146, lo que se corresponde con el tercer estadio de lesión.

⁶⁹⁵ En un sentido parcialmente análogo, vid. el art. §266 StGB que dispone acerca del «Abuso de confianza» que «[q]uien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.» (trad. C. López Díaz, Strafesetzbuch, 1998).

de la punición de agentes que se exceden⁶⁹⁶ en sus facultades perjudicando en el patrimonio de su víctima⁶⁹⁷.

§159. Ya hemos visto que el otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio de un patrimonio es una conducta que por regla general es *atípica*. Particularmente, lo son aquellos casos en que el negocio jurídico: a) está exento de vicios en su celebración y que en todo caso, de estar afectado, se vincula con las formas del delito de *estafa*; b) la víctima de este delito es un «tercero» ajeno a los contratantes, salvo incriminaciones especiales como el caso del *alzamiento de bienes*⁶⁹⁸; y c) la víctima es parte del contrato pero asume/acepta, con pleno conocimiento y en ejercicio de su derecho a la libertad de disposición, las consecuencias del perjuicio que le ocasiona. Por el contrario, el contrato simulado en perjuicio de «otro» es punible en los casos que la víctima, siendo parte en el contrato, no ha querido o aceptado tal negocio jurídico, lo que sólo ocurre o puede suceder en los casos en que hay un agente que administra el patrimonio ajeno afectado, conforme a facultades emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas por un negocio jurídico.

§160. De acuerdo a lo anterior, el delito de contrato simulado es una conducta de abuso o de infidelidad, conforme se definan aquellos dos conceptos propios de la

⁶⁹⁶ Vid. *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Primera edición, 1992, que define «Exceder», del lat. *excedĕre*, acepción núm. 2., como «[p]ropasarse, ir más allá de lo lícito o razonable.» De esta forma, se excede quien lo usa de un modo exorbitante y que es lo propio de la conducta tipificada en el Art. 252 CP de administración desleal del patrimonio ajeno. Por su parte y a diferencia del anterior, quien otorga un contrato —absolutamente— simulado en perjuicio de «otro», encubre una apropiación o distracción de bienes de su principal.

⁶⁹⁷ Expresamente en contra de esta idea, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 603-606 quien, de *lege lata*, aboga por una regulación que sancione acciones que causen un daño efectivo al patrimonio desde que concurra ya un peligro concreto para el mismo, hipótesis que a nuestro juicio incrimina de un modo extraordinariamente amplio, dúctil y novedoso, nuestra postura hermenéutica del delito del art. 251.3 CP.

⁶⁹⁸ En este sentido, vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 42, invocando al efecto SsTS de 17.06.1917, 16.06.1952 y 18.10.1972; también, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 843, quien invoca STS de 0106.1917 que exige que el perjuicio irrogado ha sido sufrido por «persona distinta de las que intervinieron en el contrato simulado», denegándose trascendencia al sufrido por los confabulados en la ficción; CAMARGO HERNÁNDEZ, «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», *ADPCP*, 1964, para quien «Concepto de tercero.- <Tercero es persona distinta de los que han intervenido en el contrato> (Sentencia de 1º de junio de 1917)». LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. PE*, 1996, p. 208, para quien el «otro» puede ser el sujeto pasivo o un tercero, indistintamente.

dogmática penal de la administración desleal del patrimonio ajeno. Por un lado, constituye un caso de «abuso» de la facultad de contratar, excediéndose al ejercerla en perjuicio del «otro», en tanto el tipo de perjuicio que irroge al «otro» constituya un caso de infidelidad al privarle una legítima expectativa económica⁶⁹⁹. Por definición, salvo mandato expreso y preciso, no existe un poder para celebrar contratos simulados en perjuicio de «otro» de suerte que, de existir dicha facultad, dejaría de ser *simulado* y *perjudicial*, dado que sería *conocido*, o al menos *querido*, por el titular del patrimonio afectado⁷⁰⁰. Estos casos se alojan en el núcleo de la tipicidad del tipo penal del art. 251.3 CP, dado que su redacción amplia permite cubrir esas dos hipótesis del tipo de administración desleal del patrimonio ajeno que se consuma a través de contratos simulados.

§161. De este modo, surgen dos métodos/criterios válidos para deslindar los actos de gestión desleal del patrimonio ajeno de otros delitos afines a) *el de la desnaturalización del acto* —propio de la simulación absoluta de contratos—; y b) *la asimetría económica*⁷⁰¹. El *primer criterio* se corresponde con los casos de negocios jurídicos vacíos, en todo o en parte, *v. gr.*, el supuesto de un contrato de construcción a suma alzada otorgado al amparo de un *acuerdo simulatorio* por el agente de la compañía «A», con el *agente doloso* del mandante «B», que incluye dentro del listado de servicios contratados, partidas de materiales que no se adquirirán nunca por considerarse *ex ante* innecesarios y que, sin embargo, se pactan y pagan: ese apartado del anexo del contrato constituye la inclusión de una convención carente de contenido. Estos supuestos siempre son subsumibles en el tipo del art. 251.3 CP.

En este contexto cabe advertir que el delito de simulación de contrato del art. 251.3 CP no alcanza a los supuestos de simulación relativa. La razón de esta exclusión radica en la circunstancia de que la simulación relativa constituye una modalidad de contrato que permite y debe diseccionarse en dos niveles: a) el nivel del contrato aparente que sólo posee relevancia como medio de engaño frente a «terceros», y b) el nivel del contrato disimulado que sólo posee relevancia a fin de verificar su eventual lesividad o carácter perjudicial

⁶⁹⁹ Vid. *supra* cita núm. 631.

⁷⁰⁰ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 13.

⁷⁰¹ Se trata de *contratos bilaterales sinalagmáticos imperfectos*, del que surgen obligaciones recíprocas entre las partes, como la compraventa.

frente al «otro» y a los efectos del art. 251.3 CP, en los casos en que el contratante de al menos una de las partes, no sea el titular ni esté facultado explícitamente para otorgar contratos simulados respecto del patrimonio de su principal. Lo anterior es coherente con la función protectora del tipo penal del art. 251.3 CP, que no es otra que el patrimonio: *v. gr.*, el Gerente de una compañía celebra un contrato aparente con otra compañía a través del cual la primera le arrienda a la segunda equipos industriales a un precio menor al realmente pactado en la contra-escritura que suscriben y alojan como contrato disimulado. La circunstancia de que el contrato aparente sea utilizado para fines diversos por las partes, en nada altera la circunstancia de la atipicidad que ha de predicarse respecto del subyacente que no alcanza a perjudicar al patrimonio representado o sobre el cual se actúa, siendo dicho ejercicio el necesario en el contexto del virtual «corrimiento del velo» que debe practicarse en todos estos supuestos de simulación relativa.

Por su lado, el *segundo criterio*, el de la asimetría económica, se da en todos los supuestos en los que una de las partes, entrega o paga a la otra o viceversa, una cantidad de dinero *sustancialmente más alta o valiosa*, lo que ocurre, *v. gr.*, cuando se adquieren y pagan servicios nimios o marginales a cambio de una gran suma de dinero. Estos casos, por tratarse de contratos explícitos, es decir, sin ningún otro que subyazca como disimulado, dejan de ser susceptibles de calificarse de negocios simulados y sólo son casos de ejercicio excesivo-abusivo de la facultad de administración subsumibles en el art. 252 CP.

§162. Lo anterior es coherente con la extensión de las penas asignadas a estos delitos conforme estaban dispuestas y han quedado tras la modificación Código Penal de la Ley 1/2015:

Situación anterior a la Ley 1/2015

Art. 252 CP: 6 meses a 4 años, si no excede de 400 euros (art. 249); o 1 a 6 años de multa de 6 a 12 meses (art. 250). Art. 295 CP: 6 meses a 4 años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido

Situación quedada tras la Ley 1/2015

Art. 251.3 CP: prisión 1 a 4 años. Art. 252 CP: prisión de 6 meses a 3 años y, si no excede de 400 euros multa de 1 a 3 meses (art. 249); o prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (art. 250). Art. 253 CP: prisión de 6 meses a 3 años y, si no excede de 400 euros, multa de 1 a 3 meses (art. 249); o prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (art. 250).

11. Del momento consumativo: desde que se otorga el contrato «en perjuicio»

§163. El momento consumativo del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro del art. 251.3 CP corresponde a la celebración del mismo, en tanto crea un nuevo y falso⁷⁰² estatus jurídico lesivo al patrimonio de la víctima⁷⁰³. En efecto, una vez celebrado el negocio jurídico —considerado como fuente de obligaciones— crea, modifica o extingue derechos y obligaciones que perjudican —por regla general— la prestación y pretensión compensadora⁷⁰⁴ económica del principal⁷⁰⁵.

La tesis hermenéutica del art. 251.3 CP aquí defendida, recoge alguna jurisprudencia histórica que declaraba que el perjuicio se produce con la mera «ficción que crea el contrato simulado [...]» que genera «un perjuicio [...] sin necesidad que exista transmisión de cosa o derecho ni la prestación compensadora»^{706, 707, 708}.

⁷⁰² De modo más restrictivo se pronuncia GONZÁLEZ RUS, VV.AA. (Cobo del Rosal y otros), *Compendio de Derecho Penal Español*. PE, 2000, p. 448, quien exige la efectiva causación del perjuicio, sin que baste el mero otorgamiento, aún cuando su cuantía no esté determinada. Exigiendo determinación concreta y determinada del perjuicio Vid. STS de 3105.1900, C.J., V. I, 207. Análoga STS de 05.06.1895, C.J., V. I, 303. En muchas ocasiones el mero gravamen del patrimonio, previo a la exacción, ya cercena otras oportunidades de negocio en términos económicos. Al respecto vid. JAKOBS, *Falsedad documental* (trad. J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz), 2011, p. 52 s.

⁷⁰³ Cabe indicar la posición de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial», *PJ*, N° 39, 1995, p. 532, quien a propósito de dicho ilícito señala que «el denominado concepto jurídico-económico o mixto, hoy absolutamente dominante en la doctrina penal, tanto en Alemania como en España. Se trata de un concepto en el que las consideraciones económicas constituyen el núcleo esencial del bien jurídico, pues afirma que integran el patrimonio todas las posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, aunque matizando que aquellas posiciones económicas que no constituyen derechos subjetivos sólo pertenecen al patrimonio en la medida en que «están bajo la protección del Ordenamiento jurídico» o se puede realizar con su consentimiento o sin su desaprobación, o revisten una apariencia jurídica.»

⁷⁰⁴ En ciertas ocasiones la jurisprudencia había sostenido que la indeterminación del perjuicio conlleva el rechazo de la acción penal, ya que los remedios civiles bastaban para remover la situación antijurídica.

⁷⁰⁵ Se trata de una consideración en base a finalidades de lucro que, por regla general, constituyen el objetivo del patrimonio individual o jurídico. La excepción la constituye la beneficencia y filantropía que, por regla generalísima, no se sirve de formas simuladas para desarrollar su giro altruista.

⁷⁰⁶ Esta es una situación diversa a lo que sucede en la estafa común. Al efecto, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial. Comentario a la STS 17 marzo 1995, A 2.029. Pte. Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro», *PJ*, 1995, p. 535, sostiene que «[...]a los efectos de determinar cuándo se produce el perjuicio en el delito de estafa, lo relevante es que el objeto material salga de la esfera de poder del titular perjudicado y entre en la esfera de poder patrimonial del sujeto activo, perdiendo la funcionalidad para aquél.»

Por ello, el concepto de perjuicio sostenido por KINDHÄUSER que lo considera omnicomprendivo de una disminución de bienes transmisibles que no se compensa a través de la producción de determinadas consecuencias⁷⁰⁹, aparece como insuficiente a efectos de éste ilícito, aun cuando pueda resolver todos o casi todos los supuestos del delito de estafa para el cual fue formulado. Esto resulta aún más plausible en la medida que el delito de simulación de contrato protege —junto a la «producción de determinadas circunstancias» en la órbita patrimonial— expectativas de fidelidad y lealtad debidas por el administrador del patrimonio^{710, 711}. Por esta razón adhiero a la concepción económica del patrimonio en virtud de la cual hay lesión del mismo en los casos en que se constata una pérdida de un valor con relevancia económica⁷¹².

a. *La consumación del delito de contrato simulado sólo en tanto reconoce prestaciones adeudadas-devengadas*

§164. Desde la perspectiva temporal, se puede perfilar una clasificación bipartita de contratos que inciden en la delimitación de los supuestos punibles por el art. 251.3 CP: a) *contratos simulados prospectivos* y b) *contratos simulados retrospectivos*. Los

⁷⁰⁷ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 424-425. Sostiene que, conforme a cierta doctrina, citando a MORTARA (*Commentario*, II, p. 600), «la amenaza de violación ya es violación del derecho, porque representa, con formas y efectos diversos, un obstáculo para la conservación de las condiciones normales de goce y disfrute del derecho».

⁷⁰⁸ En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 146 s. quien adhiere a la línea doctrinal que considera suficiente con el otorgamiento de dichos contratos, independientemente si la lesión económica llega o no a producirse.

⁷⁰⁹ Vid. *supra* cita núm. 361.

⁷¹⁰ A estos efectos resulta útil la *teoría de la frustración del fin* como correctora de la económica objetiva. Vid. ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», *ADPCP*, 1993, p. 81 s.

⁷¹¹ Vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 439-442. Este autor sostiene que «[l]a concreta puesta en peligro del patrimonio puede contemplarse como un resultado jurídico de perjuicio patrimonial, lo que no supone una analogía *contra reo* con respecto a los supuestos de resultado material». Agrega que «[n]o estamos ante una tentativa especialmente cualificada de un delito de resultado, sino que el delito ya se ha consumado en este estado del concreto peligro». Lo anterior lo fundamenta al adherir a las tesis personales-funcionales del patrimonio, es decir, aquella que vincula de modo relacional o dinámico una unidad de elementos patrimoniales y su titular. Concluye que el contenido material de la afectación al bien jurídico-penal se produce por el menoscabo relevante del desarrollo de la personalidad que incida en el ámbito económico, en términos de valoración intersubjetiva. En el mismo sentido, reconociendo resultado típico en los delitos de peligro Vid. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, 1992, p. 172-177.

⁷¹² Vid. *supra* §§122 s.

primeros, expresan una voluntad obligacional que carece aún de la verificación de uno o más hechos para fungir como detrimento patrimonial actualmente exigible, *v. gr.*, la celebración de un contrato de adquisición de servicios que *ex ante* nunca se prestarán, no se pueden prestar o recibir, son inexistentes, inútiles, recaen sobre asuntos ya configurados, etc.; los *segundos* por su lado, expresan una voluntad obligacional constitutiva-declarativa cuyos supuestos ya fungen como detrimento obligacional exigible, *v. gr.*, el otorgamiento de una carta de pago o finiquito absolutamente simulada⁷¹³. Estos son los dos grupos de casos punibles por el art. 251.3 CP.

Para ejemplificar lo antes señalado, contrástense los siguientes supuestos: a) el contrato de construcción celebrado *ad initium* —previo al inicio de las obras y antes de cualquier traspaso de anticipo a la constructora— incorpora una partida falsa al amparo de un *acuerdo simulatorio* entre los administradores dolosos⁷¹⁴; y b) en el mismo contrato de construcción y después de concluidas las obras, los administradores dolosos lo liquidan —al amparo de un acuerdo simulatorio— agregando una partida *falsa* de obras extraordinarias que se constituyen en una deuda devengada y exigible al mandante. Además de estos dos casos, el supuesto de lesión concreta y material al patrimonio se verifica tras la exacción mediante el pago de la obligación simulada, *v. gr.*, por tratarse de servicios inexistentes⁷¹⁵.

Con todo, la distinción de esos supuestos podría ser tenida en consideración a la hora de desvalorar en mayor o menor medida la conducta a efectos de la determinación de la pena concreta.

⁷¹³ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 122 y p. 125, quienes respecto de la omisión de cobro de un crédito se incurriría en un delito del art. 252 CP.

⁷¹⁴ En este supuesto se constata la existencia de peligro *concreto* propio de una tentativa acabada especialmente tipificada. Sobre la tendencia incriminadora en esta fase previa, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo, como tendencia político-criminal contemporánea», *DPC*, N° 20, 2007, p. 23. s

⁷¹⁵ Vid. *supra* §146.

b. *Necesidad de que el contrato simulado sea conocido e idóneo para obligar*

§164. Para ser punible el contrato simulado es necesario que sea *conocido e idóneo* para perjudicar el patrimonio del titular en perjuicio del cual fue otorgado. En consecuencia, debe darse a conocer, exhibirse, introducirse en el tráfico⁷¹⁶, oponerse u otra conducta análoga por medio de la que jurídicamente se «oponga» al «otro» o a «terceros» como válido⁷¹⁷.

Si se considera al delito de contrato simulado un ilícito de *resultado cortado*⁷¹⁸, de *tendencia* o de *consumación anticipada*⁷¹⁹, resulta al menos discutible la punición de una tentativa. En efecto, un contrato simulado pero que no cumple con las solemnidades y/o requisitos legales que le dotan de la eficacia jurídica por efecto de una cualquiera de esas carencias, no es idóneo para afectar los intereses protegidos del principal a cuyo nombre se otorgó. De este modo, ha de verificarse el cumplimiento de las exigencias o formalidades legales y debe contener los elementos que la ley u otros contratos determinen para su validez e inteligibilidad. De existir carencias, omisiones o déficits de aquellos, no se debe apreciar ilícito alguno, salvo que se sostenga la punición de la tentativa inidónea^{720, 721}. Así, v. gr., el gerente que al otorgar el contrato simulado olvida que carece del poder especial

⁷¹⁶ Respecto del desarrollo histórico del principio de publicidad y su función en Derecho, por todos, vid. Díez-PICAZO *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. III, 1995, p. 287 s.

⁷¹⁷ Un contrato simulado guardado en un cajón, por regla general es acto preparatorio, impune. Adhiero de esta manera a la teoría objetivo-formal de la tentativa, en cuanto en este caso entiendo, *comenzaría con la acción descrita en el tipo en sentido estricto*, que se verificaría solo desde que se perjudicaría el patrimonio de tercero, considerando el mismo criterio Jurisprudencial por medio del cual no se verifica delito sino cuando su producción es cierta y determinada.

⁷¹⁸ El delito se consuma de modo anticipado al castigarse con la mero suscripción del documento tendente a producir un perjuicio en tercero. Así, vid. LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 52.

⁷¹⁹ Expresamente en este sentido, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal.PE*, 1990, p. 293, sostiene que el elemento «perjuicio» propio del delito de estafa no lo exige esta figura legal, ya que se trata de un supuesto de consumación anticipada, de manera que basta con que el otorgamiento del contrato simulado vaya dirigido finalísticamente a producir un perjuicio a otra persona. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31, entienden que la infracción de las facultades de administración debe ser *idónea* para causar un perjuicio de las facultades de administración.

⁷²⁰ Cabe recordar que el art. 251.3 CP está redactado como una tentativa especialmente tipificada, de modo que no cabe apreciar tentativa de la tentativa. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código Penal 1995 Vid. MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada 4*, 1999, CGPJ, p. 42 quien sostiene a favor de su punición que, «[l]a incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la conminación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la idónea.»

⁷²¹ A efectos de la realización de la conducta jurídico-penalmente relevante, vid. MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1999, p. 337 s.

para enajenar⁷²². Ese negocio jurídico no perjudica al principal dado que le es inoponible, constituyendo una tentativa inidónea en el delito de contrato simulado⁷²³.

El contrato simulado, se otorga desde el momento que se suscribe en los casos de documentos que sean o deban ser escriturados conforme la voluntad de las partes y el plan de (los) autor (es). La redacción de borradores o incluso el depósito de la matriz ante notario —sin que medie la entera suscripción del documento— constituyen *actos preparatorios impunes*; esto en razón de que antes de la entera suscripción no nacen obligaciones que gravan el patrimonio de la víctima

Por su lado, en los casos en que el sujeto cree que goza de alguna facultad delegada, sin siquiera jamás haber tenido ni una, debe considerarse una tentativa absolutamente inidónea⁷²⁴.

La disminución cuantitativa y cualitativa de las facultades de defensa frente a la mentira ínsita en el documento permite constituirse en un baremo y deslinde de los supuestos punibles de los impunes⁷²⁵ tales como: los de burda simulación⁷²⁶ o, la mera contratación simulada, con remedios civiles rápidos⁷²⁷.

§165. Así, tras la consumación del delito del art. 251.3 CP que coincide con el otorgamiento conocido e idóneo del contrato, la fase de prestación efectiva de la

⁷²² STS de 18.02.1992 [RJ 1992/1130], [Ponente: Sr. Delgado García].

⁷²³ En estos casos, sí podemos utilizar los referentes dogmáticos de la *tentativa inidónea* para concluir su falta de punición. Al efecto, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, 1998, p. 346 s. quien señala que «La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera no podido concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito. La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por otra parte, la realidad de la peligrosidad estadística del hecho. Se trata de un peligro abstracto»; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 117, nota 250. Sobre la delimitación entre la tentativa idónea y la inidónea, discutiblemente punible en el Código Penal actual, vid. ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 10 s.; Indispensable, CEREZO MIR, «La regulación del «IterCriminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», *RDPC*, 1998, p. 13 s.; Acerca de la tentativa en la estafa, vid. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», *VV.AA., Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 294 s.; SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 8 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. PG*, (trad. Bofill Genzsch), §40, IV, p. 137; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito de Jakobs*, 1993, p. 49.

⁷²⁴ Vid. cita anterior.

⁷²⁵ El delito de contrato simulado lleva ínsito *per se*, acciones civiles de nulidad por dolo.

⁷²⁶ Casos en que el otro otorgante sea un indigente, carente de capacidad patrimonial o un extranjero desconocido. Que las fechas de suscripción del contrato simulado permitan probar fácilmente que se estuvo en imposibilidad física de hacerlo, etc.

⁷²⁷ V. gr. los juicios abreviados o incidentes dentro del juicio que acrediten la simulación.

obligación o desplazamiento de bienes o valores desde el patrimonio afectado debe considerarse como la fase de *agotamiento del delito*^{728, 729}.

Ahora bien, desde la perspectiva simulatoria, carece de relevancia el tiempo o la época que figure como «otorgado» el contrato simulado. De este modo, si tras la exacción de un bien del patrimonio del principal perjudicado el agente decide otorgar el contrato simulado —como medio de auto-encubrimiento— el disvalor de la conducta de apropiación indebida del art. 253 CP debe considerarse absorbido por el del art. 251.3 CP, conforme lo dispone el art. 8.3 CP⁷³⁰. Lo mismo ocurre con el otorgamiento de un recibo de pago o finiquito liberatorio absolutamente simulado otorgado con posterioridad a la prestación del servicio o venta, irrelevancia de la que se concluye que no es necesaria, ni incide en su punibilidad, que se verifique *ad initium* del negocio principal sobre el que incide⁷³¹.

⁷²⁸ LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *InDret*, 3/2010, p. 26; PÉREZ MANZANO, «Las Defraudaciones», VV.AA., *Compendio de Derecho Penal* (Bajo Fernández, Dir.), 1998, v. II, 1998, pp. 453-454.

⁷²⁹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 843; CALDERÓN CERESO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código Penal Comentado*, 2004, p. 562-563.

⁷³⁰ Sobre el regreso de la apropiación indebida «tradicional» del art. 253 CP, vid. Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 33 s. Respecto al concepto de consunción Vid. MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 679 s., según el cual «El principio de consunción conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye («consume») ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad.» También, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. J. L. Manzanares Samaniego), 1993, §69, p. 674 s., «En general, sólo cabe decir que debe apreciarse la consunción cuando el contenido del injusto y de la culpabilidad de una acción típica incluye otro hecho o, en su caso, otro tipo, de manera que desde una perspectiva jurídica expresa ya exhaustivamente el desvalor de todo el suceso: *«lex consumens derogat legi consumptae»*.»

⁷³¹ «Bien es cierto que los supuestos de actos copenados posteriores y hechos acompañantes típicos son los supuestos mayoritariamente admitidos como concurso de leyes en los que se aprecian la pluralidad de acciones, pero no por ello se deben dejar de aplicar el resto de los criterios para resolver el concurso de normas cuando concurren varias acciones, siempre que se pueda hablar de unidad de hecho en sentido jurídico. Respecto de los actos copenados, el Tribunal Supremo afirmó que, «son aquellos que, aisladamente considerados, constituyen delitos independientes (vid. gr. homicidio e inhumación ilegal), pero que, cuando aparecen unidos a otro hecho (vid. gr. ocultación del cadáver tras el homicidio) resultan ya penados con el castigo de éste. Mas, para que ello pueda suceder, es menester que pueda hablarse de una unidad de hecho, en sentido jurídico, y que la norma o precepto penal aplicable al mismo contemple de forma plena el desvalor y el reproche que el ordenamiento jurídico atribuye a la conducta de que se trate». Vid. AGUADO CORREA, «Nuevas tendencias jurisprudencia en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando, en Comentarios de Jurisprudencia», *RDPC*, N°5, p. 256, cita núm. 46.

c. *De la resciliación oportuna*

§166. Por su lado, la *resciliación oportuna*⁷³² del contrato simulado da lugar a observar un desistimiento de la tentativa conforme a lo dispuesto en el art. 16.2 CP⁷³³. La calificación de «oportuna» debe constatarse en relación a si logró o no, producir perjuicio en el patrimonio del principal a cuyo respecto se celebró el negocio, lo que normalmente estará dado por el cumplimiento fáctico, mediante transmisión materiales de caudales⁷³⁴.

Asimismo, debe atenuarse la sanción punitiva favoreciendo al administrador desleal que coopera, en cualquier instancia judicial o extrajudicial, revelando la falsa causa del negocio jurídico simulado, conforme lo disponen los núms. 4º y 5º del art. 21 CP⁷³⁵.

III. CONCURSOS

1. Introducción

§167. El otorgamiento de contrato simulado es típico y punible conforme al art. 251.3 CP en los casos en que su contenido obligacional es —en todo o en parte— falso y ha sido celebrado al amparo de un *acuerdo simulatorio*. De este concepto se deducen

⁷³² Cfr. ALBADEJO, *Derecho Civil II*, 2002, p. 475, quien define el *mutuus dissensus* o *contrarius consensus* del contrato, como «la voluntad concorde de los que celebraron aquél de ponerle fin (en términos vulgares, *volverse atrás* ambas). El mutuo disenso consiste, pues, en un nuevo contrato (atípico) de efectos contrarios al anterior». El mutuo disenso sólo es concebible en la medida que el contrato no se haya consumado. De haberlo hecho sólo queda celebrar un segundo contrato contrario.

⁷³³ En el mismo sentido el art. 434 CP también dispone una atenuante especial que favorece al malversador de caudales públicos que repara de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público o hubiere colaborado activamente con las autoridades.

⁷³⁴ Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 165-168, quienes tematizan acerca del desistimiento oportuno y la atenuante de reparación que operar+ia en dos niveles, distinguiendo si la revocación ha sido o no postconsumativa.

⁷³⁵ En otro sentido, vid. STS de 05.10.1990 [RJ 7684], [Ponente: Sr. Moyna Ménguez], en la que se sostiene que la reparación económica no borra el delito. En el ámbito de la administración desleal del patrimonio ajeno y el momento consumativo, o bien, el del nacimiento de la responsabilidad penal, en los casos de omisión de la gestión debida —v. gr. la del administrador doloso que retrasa hasta el último momento la demanda, a riesgo de que la acción de cobro del crédito prescriba— vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 122-125

diversas relaciones concursales con el delito de administración desleal del art. 252 CP, con el de apropiación indebida del art. 253 CP, con las falsedades documentales del art. 390.1 CP, con la estafa del art. 248 CP, con la malversación de caudales públicos del art. 432 CP, con el delito fiscal del art. 305 CP, con el alzamiento de bienes del art. 259 CP, entre otras. En consecuencia, a continuación, analizaremos y propondremos soluciones a cada uno de esos supuestos.

2. Contrato simulado, administración desleal y apropiación indebida

§168. De entre los arts. 251.3, 252⁷³⁶ y 253⁷³⁷ CP surgen cuatro combinaciones posibles a) hechos puros de apropiación de cosas muebles o dineros en la que *no media una fórmula negocial*, los que se sancionan como delito de *apropiación indebida* del art. 253 CP; b) contratos de apropiación de cosas muebles o dineros en los que *sí media una fórmula negocial*, de entre los que se distinguen b.1) los explícitos y b.2) los simulados; c) contratos de administración desleal por exceso en el ejercicio de las facultades de administración, de entre los que se distinguen b.1) los explícitos radicalmente asimétricos de los moderadamente asimétricos y b.2) los desnaturalizados, falsos o simulados.

§169. Los casos que denomino «hechos puros de apropiación de cosas muebles o dineros en la que *no media una fórmula negocial*» y que se sancionan como delito de *apropiación indebida* del art. 253 CP son todos aquellos en los que uno cualesquiera de los sujetos activos de delito sea administrador, depositario o comisionista, omita la devolución o niegue haberlos recibido, sin más⁷³⁸.

§170. Por su lado, hay contratos que funcionan como mecanismo de apropiación de cosas muebles o dineros. Se trata de negocios jurídicos que importan una disposición completa-definitiva o virtualmente total de la cosa mueble o dinero ajeno recibido en

⁷³⁶ Vid. *supra* §§154 s.

⁷³⁷ Vid. *supra* §153.

⁷³⁸ VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Quintero Olivares, Dir.), 2000, p. 1186 s.; PÉREZ MANZANO, *Compendio de Derecho Penal. PE* (Bajo Fernández, Dir.), v. II, 1998, p. 477 s.

comisión, depósito o administración, *v. gr.*, la venta de una cosa a vil precio o el pago de una obligación inexistente. En estos casos nacen dos modalidades: a) los explícitos; y b) los absolutamente simulados. En el *primer* supuesto, se deja constancia del precio irrisorio, *v. gr.*, el comisionista-apoderado para vender el vehículo lo enajena en un trigésimo del valor de mercado⁷³⁹ y, en el *segundo*, se deja constancia de un precio racional en un contrato absolutamente simulado, *v. gr.*, el gerente de la compañía vende —al amparo de un acuerdo simulatorio— partidas de la producción a una empresa de papel que, por ende, nunca pagó.

De esta manera los casos de apropiación de cosas muebles o dineros sin formas negociales simuladas son —eventualmente— punibles conforme al art. 253 CP; por su lado, los casos de negocios convenidos por agente excediéndose de sus facultades ya sea porque constituyan i) pactos perjudiciales explícitos o ii) pactos perjudiciales simulados-no radicalmente asimétricos son punibles como delitos de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP. Este aparente concurso de leyes se debe resolver mediante la aplicación del art. 8.1 CP—⁷⁴⁰.

Por su lado, aquellos supuestos de apropiación de cosas muebles o dineros cuyo apoderamiento se realiza mediante negocios jurídicos simulados, *v. gr.*, el apoderado que *paga* con dineros de su mandante una Factura por servicios inexistentes o nunca prestados a favor de una empresa de su control —percibiendo un beneficio por interpósita persona— o de un tercero, es punible conforme a un concurso ideal⁷⁴¹ de los arts. 251.3 y 253 CP, conforme establece el art. 77.1 CP⁷⁴² o bien del principio de

⁷³⁹ En estos casos tiene relevancia la insolvencia del agente para hacer frente a los perjuicios ocasionados y que constituye un razonable factor limitativo del ámbito de punibilidad del delito de apropiación indebida.

⁷⁴⁰ Vid. por todos, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *RdD*, núm. 16, 2013, p. 206 s.

⁷⁴¹ JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *ADPCP*, 1991, p. 635, «[e]l medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primero, en la coincidencia parcial, pues esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar otro. Pero, segundo, también será necesario cuando, de acuerdo con el plan del autor —valorado por supuesto ex ante y objetivamente— no se puede alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trata aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a este último no hay preordenación ni premeditación.»

⁷⁴² MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1999, p. 668 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. M. Olmedo Cardenete), 2002, §67, p. 773 s.; JAKOBS, *Derecho Penal. PG* (trad. D. M. Luzón Peña y otros), 1997, Ap. 33, § 1, p. 1100 s.

alternatividad⁷⁴³. Esta situación es plausible dado el mayor disvalor de la conducta y del resultado apreciable respecto de la mera apropiación, en un contexto en que el vínculo fiduciario o de confianza del art. 253 CP es congruente al que subyace al sujeto activo del art. 251.3 CP⁷⁴⁴.

§171. Finalmente, hay contratos de administración desleal por *exceso en el ejercicio de las facultades de administración*, de los que se deducen dos modalidades a) los explícitos radicalmente asimétricos y los explícitos morigeradamente asimétricos; y b) los desnaturalizados, falsos o simulados. En el caso de los explícitos radicalmente asimétricos, el administrador del patrimonio ajeno no sólo se excede de sus facultades contratando a vil precio en perjuicio de su principal, sino que también lo realiza al descubierto, *v. gr.*, el administrador —al amparo de un acuerdo simulatorio con su contraparte negocial— vende la producción futura —contrato de futuros— a un décimo del precio del peor pronóstico de los especialistas. Como una variante de este, uno morigeradamente asimétricos es aquél en que el precio pactado es igual o levemente menor a un pronóstico negativo.

Por su lado, los desnaturalizados, falsos o simulados son contratos mediante los cuales el administrador pacta condiciones *radicalmente* perjudiciales para el patrimonio de su principal⁷⁴⁵, *v. gr.*, el administrador —al amparo de un acuerdo simulatorio con su contraparte negocial— simula celebrar un contrato de *futuros* por medio del cual acuerdan desventajosas condiciones para su liquidación más allá del más negativo pronóstico de los especialistas. Antes de cumplirlos, estos casos son punibles sólo conforme al tipo penal del art. 251.3 CP, y en los casos en que se haya procedido a su cumplimiento, apreciando un concurso ideal de esta norma con el art. 253 CP. Como en

⁷⁴³ El principio de alternatividad está previsto en la regla 4.^a del art. 8 CP y dispone que «[e]n defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.» En consecuencia, deberá sancionarse conforme al 253 CP todos los casos que concurran las agravantes de los Arts. 249 o, en su caso, las del art. 250 CP en tanto la pena concreta sea mayor. Respecto al principio de alternatividad, *vid. Sobre esto, vid. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir.), 1996, p. 71-73.

⁷⁴⁴ *Vid. supra* §§132 s.

⁷⁴⁵ *Vid. la consideración y distinción expuesta supra* §164 sobre el examen prospectivo y retrospectivo de los contratos perjudiciales.

todos los casos, se asume que el término «contrato simulado» es concebido como deformación de las prestaciones económicas respecto a un estándar racional.

En el caso de los radicalmente asimétricos, cabe aplicar la norma del art. 251.3 CP, por cuanto el perjuicio irrogado por efecto de estos contratos es de tal magnitud y extensión que no cabe apreciar que haya concurrido una real voluntad para obligarse⁷⁴⁶, de modo que son homologables —virtualmente— a un contrato simulado absolutamente^{747, 748}.

Por su lado, en los casos de los morigeradamente asimétricos, sólo cabe apreciar un ejercicio «en exceso de las facultades del administrador» de modo que sólo es de recibo la aplicación del tipo penal del art. 252 CP⁷⁴⁹.

§172. Ha sido recurrente el enjuiciamiento de casos de negocios jurídicos *absolutamente* inexistentes que subyacen a facturas que reflejan y fingen las condiciones negociales básicas⁷⁵⁰, v. gr., una compraventa —consensualmente convenida— de bienes o servicios. En estos casos el apoderado no sólo actúa con

⁷⁴⁶ La circunstancia de ser el contrato absolutamente simulado *nulo o anulable* y que respecto de ellos se declare o no tal sanción jurídico-civil es, en general, independiente a la esfera penal, salvo el caso de un pago de corrupción por una prestación ilícita. Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 126-128.

⁷⁴⁷ Vid. *supra* §153, de lo que deduzco un paralelismo aplicable a estos supuestos.

⁷⁴⁸ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 223, quien cita la STS 02.02.04, 71/2004, la cual encuentra similitud con la STS 224/1998, denominada caso «Argentia Trust», realizando el caso en que «el consejero delegado de una sociedad anónima, ejerciendo amplias facultades que le fueron delegadas (intervino como *otorgante de un contrato simulado* en el que se pactaba la retribución de un servicio inexistente a favor de otra sociedad que carecía de infraestructura para prestarlo y efectivamente no lo prestó). Asimismo, el consejero delegado «desplegó una actividad eficiente al objeto de que el dinero pactado por el inexistente servicio fuese transferido» [FJ 3.º]

⁷⁴⁹ Todo lo anterior no obsta a la punición a título de corrupción conforme al art. 286 bis. 2 CP, en cuyo caso habrá que apreciar concurso ideal. Así, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, 2/2013, p. 43.

⁷⁵⁰ El análisis de la punibilidad de las Facturas ideológicamente falsas al amparo del delito de contrato simulado debe practicarse entres niveles consecutivos: i) los datos que se explícitamente se expresan en la materialidad de la factura, ii) la reconstrucción del contrato de compraventa de bienes o servicios que subyace a la misma, y iii) la inexistencia de prestaciones reales o bien, la revelación, en un eventual tercer nivel, de un contrato disimulado.

exceso de poder —previsto en el art. 252 CP— sino que con *falta de poder*⁷⁵¹, ya que además de no concurrir un *ánimus donandi* que pudiese justificar el «pagar por nada»⁷⁵², el apoderado no es titular de la facultad de donar⁷⁵³ y su conducta es un puro hecho ilícito.

En este contexto, la STS 224/1998 de 26.02.1998 [Ponente: Sr. Jiménez⁷⁵⁴], se pronunció sobre un caso en que se pagaron Facturas por servicios inexistentes. Este fallo razonó sobre la base de la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particular en documentos privados⁷⁵⁵ y sobre la punibilidad de la conducta defraudatoria de pagar un servicio nunca prestado, desatendiéndose la incriminación del negocio falso que subyacía a la factura ideológicamente falsa^{756, 757}.

⁷⁵¹ En ambos casos hay «falta de poder» que se subsume en la fórmula legislativa del «exceso de poder», ya que el primero se contiene en el segundo, dado que nadie posee facultades para «celebrar contratos simulados que tengan por finalidad defraudar a su principal». Por ello se puede sostener que quien simula en perjuicio del patrimonio respecto del cual tiene facultades para celebrar negocios jurídicos, «obra siempre sin poder», lo que es inoponible a su principal. Al respecto, vid. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho Civil*, 1964, p. 359. También, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 31, sostienen que el art. 252 CP tipifica todo «exceso en el ejercicio de las facultades de administración».

⁷⁵² Sobre el caso de la donación del administrador, por pura filantropía, inidónea para mejorar la imagen de la empresa y su subsunción en el art. 252 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 133 y p. 136-137.

⁷⁵³ Obviamente los errores en la facturación eliminan la posibilidad de dolo en una de las partes y es incompatible con el *acuerdo simulatorio* que constituye un elemento estructural para apreciar contrato simulado.

⁷⁵⁴ Con mayores referencias, vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, p. 221. PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (II)», VV.AA. (Silva Sánchez, Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. PE*, 2006, p. 298; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal», VV.AA., *Derecho penal económico*, 2001, p. 429 s., esp. p. 485 s.

⁷⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La falsedad ideológica», VV.AA. (Bacigalupo Zapater, Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2005, p. 663 s.

⁷⁵⁶ No voy a cuestionar que la Factura en este supuesto constituye un caso de falsedad ideológica y no de falsedad material, puesto que, conforme se explica y correctamente se fundamenta en esa sentencia, fue emitida por la persona que aparece como tal.

⁷⁵⁷ No es la idea debatir o establecer en qué casos una Factura emitida por servicios inexistentes pueda constituirse o no por sí sola y/o en qué casos, como medio idóneo de un delito de estafa. Ese es una cuestión relativa a la estafa y que la aborda su propia dogmática. Por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, *passim*.

Sin embargo, existen casos dudosos en los que el agente no es un administrador del patrimonio ajeno sino una persona dotada de un poder limitado para convenir —con efectos más o menos vinculantes— sobre un bien específico de «otro» o en el que comparte una posición con otro, *v. gr.*, la copropiedad y el arrendamiento⁷⁵⁸. A mi juicio, la tipicidad de estos supuestos debe asociarse preferentemente en figuras análogas como la del alzamiento de bienes de los arts. 257 s. CP⁷⁵⁹.

3. Relación del contrato simulado y la falsedad documental

a. Consideraciones previas

§172. La Jurisprudencia desde antiguo ha visto una relación entre la falsedad⁷⁶⁰ y el otorgamiento de contrato simulado y ha intentado dotar a esta segunda figura de una vida propia que impida que la primera le acarree su muerte por inutilidad.

«Si en el catálogo de las infracciones delictivas y cuando de juzgar dolosas mutaciones de verdad se tratase, sólo existieren los preceptos definidores y sancionadores de la variada gama de falsedades, sin la menor vacilación habrá que encajar los hechos que describe y da por probados la Sala de Instancia en las figuras delictivas que trazan los arts. 303 y 306 CP, pero como, además de esas normas punitivas, viene de antiguo incluido en los Códigos patrios un tipo penal específico que constituye una de las modalidades de la estafa y que consiste en otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, según expresa el núm. 2.º del art. 532, este delito, que participa de la naturaleza de la falsedad y de la estafa, carecería de esfera de aplicación y habría que pensar en eliminarlo si cuando concurren los factores que lo integran se recurriese para calificar los hechos e imponer a los culpables el condigno castigo a las disposiciones sustantivas reguladoras de las típicas falsedades y no es lícito suponer que los legisladores incluyesen en los Códigos Penales un precepto que, por imposibilidad de aplicación, sería letra muerta.⁷⁶¹»

⁷⁵⁸ Casos de compraventa que podría estimarse que el legislador ha querido «constituir al vendedor en garante» [STS 18.07.1997], citada en SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 108.

⁷⁵⁹ Vid. *supra* cita 396.

⁷⁶⁰ Cabe señalar que la «documentación» o, la «acción documentadora», constituye un valioso instrumento para la realización del Derecho y por ello está protegido específicamente mediante la tipificación de las figuras falsarias. Al respecto, vid. BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 45 s.

⁷⁶¹ STS de 12.04.1950 [R. 647]. También STS de 3112.1964, que recoge la idea de que «[a]unque el engaño consiste en un error maliciosamente sugerido, el cual no concurre en el supuesto del art. 532, núm. 2.º CP [...]»; Al respecto, vid. DEL ROSAL, «De la relación concursal entre falsificación y estafa», *ADPCP*, Fasc. II, Tomo II, 1949, p. 288, quien sostiene que «[...] desde el punto de vista práctico es casi imposible recurrir al extremo de la culpabilidad para lograr la distinción entre uno y otro delito, aunque, pese a los inconvenientes, no queda otra salida airosa de solución, siempre y cuando que la estimación de

las circunstancias configurantes de las conductas y las modalidades de ésta nos ponga sobre el camino de una comprensión de la <finalidad> perseguida, ya que la poca luz esclarecedora de la cuestión sólo puede provenir del estudio de la <causa> de la falsedad, como atinadamente ya ha sido apreciada por CARNELUTTI.» Siendo los casos de simulación de contrato casos de falsedad ideológica BACIGALUPO ZAPATER, «Falsedad ideológica y deber de veracidad», *Homenaje a Enrique RUIZ VADILLO*, 1999, p. 72, quien sostiene que «[e]sto resulta claro en el derecho penal moderno porque nadie postula un derecho penal de autor y los autores especiales sólo pueden ser caracterizados por deberes especiales. La falsedad ideológica consecuentemente es un delito especial de los obligados a decir verdad en sus declaraciones documentadas»; p. 75, «En principio, el legislador no ha querido penalizar por falsedad en documento privado al que miente en un contrato privado»; p. 77, «[s]in pretensión de exhaustividad, sino con fines meramente ejemplificativos, se pueden considerar los siguientes tipos penales en los que el deber de veracidad del particular tiene significación: a) En primer lugar, el deber de veracidad (independientemente de si se documenta por escrito o no) ha sido protegido por el legislador en el delito de estafa (art. 248.1 CP) y en las figuras estructuralmente afines (p.ej.: art. 251.3° CP). Precisamente en este marco la jurisprudencia ha establecido una doctrina que tiene una larga permanencia en lo concerniente a los límites de la falsedad documental. En efecto, la Sala de lo Penal viene sosteniendo desde hace casi medio siglo que las simulaciones de negocios jurídicos en perjuicio de tercero, constituyen la materia del art. 251.3° CP y no se subsumen bajo los tipos de falsedad documental. En las SSTs de 12-4-1950, 6-3-1971, 22-1-1975 y la de 4-6-1993, la Sala de lo Penal ha sostenido que los casos de simulación (mentiras sobre el objeto o existencia de un contrato) darían lugar, en todo caso, a un supuesto de concurso de normas que se resolvería, según el principio de consunción, mediante la aplicación del art. 251.3° CP sin más.» ÉL MISMO, «Simulación de negocio jurídico y falsedad documental», en *La Ley*, T. Jurisprudencia 2, 1998, p. 2005-2008; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, 304-305; Del mismo modo, vid. MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO, *El delito de falsedad documental en el Código Penal de 1995, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Consultas de la Fiscalía General del Estado*, 1999, p. 85; En otro plano, indicando el delito en las tradicionales excepciones al modelo de la estafa, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, p. 106 s. indicando las dos interpretaciones dadas por la doctrina al delito de otorgamiento de contrato simulado: aquélla que lo reconduce a la estafa común y, por tanto, exige la conexión de la simulación contractual con el perjuicio a través de un engaño bastante y un acto de disposición (BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/MUÑOZ CONDE) y la que no lo exige (VIVES ANTÓN/GONZALEZ CUSA/VALLE MUÑIZ), siendo esta última hasta ahora la abonada por la doctrina y la Jurisprudencia dominante, convirtiendo es infrautilizado delito en «[...] frontera del sistema de los deberes de veracidad penalmente relevantes.» Se castigaría, agrega, la simulación contractual «[...] en tanto peligrosa para los intereses patrimoniales de terceros.» Lo anterior, aún cuando la Jurisprudencia ha requerido que se haya producido efectivamente el perjuicio, constituyendo una razonable restricción del tenor literal del tipo; Tal como lo indica este autor, respecto a la reconfiguración del modelo liberal entre los particulares, cuya responsabilidad tendría su fundamento en consideraciones de solidaridad cualificada, de carácter institucional, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 43-63, sosteniendo una vinculación y derivación entre la conformación del Estado Social y Democrático de Derecho y los valores de solidaridad intersubjetiva y libertad. Acerca del juicio de peligrosidad «ex ante», vid. MIR PUIG, «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXXVI, 1983, p. 5 s; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, 1984; Los especiales deberes de veracidad en los nuevos delitos societarios, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal», *ADPCP*, V. XLIX, Fasc. II, 1996, pp. 425 y ss. Acerca del estado de la cuestión en el Código Penal actual, vid. MORENO-TORRES HERRERA, «Las falsedades documentales en el Código Penal de 1995. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Caso Filosa) y 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust)», *AP*, N° 46, 1999, p. 869 s.; Comentando esta misma STS, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La falsedad ideológica», *AP*, N° 22, 1998, p. 423 s. Acerca de la relación concursal entre falsedad y estafa, en términos que pueden ser penados por separados, vid. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal*, 1990, p. 742-743; También, pero distinguiendo si la falsedad es en documento privado, en cuyo caso sólo debe

El propio DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA señalaba que «[u]n punto de indisputable acierto late en ella, pues toda simulación, como todo engaño, es por definición una falsedad, pero no toda falsedad se adecúa al concepto técnico de ésta en el Derecho. Explícitamente se está pensando aquí en la falsedad documental, porque el delito en cuestión nada tiene que ver en sí con la falsificación de documentos. Lo único que exige la ley, en cuanto a la actividad que ha de desarrollarse en él, es otorgar un contrato simulado, o sea que se establezca o estipule»⁷⁶².

Esa postura jurisprudencial y de la doctrina se desarrollaron en un contexto anterior al Código Penal de 1995 y en el que la doctrina más autorizada entendía la necesidad de reducir el ámbito de aplicación de la norma de las falsedades de particular en documento privado, sólo a aquellos supuestos en que se pudiera predicar un especial deber de veracidad^{763, 764}. Lo anterior debido a que hasta el Código Penal de 1995 se mantuvo una incriminación general de las falsedades ideológicas en documento público, oficial, mercantil y privado, cometidas por particular, específicamente, la figura contenida en el art. 302.4º CP de 1973, esta es, «faltar a la verdad en la narración de los hechos».

b. Relación atenuada y marginal del contrato simulado y la falsedad documental

§173. A pesar de que el delito de contrato simulado prescrito en el art. 251.3 CP es una variante agravada y especial de la administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP —en términos generales— no deja por ello de mantener una relación

sancionarse cuando se realiza precisamente con la intención de perjudicar a otro, vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El Delito de Estafa*, 2000, p. 244-246.

⁷⁶² DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 57 s.

⁷⁶³ SOTO NIETO, «Las falsedades en documento privado», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 176, citando la opinión de CÓRDOVA RODA.

⁷⁶⁴ En efecto, si el funcionario público (Notarios, Secretarios Judiciales, Jueces del Registro Civil, etc.) o ciertos Corredores de Comercio Colegiados realizan alguna de las conductas de este tipo penal, por el *principio de especialidad* y, tratándose de agente especial, sólo puede incriminarse bajo este apartado del Código. Al respecto vid, BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, 1994, p. 45 s.

semántica con la *falsedad documental*^{765, 766}. Para ilustrar mejor, revisemos sus principales diferencias a) de acuerdo a lo expuesto precedentemente⁷⁶⁷, la simulación de un contrato en los términos del art. 251.3 CP no puede ser considerada como un documento falso del art. 390.1 y 2 CP por parte de los titulares de los patrimonios en los que incide o ha sido otorgado⁷⁶⁸. En efecto, la actuación mendaz de apoderados habilitados para negociar de modo vinculante sobre ellos, no produce un documento falso —*stricto sensu*— sino contratos simulados lesivos por las obligaciones correlativas civiles que pactan.

Lo anterior se explica en base a la interpretación que postulo en esta tesis con respecto al delito del art. 251.3 CP mediante la cual lo diferencio de la noción de la falsedad documental por los argumentos que paso a exponer sobre la base de las siguientes premisas: a.1) el art. 390.1.1° CP sanciona a quien *ex-novo* altera un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, resultando un documento inauténtico del que se sigue *una ruptura de la vinculación entre el autor y su expresión de sentido*; y a.2) el art. 390.1.2° CP establece la simulación de un documento —en todo o en parte del mismo— a fin de inducir a error sobre su autenticidad⁷⁶⁹; b) avanzando en el razonamiento, el término «simulado» utilizado a propósito de las falsedades documentales, no coincide con aquél de la categoría civil

⁷⁶⁵ Vid. STS 04.06.93, la que considera que el «contrato simulado absorbe la falsedad.».

⁷⁶⁶ Esta vinculación normativa fue advertida por ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, p. 83, quién señala: «En íntimo parentesco con los dos delitos anteriormente estudiados, se encuentra el del número 2 del art. 532: «El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado» Tienen de común la ficción de un acto jurídico. Ciertamente que aquellos son de falsedad documental y en este no se habla de documento, sino de contrato, que puede ser verbal. Sin embargo, el vocablo “otorgar”, se acostumbra a aplicar a documentos escritos y más especialmente a los notariales, que hace pensar no ser bastante la alegación falsa de un contrato verbal, sino que es necesaria la forma escrita. Como la finalidad defraudatoria se consigue mejor creando una prueba documental falsa, podemos decir que en el número 2 del art. 532 hay, además del fraude, una falsedad en medios de prueba, que por lo corriente será documental.»

⁷⁶⁷ Vid. *supra* §§96 s., en los que explico la diferenciación entre simulación y falsedad.

⁷⁶⁸ Art. 390. «1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.» También, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1.669, quien agrega que la tipicidad de estas acciones no requiere ninguna cualificación jurídica del autor.

⁷⁶⁹ Vid. *supra* §101 y §115.

«contrato simulado» dado que b.1) la acepción corriente de «simular» se asocia a «fingir» y es propia de la mendacidad en la que incurre el funcionario público o fedatario en su intervención⁷⁷⁰; y b.2) en la «simulación de contrato» —a diferencia de la «falsedad de un documento»— no se rompe la vinculación del autor y su contenido y por otro lado, su peligrosidad-lesividad no opera como medio de engaño sino que funge como mecanismo de asunción de obligaciones correlativas de naturaleza civil y perjudiciales⁷⁷¹. De ahí que, *simular es el concepto matriz que incluye la acción de falsificar*.

En particular, a) en el delito de falsedad ideológica se requiere, indefectiblemente, un documento constituido materialmente, y en cambio, en la simulación no es indispensable tal documento dado que el contrato puede ser verbal⁷⁷²; b) en el delito de contrato simulado es indispensable —al menos— la concurrencia de dos partes⁷⁷³, mientras que la falsedad ideológica en documento puede ser cometida por uno solo; c) la simulación sin perjuicio a tercero es lícita, mientras que la falsedad sin perjuicio patrimonial real o ánimo tendencial, normalmente es ilícita⁷⁷⁴; d) la falsedad incide en el elemento material del negocio jurídico, mientras que la simulación alcanza al espiritual o intelectual. Así, en palabras de Camargo

⁷⁷⁰ Por ello la falsedad cometida por funcionario público está más gravemente sancionada de conformidad con lo dispuesto en el art. 390.1 CP. Expresamente, vid. STS de 12.03.1992 [RJ 1992/2080], [Ponente: Sr. Ruiz Vadillo], considerando quinto, en el cual se señalan los elementos «fingir», «simular» y «engañar» como denotativos del elemento interno análogo a efectos del delito de contrato simulado.

⁷⁷¹ La incorporación de un antecedente inveraz en el seno de una compañía acarrea un potencial efecto expansivo en otras decisiones sociales. Al respecto, vid. GONZÁLEZ GUERRA, «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, 2003, 176 s.

⁷⁷² Aceptando la posibilidad de punición de la falsedad de contrato verbal en el contexto de un delito de estafa y de contrato simulado Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, 2002, p. 74-75

⁷⁷³ Este argumento debe ser matizado a la luz de algunas nuevas opiniones doctrinales que se han hecho cargo del caso de que uno de los dos contratantes sea el simulador, un autor mediato, siendo el otro, un medio para cometer un delito de estafa, un mero instrumento. Cfr. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir.), 2000, p. 1150 s. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*. PG (trad. M. Olmedo Cardenete), p. 651 s. quien señala a propósito de casos de la autoría mediata, que «[t]ambién se da un caso de instrumento que actúa atípicamente, en cuanto a la propia estructura, cuando no hay dolo en el intermediario del hecho, pero este grupo suele tratarse de forma separa bajo la expresión instrumento que actúa sin dolo. El tratamiento de tales casos como autoría mediata responde, sobre todo, al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría de que quien intencionadamente coloca al actuante en error de tipo, o se aprovecha del ya existente, posee el dominio del hecho y puede, por ello, ser castigado asimismo como autor.»

⁷⁷⁴ Con matices, por cuanto el elemento perjuicio ha sido asimilado como necesario por la Jurisprudencia.

Hernández, «[l]a falsedad puede ser una alteración física de lo escrito, la simulación es una alteración espiritual de lo querido.⁷⁷⁵»

Así, conforme a la expresión «simular un documento en todo o parte» del art. 390.1.2° CP habría sido preferible que el legislador hubiese descrito la conducta con el verbo «falsear»⁷⁷⁶ —u otro término análogo—⁷⁷⁷. Precisamente, la actividad de *simular* que establece este precepto dice relación a dos conductas del particular, las que pueden ser a) creación *ex novo* de documentos inexistentes; o b) modificación o alteración de documentos ya existentes.

Del mismo modo, la falsedad ideológica en documento público, privado o mercantil, por particular —aun cuando colme los extremos de cualquiera de los tres primeros numerales del art. 390 CP, en relación al art. 395 CP⁷⁷⁸— es impune ya que el «contrato simulado» es propio del art. 390.1.4 CP el cual no alcanza a los particulares.

Por su lado, la «simulación de un contrato» por parte de sus otorgantes implica la expresión distorsionada de un negocio jurídico —o sus cláusulas— y cuya deformación de las obligaciones perjudica a uno —o ambos— de los dos o más patrimonios que resultan civilmente vinculados por el mismo. En particular, la interpretación restrictiva del art. 251.3 CP sostenida en esta investigación, exige que esa falsedad ideológica sea constitutiva de una inveracidad *radical* del contrato [simulación absoluta] de modo que debajo del aparente, no exista o subyazca negocio jurídico alguno, reservando de este modo al ámbito del art. 252 CP, la mayoría de las conductas dolosas de celebración de negocios en perjuicio de un principal⁷⁷⁹.

§174. Por estas razones, no existe una relación concursal entre un delito de falsedad documental y uno de contrato simulado, sin perjuicio del supuesto en que la relación jurídica exija que el principal deba aceptar, ratificar o refrendar el contrato

⁷⁷⁵ Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», *ADPCP*, Fasc. I, T. XVII, 1964, p. 237-238.

⁷⁷⁶ El cual no me parece tautológico.

⁷⁷⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1, p. 1669.

⁷⁷⁸ «El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 [...]»

⁷⁷⁹ Vid. PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (II)», *VV.AA.* (Silva Sánchez, Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. PE*, 2006, p. 294 s.

simulado-perjudicial celebrado por su representante-apoderado⁷⁸⁰; en estos casos, el documento que contenga el contrato absolutamente simulado, fungirá como un documento falsificado en un contexto de estafa, sin mantener su incriminación a título de delito de contrato simulado. Lo anterior se debe a que la ratificación obtenida con engaño desnaturaliza la consideración de tratarse de un contrato simulado, ya que a) esa aprobación no es un *acto libre y voluntario*⁷⁸¹; y b) el *acuerdo simulatorio* entre los agentes dolosos muda a un caso de *reserva mental*, donde el agente no-doloso que ratifica por el patrimonio afectado es instrumentalizado en su decisión económica, reuniéndose en consecuencia todos los requisitos propios del delito de estafa y en algunos casos, de la figura agravada por la circunstancia del art. 250.1.8 CP⁷⁸².

§175. Respecto a la relación entre la falsedad en documento público, cometida por funcionario público conforme al art. 390 CP y el delito de otorgamiento de un contrato simulado no hay mayor cuestión que comentar puesto que dicho sujeto activo no lo «autoriza» en calidad de administrador del patrimonio ajeno, sino sólo como fedatario de lo obrado al amparo de lo que constata. De este modo, en el evento incierto que le constara —o se enterara por cualquier medio— de la simulación absoluta de que adolece el contrato que autoriza, no lo constituye en partícipe.

4. Relación del contrato simulado y la estafa

§177. Un «contrato simulado» usado como medio para la comisión de un delito de estafa del art. 248 CP u otras formas análogas deja de serlo cuando el acuerdo simulatorio es sustituido por un acuerdo falsario con fines estafatorios, *v.gr.* <A> simula

⁷⁸⁰ La autonomía para celebrar contratos, sin necesidad de ratificación es determinante en la resolución de casos y la doctrina lo ha puesto de relieve. Vid. LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el derecho penal español», *InDret*, 2010, p. 13 s.

⁷⁸¹ Debe establecerse que concurren los elementos del engaño típico del delito de estafa. Sobre esto y por todos, vid. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, *passim*. En estos casos, la ratificación necesaria mediante engaño del contrato simulado y en la medida que concurren los demás requisitos, deberá ser sancionada como estafa agravada del art. 250. 1. que establece: «[e]l delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.»

⁷⁸² Art. 250.1.6 CP dispone «[s]e cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional.»

con «B» la venta de un predio a un muy bajo precio, a fin de convencer a «C» de que lo venda en una cifra similar, utilizando ese documento como medio para engañarlo—persuadirlo que el valor pactado es el de mercado o real⁷⁸³.

La doctrina mayoritaria considera un *concurso de leyes*, precisamente debido a que sólo es punible cuando se realiza en perjuicio de otro. En cuanto al criterio de resolución de dicho concurso de leyes, la doctrina se divide. «Desde la entrada en vigor del nuevo código penal, sin embargo, deberían matizarse estas tesis. En primer lugar, la falsedad en documento privado no exige la efectiva producción del perjuicio, por lo que la estafa es ley especial frente a la falsedad en documento privado. Pero, en segundo lugar, el principio de alternatividad, siempre nos conducirá a sancionar por estafa dado que la pena prevista para el tipo básico —6 meses a cuatro años— es superior a la de las falsedades en documento privado. —seis meses a dos años—. Por último, hay que tener en cuenta que no se sanciona como falsedad en documento privado el faltar a la verdad en la narración de los hechos, por lo tanto, hay casos que solo se sancionarán como estafa. Respecto al concurso con la falsedad en documento público, la duplicidad de bienes jurídicos lesionados por la falsedad y la estafa conduce a concurso medial de delito.⁷⁸⁴»

De esta manera, el contrato simulado constituye un medio idóneo para engañar en el contexto de una estafa, en cuyo caso será calificado como un documento ideológicamente falso^{785, 786}.

Dado que no hay un *derecho subjetivo a la veracidad*, exigible en general, a los terceros, no es la mera presencia de una inveracidad —ni siquiera con ánimo de perjudicar— la que implica la superación de la frontera de la intervención penal⁷⁸⁷. De este

⁷⁸³ Paradigmático es el caso de la simulación de un contrato para aparentar solvencia y obtener financiamiento y en cuyo caso, nuevamente, ese documento debe calificarse de instrumento ideológicamente falsificado que funge como medio de engaño en el contexto de una estafa de crédito. Así, vid. MUÑOZ CONDE, «Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios», VV.AA. (ÉL MISMO, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, 1995, p. 138 s.

⁷⁸⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (ÉL MISMO, Dir.), 2000, p. 1814 s.; PÉREZ MANZANO, «Las Defraudaciones», VV.AA. (Bajo Fernández, Dir.), *Compendio de Derecho Penal*, v. II, 1998, p. 462-463.

⁷⁸⁵ Vid. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, 1992, p. 30-31, quien, en principio, ve desdoblarse el delito de contrato simulado como idóneo para provocar en un tercero, un error, más próximo a la estafa; y, por otro lado, los casos en que se utiliza no ya para engañar, sino para prevalecerse con éste para incumplir una obligación jurídica de carácter económico, produciendo un perjuicio patrimonial ajeno.

⁷⁸⁶ Vid. KINDHÄUSER, «Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa» (trad. N. Pastor Muñoz), *AP*, 2002, *passim*. También, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 87 s.

⁷⁸⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 105 s. Vinculado a esto es el incremento del riesgo, por ejemplo, en la estafa. Al efecto, vid. VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1987, p. 142 s., para quien «[n]o existe, pues, un incremento del riesgo permitido en el comportamiento del tenaz vendedor, ni tampoco en la sobradamente conocida actitud de la publicidad comercial, por ser campos en los que están socialmente tolerados unos márgenes de inexactitud o divergencia con la realidad». Respecto al riesgo permitido, vid. PAREDES CASTEÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, 1995, p. 372, quien a propósito de la previsibilidad y los deberes de actuación sostiene que «afirmada la peligrosidad —cognoscible— de una determinada conducta para un bien jurídico-penalmente protegido, ello supone que, al menos en

modo, no puede desvincularse la acción de inveracidad que se pretende penalmente relevante, con la necesaria *organización* que debe trascender a la misma⁷⁸⁸ y producir una injerencia instrumentalizadora, para así afectar la libertad del tercero que resulta perjudicado⁷⁸⁹. Esto es lo propio del delito de estafa como delito de organización⁷⁹⁰.

5. Relación del contrato simulado y el fraude procesal

§178. La utilización —como medio de prueba en juicio— del contrato aparente que cubre al disimulado, afecta la correcta Administración de Justicia⁷⁹¹, ya que impide la aplicación idónea de ésta, en tanto el Juez y las partes no logran acceder a la realidad obligacional que encubre⁷⁹². En este contexto hay que distinguir dos supuestos judiciales, a) aquél en que se simula detentar un derecho o posición jurídica como parte del plan para perjudicar el patrimonio sobre el cual el agente doloso lo otorgó, *v. gr.*, el apoderado-doloso —que al amparo de un acuerdo simulatorio— otorgó un contrato

abstracto, existe un relativamente elevado (o al menos, elevado hasta un punto en que es ya jurídicamente significativo) grado de probabilidad de que la conducta dé lugar al resultado disvalioso, o al menos, en el caso concreto, cree un importante peligro para el mismo. Si esto es así, y supuesto que tal conducta encaje en la descripción típica, surgen ya deberes de actuación o de abstención [...]»

⁷⁸⁸ Así, los casos en que el engaño no es suficiente, no podrá imputarse objetivamente el delito al agente. Al respecto, vid. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, quien luego de señalar los criterios de adecuación de la conducta engañosa para inducir a un acto de disposición por error [varía dependiendo de las circunstancias concretas, incluidas las de la víctima y el conocimiento que de ellas tiene el autor], indica parámetros para calificar de riesgo permitido las conductas engañosas, «[e]xageraciones, inexactitudes [...], son práctica habitual en el sector de la publicidad o en los llamados negocios de alto riesgo, que están perfectamente integrados en el tráfico jurídico-económico. Que estas prácticas son engañosas, idóneas objetivamente en la medida en que pueden ser determinantes para inducir a error, casi nadie lo negaría; y, sin embargo, pueden no crear riesgos típicamente relevantes por ser riesgos permitidos. En la medida que se realicen bajo la observancia de las reglas o usos sociales reguladores de la actividad, manteniéndose en los niveles de riesgos usuales en el desarrollo de la actividad constituirán conductas atípicas y, por tanto, no podrán sancionarse ni siquiera por tentativa de estafa».

⁷⁸⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades», *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 106 s.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 112 s. La solución concursal dada por la doctrina a estos supuestos, ha sido la de apreciar un concurso ideal-medial, el que se resuelve conforme al art. 77 CP. Así, vid. MARTÍN GARCÍA, Pedro, «Falsedad y estafa», VV.AA. (F. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones, CGPJ*, 1995, p. 63 s.; Matizando la intensidad y la función que cumple el documento como medio de engaño arribando a distintas soluciones, vid. GARCÍA CANTIZANO, «De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo documental)», VV.AA. (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones, CGPJ*, 1995, p. 233, *in fine*.

⁷⁹¹ LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251*, 1997, p. 21 y 43. Incluso la estafa común es considerada por un sector de la doctrina como un delito pluriofensivo. Al efecto, vid. SELCUK, «El objeto del delito de estafa», *CPC*, 1986, p. 196-200.

⁷⁹² GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra la Administración de Justicia (I)», *Curso de Derecho Penal Español. PE*, II, (Cobo del Rosal, Dir.), 1997, p. 691.

mediante el cual reconoció una deuda a favor de otro patrimonio y cuyo pago, posteriormente, demandó judicialmente en contra del patrimonio-deudor. En esta constelación de casos, si no se discute la simulación absoluta del contrato, ésta nunca se declarará y este pleito habrá muchas veces servido de reforzamiento del plan simulador.

El contrato simulado despliega sus efectos «jurídicos» cuando es utilizado y exhibido como tal, es decir cuando éste es presentado y en general cuando se ha opuesto frente a terceros como un contrato válido, veraz y auténtico. En palabras de FERRARA, el contrato es la declaración por medio de la cual se afirma la «titularidad de uno y la respectiva carencia de derecho en el otro», de manera tal que así se consuma el engaño y perfecciona la simulación⁷⁹³. Si bien hay simulación desde el momento en que se celebra el contrato, hay simulación penalmente relevante cuando se consuma el fraude, esto es, desde que se opone el contrato a los terceros.

Por el contrario, si por efecto de la acción de simulación, la sentencia declarare la simulación del contrato, el agente-doloso del patrimonio-acreedor y actor, habrá incurrido en un delito de fraude procesal del art. 250.7° CP⁷⁹⁴; b) aquél en que se demanda la declaración de la simulación⁷⁹⁵ del contrato otorgado por el agente doloso de uno o más de los patrimonios afectados. En estos supuestos, el objeto de la *litis* es precisamente la declaración judicial de «simulación absoluta del contrato» y su declaración podría apoyar la acreditación del hecho base que se impute luego a los apoderados-dolosos, como agentes de un delito del art. 251.3 CP⁷⁹⁶.

El primer supuesto constituye una instrumentalización de la presunción de *validez y veracidad* de los contratos [simulados] del art. 1277 CC que posee una *faz sustantiva* y otra *faz procesal* de índole probatoria. Así, véase el siguiente caso: «Si el procesado, consocio

⁷⁹³ Dicha exigencia la pone de manifiesto FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 49, concordando con MESSINA. Agrega que esta vinculación entre engaño y simulación es por la confusión histórica entre fraude y simulación. En aquellos casos que la simulación es lícita, no hay fraude y por ende no se exige dicha oposición, ya que no hay consumación.

⁷⁹⁴ Con una interpretación restrictiva de cara a sancionar sólo los casos en que la parte se mantiene engañando tras haber sido rebatida su posición, vid. CEREZO MIR, «La estafa procesal», *ADP*, 1966, p. 190 s.

⁷⁹⁵ La finalidad de la acción de simulación es el reconocimiento judicial de la ficción del contrato. Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961, p. 436. GETE-ALONSO Y CALERA, en PUIG I FERRIOL/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil*, II, 2000, p. 657; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, p. 273 s; También, ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, 1983, p. 456-461.

⁷⁹⁶ En principio, el testimonio falso de uno o más de los otorgantes en orden a mantener oculto el acuerdo simulatorio no cabe apreciarlo como un delito de falso testimonio del art. 458 CP, ya que afecta el «Principio de No Autoincriminación». Con todo, vid. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de administración*, 1994, p. 491 s., al referirse sobre los casos de «admisión excepcional de un error del acreedor como expediente excluyente de la relevancia penal de la conducta» en el contexto de la exclusión del injusto típico en los casos de cobro arbitrario de una deuda de dinero.

de una empresa se concertó con un tercero con el fin de lucrarse con el importe del valor del negocio entero, para lo cual simuló un crédito a favor del mismo, girando éste una letra contra el procesado el cual entablaba la acción ejecutiva, señaló uno por uno los bienes de la Sociedad, bienes que fueron adjudicados al ejecutante por el importe de la letra, procediendo acto seguido a venderlos por un precio mayor, con lo cual quedó consumado el fraude y perjudicado el otro socio, ambos cometieron este delito ya que simularon el otorgamiento de un contrato de préstamo al cual sirvió de cobertura y título ilusorio la letra revestida de los requisitos extrínsecos de legitimidad, y sin contar con el copropietario de la industria, sujeto pasivo de la trama urdida, desconocedor de cuanto sucedía, provocaron dentro del posible sigilo el proceso judicial que privó al consocio de su pertenencia y no se detuvieron hasta apropiarse el importe de la misma.^{797, 798»}

⁷⁹⁷ STS de 03.06.1948 [R. 891]. Respecto a la reclamación fraudulenta de la indemnización de un seguro que se produce en el marco de un proceso, vid. SILVA SÁNCHEZ, «La estafa de seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)», *CPC*, N° 32, 1987, p. 354-355; Acerca del delito de fraude de subvenciones por medio de otorgamiento de contratos simulados, vid. ASÚA BATARRITA/DE LA MATA BARRANCO, «La regulación penal de subvenciones en los estados miembros de la Comunidad Europea», *CPC*, N° 52, 1994, p. 5 s. Respecto a la estafa procesal, vid. CEREZO MIR, «La estafa procesal», *ADP*, Fasc. I, T. XIX, 1966, p. 179, para quien «[e]n un sentido amplio la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria. Por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos y consigue engañar a su contraria, llevando a cabo éste, como consecuencia del error, un acto de disposición (reconocimiento, renuncia, transacción, etc.). En estos casos se admite unánimemente por la doctrina la existencia de estafa.» También, TORÍO LÓPEZ, «Acción y resultado típico en la estafa procesal», *Estudios Penales en Libro Homenaje al Prof. J. ANTON ONECA*, 1982, p. 889 s., quien sostiene que «la tipicidad del engaño en la estafa procesal ha de ser decidido de acuerdo con los criterios generales [...]»; También, FERRER SAMA, «Estafa procesal», *ADPCP*, Fasc. I, T. XIX, 1966, p. 5 s. Respecto al inidóneo engaño al Banco al presentar a cobro una «letra vacía», vid. BAJO FERNÁNDEZ, «Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXX, 1977, p. 525 s., esp. 537-540. También, TORÍO LÓPEZ, «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *EPC*, V, 1982, p. 87 s. También, STS de 20.03.1930 [R. 1930-31, 204]. Análogas SsTS de 28.12.1887 [C.J., V. II, 40], de 18.04.1900 [C.J., V. I, 153] y de 06.02.1924 [C.J., V. I, 39]; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. PE*, 1993, p. 465.

⁷⁹⁸ Se manifiesta claramente en la STS de 16.06.1952 [R. 1113] que declara que «[s]i el camión en cuestión no era de la propiedad exclusiva del procesado, sino que éste y el querellante eran copropietarios del mismo, y éste último había demandado al primero, para que cesase la comunidad del camión mediante la venta en pública subasta, y rindiese el procesado, las cuentas de la explotación, al haberse acordado en dicho pleito, como medida precautoria, pedida por el querellante, en garantía de su derecho, que se decretase la administración judicial del camión, la conducta del reo, fingiendo vender el camión y desistiendo, seguidamente, de la apelación que tenía interpuesta contra la resolución acordando la administración judicial, no puede ofrecer más acusadamente los caracteres de un engaño, hecho este con ánimo de lucro, pues se trató de burlar la efectividad de esa administración judicial, fingiéndose el procesado dueño absoluto del camión, y aparentando que sobre él, no pesaba medida judicial, que pudiese obstaculizar la libre explotación de aquél, sin que, por tanto, quepa sostener con fundamento alguno, que no había engaño, porque el procesado podía venderlo, ya que cuando lo hizo, el acuerdo judicial sobre la administración judicial no era firme, pues, como los hechos probados no pueden leerse aisladamente, sino en su totalidad, dentro del encadenamiento lógico que los liga, precisamente, todo ello, revela aún mejor la dolosa conducta del reo, que una vez conseguido su propósito, desistió deliberadamente de la apelación, y continuó con la explotación directa y exclusiva del camión [...]» STS de 16.06.1952 [R. 1113].

§179. Finalmente, cabe precisar que la declaración de simulación del contrato puede y debe ser resuelto por el Tribunal Penal, dado que se trata de un elemento del tipo objetivo del art. 251.3 CP lo cual debe juzgarse conforme a sus propios baremos, criterios de idoneidad y de imputación⁷⁹⁹, aún si se trata de negocios simulados ilícitos⁸⁰⁰.

6. El delito de contrato simulado y los delitos de malversación de caudales públicos

§180. El delito de contrato simulado del art. 251.3 CP guarda una estrecha relación con el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP. La incriminación de esta última conducta típica se reconduce —por efecto de una remisión expresa— a los arts. 252 y 253 CP, según se trate de un ilícito contra el patrimonio fiscal o recaiga sobre cosas muebles o dinero, respectivamente. En ese contexto, el legislador no ha agravado explícitamente la conducta del uso de formas negociales simuladas, lo que de todos modos podría considerarse por el Tribunal para fundamentar el mayor disvalor de la conducta concreta en los casos que hayan mediado y servido como mecanismo de disimulación del ilícito.

⁷⁹⁹ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS, «Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales», *EPC*, 1988, p. 371 s., especialmente, p. 385, quien en términos generales sostiene que «[p]recisamente porque el Derecho penal carece de independencia, lo normal es que los jueces y tribunales que deban resolver problemas penales necesiten plantearse y solucionar de modo conexo cuestiones jurídicas de otra índole, para lo cual deberán sujetarse a las normas vigentes en dichos sectores no penales del Ordenamiento».

⁸⁰⁰ STS de 02.12.1884 [C.J., V. II, 287]. Respecto a los límites y tratamiento de la estafa en negocio ilícito, vid. PASTOR MUÑOZ, Nuria, «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente, Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPC*, N° 5, 2000, p. 335 s., esp. 356, quien plantea que «[...] no cabe perjuicio típico en caso de defraudación de pretensión ilícita porque no existe derecho a tal prestación ni a la devolución de lo entregado.» Vid. LARENZ, *Derecho Civil, PG* (trad. M. Izquierdo y M. Picavea), 1978, p. 501, quien sostiene que tampoco hay un negocio simulado nulo cuando las partes han querido el efecto jurídico de este, limitando o excluyendo el resultado económico *u otro hecho consecuencial*. Lo mismo ha de predicarse en los casos de utilización de un «testaferro», quien concluye un negocio en nombre propio, pero por cuenta y en interés verdadero de un tercero. Sin embargo, hay simulación cuando conforme la voluntad de los partícipes, el testaferro no adquiere derecho alguno ni asume ninguna obligación, radicándose todos sus efectos *directamente* en el titular del mismo.» [La cursiva es nuestra. Ese otro hecho consecuencial de entre otros, a nuestro juicio, es referido a daño a tercero.]

Ahora bien, con la remisión expresa del art. 432 CP al art. 252 CP, se han eliminado los anteriores problemas de la ruptura de la *unidad del título de imputación* al «extraneus», en tanto no compartía la misma calidad de «autoridad» o «funcionario público» exigido por el tipo de malversación. De esta manera, en todos los casos en que la conducta malversadora sea cometida también por un particular, este será punible conforme al tipo general de administración desleal del patrimonio ajeno⁸⁰¹. Con todo, de acuerdo a lo propuesto en esta tesis, en aquellos casos en que la conducta malversadora se haya concretado a través de un contrato simulado absolutamente, el «extraneus» deberá ser sancionado conforme al art. 251.3 CP, cuya pena se mantiene dentro de la extensión que dispone el art. 432 —de dos a seis años— recogiendo de modo más preciso el mayor disvalor de la conducta que implica un negocio sin sustrato.

7. El delito de contrato simulado y los delitos contra la Hacienda Pública

§181. El delito de contrato simulado del art. 251.3 CP no guarda relación con el delito fiscal del arts. 305 s. CP^{802, 803}. Sin perjuicio que éstos últimos se realicen con formas contractuales simuladas, el sujeto pasivo del delito en estudio es un «otro» respecto del cual se detenta un poder de administración en virtud del cual se celebra el negocio jurídico simulado. En el contexto fiscal, más allá de los deberes de tributación que pesan sobre los administrados, éstos últimos no poseen una facultad que les permita

⁸⁰¹ Antes de la Ley 1/2015, este problema mantenía a la doctrina dividida entre quienes entendían que el extraneus podía seguir la calificación del autor o bien, conforme al delito común. Sobre esto, vid. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir.), 1996, p. 1968, quienes consideran al ilícito penal del art. 432 como un delito especial impropio cuyo correlato entre los delitos contra el patrimonio puede hallarse entre los tipos de robo y hurto cuando la cualificación personal o la vinculación con el objeto material se hallen ausentes. También, RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Penal Español», *DPC*, N° 7, 2004, p. 129 s.

⁸⁰² Así, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 1977, p. 847. Fundamenta su opinión en el principio de especialidad, ya que el *Erario Público* no es un «otro» cualquiera.

⁸⁰³ STS de 18.04.1893 [C.J., V. I, 146]. Un tratamiento jurídico y una solución judicial relativamente similar al Derecho español ofrece la *Supreme Court of The United States* en casos relevantes de simulación contractual como en *Knetsch Et v. UnitedStates* que, en resumen, conforme consta en el *certiorari* de la Corte de Apelaciones del 9º Circuito, en el año 1953, un contribuyente de 60 años evadió impuesto mediante un contrato en fraude de la Hacienda Pública por deducciones ilegales de intereses a deudas devengadas.

contratar por el Estado⁸⁰⁴ ni existe un especial deber positivo de protección de su patrimonio⁸⁰⁵.

8. Del delito de otorgamiento de contrato simulado y el de alzamiento de bienes

§182. El delito de alzamiento de bienes del art. 257 CP importa diversas conductas típicas que sancionan la auto colocación en una situación de insolvencia que perjudica los legítimos derechos de los acreedores. Uno de esos medios ilícitos utilizados son los contratos simulados que, como medios falsarios, «amparan» jurídicamente la salida de bienes del patrimonio del deudor fallido, o como *simple medio para insolventarse*⁸⁰⁶. Por ello se ha sostenido que existiría una relación concursal entre el delito de contrato simulado y el de alzamiento de bienes, agregando que entre ambos existe un *conflicto de leyes*^{807, 808}. Sin embargo, de acuerdo al concepto de injusto sostenido en esta investigación, son conductas que difieren sustancialmente, razón por la cual no surge un concurso que haya de resolverse.

⁸⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 29, 46 in fine; ÉL MISMO, «Ingeniería financiera y derecho penal», *Fenómenos Delitos complejos*, CGPJ, 1999, p. 165 s.; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *El Delito Contable Tributario*, 1995, p. 383 s.; PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, 2006, p. 78, 85 in fine; RUIZ ZAPATERO, *Simulación Negocial y Delito Fiscal*, 2004, p. 55 s.; ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, 1994, p. 249 s.; IBARRA RODRÍGUEZ, *Delimitación conceptual de los términos «evasión tributaria, elusión tributaria, fraude a la ley tributaria y economía de opción»*, *DPC*, N° 14, 2006, p. 39 s.; GARCÍA CAVERO, *La imputación objetiva en el derecho penal económico*, N° 6, 2004, p. 153 s., esp. 159.

⁸⁰⁵ Sobre el patrimonio público, vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 78 s.

⁸⁰⁶ Vid. DEL ROSAL BLASCO, «Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal», *ADPCP*, Fasc. II, T. XLVII, 1994, p. 13 s.; CUELLO CONTRERAS, «Insolvencias punibles», *CPC*, 1999, p. 43 s.; GÓMEZ PAVÓN, «Las insolvencias punibles en el Código Penal actual», *CPC*, N° 64, 1998, p. 35 s.

⁸⁰⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, destaca las razones dogmáticas y las reglas en virtud de las cuales la norma que debe reconocerse ese conflicto de leyes, cediendo el art. 251.3 CP a favor del delito de alzamiento de bienes, 1999, p. 208-212; ÉL MISMO, «Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines», *CPC*, N° 2, 1977, p. 105-108.

⁸⁰⁸ Vid. PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (II)», VV.AA. (Silva Sánchez, Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. PE*, 2006, p. 238, quien destaca si la insolvencia se logró mediante operaciones jurídicas, «como la creación de hipotecas, donaciones y enajenaciones *reales o ficticias* (art. 257.11° CP);» [las cursivas son nuestras]

En particular, el delito de alzamiento de bienes de la norma citada sanciona, entre otras conductas, al deudor que por medio de contratos simulados atenta contra los legítimos derechos de terceros cualificados que la norma designa —en general— como *acreedores* y que trae como consecuencia que se dilate, dificulte o impide el pago de las obligaciones pendientes con el deudor alzado^{809, 810}. Por su lado, en el delito del art. 251.3 CP un agente administrador del patrimonio ajeno y sin facultades especiales para ello, otorga contratos simulados que perjudican a su principal.

IV. ASPECTOS DEL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE CONTRATO SIMULADO

§183. El tipo penal del art. 251.3 CP exige la concurrencia de «dolo»⁸¹¹ típico. Este elemento subjetivo se colma con constatar que el agente facultado tenía conciencia y conocimiento de estar otorgando un contrato simulado sin o contra la voluntad del titular del patrimonio afectado⁸¹², comprendiendo que con su celebración se incorporará

⁸⁰⁹ Se percibe esta confusión conceptual en STS de 22.011971 [RJ 1971/237], [Ponente: Sr. Escudero del Corral].

⁸¹⁰ Fueron recurrentes las sentencias que condenaron por delito de contrato simulado en circunstancias que se trataba de un caso de alzamiento de bienes. Al efecto, vid. STS de 12.05.1962 [RJ 1962/2050], [Ponente: Sr. Quintano Ripollés]. Hoy, mediante la inclusión del art. 257.12° CP, se clarifica y reduce el riesgo de confundir los ámbitos de aplicación de las normas.

⁸¹¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. PG*, 2003, p. 514 s.; MIR PUIG, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 1999, Lecc. 10, §§1 s., p. 215 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. M. Olmedo Cardenete), 2002, §29, p. 318 s.; JAKOBS, *Derecho Penal. PG* (trad. D. M. Luzón Peña y otros), 1997, Ap. 8, §§1 s., p. 308 s.; VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1989, p. 90 s., refiriendo un concepto jurisprudencial sobre la necesidad de distinguir entre el dolo civil y el dolo penal en contextos de simulación absoluta; DEL ROSAL, «Del dolo penal y civil en la estafa», *ADPCP*, Fasc. I, T. VII, 1954, p. 519, quien sostiene que «[...] la distinción entre dolo penal y dolo civil se verifica desde el plano de la distinta intensidad, pues resulta por demás difícil de operar, en cuanto a la separación, con criterios extraídos de la norma, de la moral colectiva o de cualquiera otro aspecto.» Una cuestión diversa al «dolo» son los *móviles del delito*. Así, la simulación puede presentar diversa intensidad en sus móviles, en sus orígenes psicológicos y en sus fines, siendo el móvil preponderante para conocer el tipo de simulación que el acto implica, ya que existen apariencias que resultan totalmente condenables mientras otras sólo buscan mantener el anonimato por razones de modestia o desinterés. Cfr. JOSSERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica* (trad. Sánchez Larios/Cajica), 1946, p. 208.

⁸¹² Sobre la diferenciación y requisitos del consentimiento expreso, concluyente o presunto del titular del patrimonio para que pueda constituir un caso de atipicidad en el ámbito del art. 252 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 142 s.

en este una obligación mendaz con el consiguiente riesgo de perjuicio⁸¹³. La conciencia de la ilicitud no alcanza, empero, a la causación de una exacción concreta de bienes o valores del patrimonio de la víctima, ya que el tipo penal sólo exige el otorgamiento del contrato simulado «en perjuicio» sin necesidad de empobrecimiento concreto, bastando el gravamen de la obligación correlativa.

§184. Respecto del «dolo» de la contraparte negocial en los supuestos de negocios jurídicos simulados bilaterales, es menester que concurra⁸¹⁴. En efecto, es consustancial al tipo penal de otorgamiento de contrato simulado del art. 251.3 CP un *acuerdo simulatorio*, del que se deduce la conciencia de la mendacidad radical que subyace al negocio jurídico que celebran. Sin embargo, la finalidad de perjuicio por enriquecimiento correlativo —o ánimo de lucro—, ni el simple empobrecimiento de uno o ambos patrimonios forma parte de la exigencia del «dolo típico», sin perjuicio que pueda servir de criterio para determinar la pena en concreto.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§185. El *autor* del delito de otorgamiento de contrato simulado del art. 251.3 CP, al igual que el de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP, está configurado como un delito de posición, «que puede, por ende, ser cometido por todo aquel que realice la conducta típica hallándose en una posición de idoneidad relevante para atacar el patrimonio protegido, esto es, por todo aquel obligado a velar por los

⁸¹³ En otro sentido, vid. STS 30.01. 1985 [R. 1985, 378] y 12.07.1988 [R. 1988, 6562], que designan al «[...] dolo, como elemento subjetivo, consistente en la conciencia y voluntad de que concurren los dos elementos objetivos antes expuestos: simulación y perjuicio patrimonial». Con todo, existen casos en que el agente creía haber sido autorizado para simular en perjuicio de su principal, en cuyo caso resta establecer si al efecto corresponde a un caso de error de tipo invencible que acarree la atipicidad de la conducta o un error de prohibición, según sea la tesis que se abraza. V. *gr.* el gerente general entendió que el Directorio de la compañía respaldaba financiar a políticos mediante la recepción de Facturas bajo las cuales no existía contrato de prestación de servicios reales de ninguna clase, pagándolas.

⁸¹⁴ Respecto al «dolo civil» de la simulación, vid. FUENTESECA, *El dolo recíproco*, 2002, p. 139 s.

intereses patrimoniales ajenos.⁸¹⁵» Concretamente, es «autor» quien al momento de otorgar el contrato simulado, detenta un poder para obligar el patrimonio de otro, lo que normalmente —más no siempre— ocurre con en los delitos especiales de deber⁸¹⁶. En efecto, a diferencia del art. 252 CP que limita la autoría a los administradores cuya fuente indica, el art. 251.3 CP refiere a un agente amplio que no siempre será titular de un especial y *permanente* deber de fidelidad, lealtad y veracidad⁸¹⁷ respecto del patrimonio principal sobre el cual detenta la facultad para vincularlo obligacionalmente⁸¹⁸.

§186. La contraparte negocial de un delito de contrato simulado del art. 251.3 CP —en los casos en que no es beneficiada ni perjudicada por el delito— es punible a título de «cooperador necesario» conforme al literal b) del art. 28 CP. Por su lado, el supuesto en el que tras la *apropiación de bienes muebles o dineros* del art. 253 CP, el agente del delito —y en la medida en que éste coincida con el referido en el art. 252 CP— otorgue un «contrato simulado» como mecanismo de auto-encubrimiento —además de ser punible sólo a título del art. 251.3 CP— la conducta del *extraneus* podría ser considerada como un encubrimiento punible conforme a uno de los núms. 1º, 2º o 3º el art. 451 CP⁸¹⁹. Sin embargo, esta última solución no es del todo satisfactoria, ya que el título obligacional que se simula trasciende *a un acto limitado de mero favorecimiento*.

⁸¹⁵ Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, 2/2013, p. 42; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 130 s.

⁸¹⁶ Sobre los delitos de infracción de un deber en derecho penal económico, por todos, vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PG, 2003, p. 330 s.

⁸¹⁷ Respecto el engaño como infracción de deberes de veracidad, PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de seguros*, 2004, p. 48 s., quien exige una cierta entidad e intensidad de dicha infracción, siguiendo a PASTOR MUÑOZ, cita «no toda inveracidad capaz de conducir a otro a una decisión económicamente desventajosa determina la existencia de una estafa».

⁸¹⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *RdD*, núm. 16, 2013, p. 199 s.

⁸¹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 15, 25, 31 s., *in fine*. El encubrimiento se encuentra estipulado en el art. 451 y se delimita mediante una descripción de conductas que tienen en común la adhesión a los intervinientes en un delito ya realizado; en consecuencia, deben existir dos presupuestos para su constitución a) que el sujeto no haya intervenido en el mismo, no siendo necesario que, para su configuración, el delito se haya ejecutado; y b) que exista la presencia de autor y/o partícipes previos. Se lo entenderá como un «tipo genérico de favorecimiento a quienes han llevado a cabo previamente un delito» cuyo fin es «[...] la tutela de los bienes jurídicos cuando éstos ya

Por su lado, en los casos en que la contraparte negocial es beneficiada patrimonialmente —ya sea receptora del perjuicio correlativo o que su agente lo perciba— la conducta es punible a título de «cooperador necesario», del literal b) del art. 28 CP. Esto se justifica puesto que el lucro o beneficio que percibe el patrimonio-beneficiado agenciado por una persona consciente de su mendacidad, a nuestro juicio *compensa* suficientemente el «mayor» disvalor ínsito en la conducta del autor facultado para celebrar contratos del patrimonio-víctima, que además de infringir sus deberes de veracidad, lo empobrece⁸²⁰.

§184. Otro aspecto crucial a la hora de considerar la punibilidad del delito de contrato simulado es el relativo a la autonomía del agente para celebrarlos con o sin necesidad de ratificación⁸²¹. Conforme diversos modelos de delegación de poderes en pro de aseguramientos internos y controles recíprocos tendentes a disminuir la probabilidad de excesos, los titulares de patrimonio se organizan en base a diversos sistemas de división de poderes y de delegación de poderes conjuntos de dos o más agentes de administración⁸²².

En ese contexto, la no titularidad del agente de un poder específico para obligar al principal, ya sea que requiera una actuación conjunta de otro (s) o la ratificación del pre-acuerdo para ser oponible al principal, impide la consumación del delito hasta que se obtenga. Así, la concurrencia de dos o más voluntades simulatorias tiene impacto tanto a nivel de *autoría y la participación*, como en los *concurros*. En el caso en que sean dos

han sido sometidos a una afectación por la realización de un delito previo» siendo en este caso particular, la Administración de Justicia dicho bien; la que se define como «[...] el conjunto de medios jurídicos que dependen de la actuación del sujeto funcionario para la tutela de los bienes jurídicos afectados por la comisión de un delito previo.

⁸²⁰ Vid. *supra* §165. En el caso «Argentia Trust» cabía sancionar a título de autor del art. 251.3 CP tanto al agente del banco pagador de un servicio inexistente, como al de la empresa «off-shore» receptora del dinero de pago de la factura girada por el negocio mendaz.

⁸²¹ Sobre el problema de la autonomía para celebrar negocios jurídicos, problema común con el delito del art. 252 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 113-116 s.

⁸²² No hay que confundir la ratificación para que nazca la obligación jurídica de la ratificación o convalidación post-consumativa del delito, cuyo efecto sobre el injusto es debatible. Respecto a esta problemática en el ámbito del art. 252 CP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, 2016, p. 145-146.

los habilitados para otorgar un determinado contrato, todos aquellos que obren con el dolo típico habrán de responder a título de coautores. Por su lado, en el caso que concurren los demás elementos del tipo, si el apoderado carente de poderes individuales engaña a aquél que sí los detenta, habrá que apreciar el delito del art. 251.3 CP en autoría mediata⁸²³. Finalmente, en el caso en que el habilitado ratifica el contrato simulado con pleno conocimiento de tratarse de uno simulado, deberá considerarse autor conforme al dominio del hecho que le asiste de modo excluyente^{824, 825}.

VI. PRESCRIPCIÓN

1. La regla general

§187. La regla general de la prescripción se establece en el art. 131 CP y, en el caso del delito de otorgamiento de contrato simulado del art. 251.3 CP, se corresponde con la del plazo de cinco años. De acuerdo al art. 132 CP, ese plazo se computa desde que se haya cometido la infracción punible, el que en principio nace al momento de la celebración del negocio jurídico.

2. Consideraciones especiales

§188. Seguir rigurosamente la norma general de prescripción del Código Penal, significa ignorar la particular forma en que se consuma el delito de contrato simulado del art. 251.3 CP. En efecto, tanto en la administración desleal del patrimonio ajeno del

⁸²³ Este argumento debe ser matizado a la luz de algunas nuevas opiniones doctrinales que se han hecho cargo del caso de que uno de los dos contratantes sea el simulador, un autor mediato, siendo el otro, un medio para cometer un delito de estafa, un mero instrumento. Vid. VALLE MUÑIZ, *Comentarios*, 2000, p. 1150 y s.

⁸²⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo), 2000, p. 305 s. Defendiendo un concepto restrictivo de autor y con los mismos resultados, vid. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», *DPC*, N° 2, 2003, p. 89 s.

⁸²⁵ En el caso de que se induzca al *intraneus* que se corresponde con el apoderado- ratificador, por parte de un *extraneus*, podría apreciarse coautoría, lo que descansa en la consideración de la inexistencia de los delitos de infracción de deber impropios. Así, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 290 s.

art. 252 CP como en este ilícito, se pueden verificar situaciones relevancia tardía del delito, ya sea porque a) el contrato es conocido con posterioridad a su celebración real, por parte de la víctima; o b) su lesividad se manifieste en una época distinta a la de su celebración, manteniéndose oculta para la víctima durante el tiempo intermedio⁸²⁶.

Para resolver esos casos hay que considerar los siguientes criterios a) si el contrato ha sido antedatado y dicha conducta forma parte de la mendacidad punible, el plazo de prescripción del delito debe contarse desde la fecha «real-material» de su otorgamiento; b) si el contrato simulado se opone o hace exigible a la víctima y no lo ha conocido ni ha podido conocerlo antes, desde ésta fecha; y c) en los casos en que la exacción de bienes del patrimonio antecede al contrato, siempre preferirá ésta fecha sobre la del contrato.

⁸²⁶ RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, 2004, p. 146 s.; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, 2003, p. 214 s.; PEDREIRA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, 2004, p. 215 s.; En el ámbito fiscal, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, *Delito fiscal, prescripción y determinación del hecho*, AP, N° 10, 2002, p. 231 s.

CONCLUSIONES

- 1°. En Derecho privado la simulación de contrato consiste en la divergencia entre la voluntad real y la declarada. De entre las diversas clasificaciones y modalidades de simulación, la denominada *simulación absoluta* es una categoría que consiste en la celebración de un contrato «aparente», bajo el cual no subyace ninguno.
- 2°. Es consustancial a cualquier clase de simulación de contrato la existencia de un *acuerdo simulatorio* entre las partes incluso, aunque de un modo particular, en el autocontrato.
- 3°. Bajo la teoría *declaracionista* de la simulación subyace, entre otros aspectos, un énfasis o interés jurídico en orden a revelar la idoneidad y licitud de la falsedad ideológica ínsita en los documentos aparentes, respecto de terceros relativos al respectivo negocio jurídico.
- 4°. Bajo la teoría *voluntarista* de la simulación subyace, entre otros aspectos, un énfasis o interés jurídico en orden a revelar el verdadero negocio jurídico celebrado, así como si bajo el falso explícito, no existe ninguno.
- 5°. La facultad de la libre disposición del patrimonio se expresa —entre otros aspectos— en que la simulación de contrato es, por regla general, lícita.
- 6°. La *reserva mental* de uno de los otorgantes no configura ni es compatible con un contrato simulado.
- 7°. El delito de contrato simulado del art. 251.3 CP es una figura de origen hispánico desde su inclusión a partir del Código Penal de 1848, en adelante.

- 8°. Al exigir la simulación de un *acuerdo simulatorio*, el delito de contrato simulado del art. 251.3 CP no comparte la estructura de una estafa entre los co-contratantes.
- 9°. El *contrato simulado* del art. 251.3 CP constituye un fenómeno delictivo diverso con el denominado *documento falsificado* como medio de engaño en un contexto de estafa.
- 10°. La víctima del delito de contrato simulado del art. 251.3 CP es un «otro» y no un «tercero». De esta manera, el tipo objetivo sólo incrimina la conducta de aquel que al amparo de un «acuerdo simulatorio» simula un contrato en perjuicio del patrimonio que representa o administra. Adicionalmente, sólo son punibles conforme este tipo penal, los casos de simulación absoluta y los subyacentes o disimulados en los casos de simulación relativa, en la medida que sean *radicalmente asimétricos*.
- 11°. Por regla general, quienes administran patrimonios ajenos no son titulares de la facultad de simular —*subrepticamente respecto del titular del patrimonio de su principal*— contratos vinculantes sobre el patrimonio del tercero representado o administrado, salvo que exista una expresa delegación de esa facultad.
- 12°. A los representantes y/o administradores de patrimonios ajenos le son exigibles especiales deberes de veracidad y de protección e indemnidad del patrimonio ajeno que representan o administran, cuya infracción es punible entre otros —pero principalmente— por los arts. 251.3, 252 y 253 CP.
- 13°. El delito de contrato simulado del art. 251.3 CP —es una modalidad especial y agravada de la administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP y de la apropiación indebida del art. 253 CP— mediante la cual un agente doloso —al amparo de un *acuerdo simulatorio*— celebra un negocio jurídico simulado absolutamente con eficacia correlativa sobre el patrimonio de «otro», creando, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones, perjudicándolo de forma

radical⁸²⁷. Así, la forma negocial simulada funge como una forma o medio de realización de la conducta típica mediante la configuración de una aparente causa negocial de la que se sigue una *exacción* o *expoliación* y en ciertas ocasiones, además, como una forma de *autoencubrimiento* punible.

14°. El deslinde básico del delito de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252 CP con el de otorgamiento de contrato simulado del art. 251.3 CP es el siguiente: a) la administración desleal incrimina los casos de infracción de las facultades de administración de que es titular el agente quien se **excede de las mismas lo cual ocurre, por regla general, abusando de las mismas de modo explícito**, no alcanzando a los fraudes mediante el uso de formas negociales *absolutamente simuladas* dado que —salvo caso particular— ningún administrador o representante posee facultades para simular absolutamente y de modo perjudicial el patrimonio de su principal; y b) el delito de contrato simulado constituye un supuesto agravado de la administración desleal que incrimina al agente —representante o administrador— que perjudica el patrimonio de su principal mediante el uso de formas negociales absolutamente simuladas o **negocios vacíos**, de modo que no sólo se excede de sus facultades de administración sino que **«actúa» fuera y/o sin facultades**⁸²⁸.

15°. Es un exceso considerar que «todas» las conductas de administración desleal del patrimonio ajeno deben ser sancionadas conforme al art. 252 CP. Si bien el supuesto típico del art. 251.3 CP cabe dentro del tipo del art. 252 CP, *su injusto lo desborda*, de modo que omitir su aplicación implica incurrir en una *infrasancción* del hecho.

⁸²⁷ En este contexto la aspiración ha sido completar mediante esta norma jurídica existente, *vigente* y que se considera influye, el modelo de atribución de responsabilidad de esta clase de delitos. Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», *RDPC*, 2002, p. 92.

⁸²⁸ Por ello, la dificultad del descubrimiento de esta clase de hechos delictivos —que forma parte de su mayor lesividad— fundamenta su mayor punición. Al respecto, vid. PASTOR MUÑOZ, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, núm. 10/2006, en sitio web <http://www.indret.com>, p. 6 s.

- 16°. La distinción entre el injusto típico del art. 251.3 CP y el art. 252 CP es esencialmente normativa, en tanto en el primer tipo de delito el agente en última instancia distrae/apropia o permite que se distraigan/apropien bienes de su principal o crea, modifica o extingue derechos sin contraprestación alguna o una virtual o simplemente nominal/formal, de manera que el acuerdo simulatorio es defraudatorio y encubre la exacción.
- 17°. En general, el tipo del art. 252 CP expresa un menor injusto que el art. 251.3 CP tanto en cuanto, si bien alcanza a los supuestos de negocios perjudiciales, a) al no ser absolutamente simulados son explícitos y ello permite su escrutinio, y b) respecto a los relativamente simulados —que también forman parte de su espectro de punición— subyace un contrato que, en general, si bien es de diversa naturaleza y perjudicial, por definición, no son ni pueden ser vacíos o inexistentes⁸²⁹.
- 18°. La regla de resolución del concurso aparente de leyes penales denominada de *alternatividad*, permite la resolución del conflicto entre los delitos de los arts. 251.3, 252 y 253 CP.
- 19°. El delito de simulación de contrato es punible conforme lo dispone el art. 251.3 CP desde el momento mismo de su otorgamiento, en la medida que sea predicable que ha gravado con la obligación correlativa el patrimonio administrado⁸³⁰.
- 20°. Hay delito de contrato simulado punible conforme lo dispone el art. 251.3 CP, en los casos en que la simulación absoluta sea predicable respecto de todo el negocio jurídico, una parte o partida individual inexistente o vacía⁸³¹.

⁸²⁹ Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1986, p. 67-68, cita 226, quien recoge supuestos de la obra de CARRARA.

⁸³⁰ Una analogía *in bonam partem* podría consistir en exigir —para la punibilidad a título del art. 251.3 CP— la superación de unos valores mínimos de perjuicio que podrían ser los del núm. 2 del art. 253 CP. Al respecto, vid. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 308 s.; HERRERO HERRERO, *Infracciones Penales Patrimoniales*, 2000, p. 245.

⁸³¹ El caso de un arriendo a largo plazo de diversas partes y piezas de entre las que se cuenta una inexistente, cualquiera sea el monto de la renta, configura un riesgo de daño patrimonial acumulativo y

- 21°. Son punibles conforme al art. 251.3 CP, los contratos *escritos* absolutamente simulados, así como los *consensuales* absolutamente simulados.
- 22°. En los casos en que el contrato simulado constituye un mecanismo para engañar a terceras personas, *debe ser calificado como un documento ideológicamente falso* y —en la medida que concurren sus propios elementos típicos— es punible como medio de engaño de un delito de estafa u otros afines.
- 23°. Cada co-contratante responde como autor en caso que perjudique a su principal, en los casos en que ambos actúen por otro. En caso contrario, el co-contratante que no actúa por otro, deberá responder como cooperador necesario o eventualmente.
- 24°. Hay desistimiento de la tentativa en todos aquellos casos en que desaparezcan los efectos perjudiciales del contrato en el patrimonio del otro, por la vía de la *resciliación* o *mutuo disenso*, antes de su cumplimiento.
- 25°. La prescripción del delito de simulación de contrato del art. 251.3 CP corre desde que el contrato simulado se celebra y en la medida que sea conocido por el titular patrimonio perjudicado o víctima de delito —es decir y dependiendo del caso concreto— una vez que se verifica la *exacción*, la *expoliación*, el «cumplimiento de la obligación correlativa» o, al menos, desde que se *hace valer, usa, se opone como existente y válido* o *se explicita*.

co-fundamenta la punición a título del art. 251.3 CP. Sobre esto, vid. ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *DPC*, N° 11, 2005, p. 151 s., esp. p. 172 s.

BIBLIOGRAFÍA*

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1998.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. / SANTOS BRIZ, J. / GARRIDO DE PALMA, V.M. / SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. / GUILLÓN BALLESTEROS, A. / GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. / CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1.088 a 1.444, Trivium, Madrid, 1995.
- ALBADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, V. 1º-B, Arts. 1261 a 1280 CC, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- ALBADEJO, Manuel: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, Bosch, Barcelona, 2002.
- ALBALADEJO, Manuel: *La Simulación*, Edisofer s.l., Madrid, 2005.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: «La protección del futuro y los daños cumulativos», *DPC*, N° 11, 2005.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.
- ALMELA VICH, Carlos: «El delito de estafa y el de apropiación indebida», *AP*, N° 35, 1998.
- Anteproyecto de Código Penal*, *AP Legislación*, 1992.
- ANTÓN ONECA, José: «Estafa», *NEJ*, T. IX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1975.
- ANTÓN ONECA, José: *Obras*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. Aires-Santa Fe, 2000.

* Se resaltan en negrita las palabras que se han empleado para citar las algunas monografías en el texto.

- APARICIO RAMOS, Julián: *La falsedad en la letra de cambio*, Ed. Reus, Madrid, 1945
- ARANZADI, *Diccionario de Jurisprudencia Penal, cien años de jurisprudencia criminal del Tribunal Supremo*, T. II, Pamplona, 1972.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2005.
- ASÚA BATARRITA, Adela: «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», *ADPCP*, Fasc. I, T. XLVI, 1993.
- ASÚA BATARRITA, Adela / DE LA MATTA BARRANCO, Norberto: «La regulación penal de subvenciones en los estados miembros de la Comunidad Europea», *CPC*, N° 52, 1994.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *El delito de falsedad documental*, Dykinson, Madrid, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Falsedad ideológica y deber de veracidad», en *Homenaje a Enrique RUIZ VADILLO*, Colex, Madrid, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La reforma de las falsedades documentales», *La Ley*, 1996-1.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Simulación de negocio jurídico y falsedad documental», *La Ley*, T.II, 1998.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *El delito de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 1.ª ed., 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», *La administración desleal*, Escuela Judicial, CGPJ, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, «La problemática de la administración en el Derecho Penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (Coord.)/BENEYTEZ MERINO, L./CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C./CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./COVIÁN REGALES, M./GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A./JAÉN VALLEJO, M. / JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PÉREZ DEL VALLE, C./RUIZ VADILLO,

- E./SERRANO PASCUAL, M.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, Arts. 138 a 385, Trivium, Madrid, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Administración desleal y apropiación indebida», *RJUAM*, N° 4, 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *Manual de Derecho Penal. PE, Delitos patrimoniales y económicos*, (Bajo Fernández, Miguel, Pérez Manzano, Mercedes y Suárez González, Carlos), 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO, Silvina: *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», *CPC*, N° 5, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de <letras vacías> o no comerciales», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXX, 1977.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXVIII, 1975.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco: *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco: «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», *Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, (J. M. Silva Sánchez, ed.), Bosch, Barcelona, 1997.
- BENÉYTEZ MERINO, Luis: «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, Comares, Granada, 1994.
- BENITO GOLMAYO, Pedro: *Instituciones de derecho canónico*, T II, 6ª ed. Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1885.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Comentarios al Código Civil* (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Marcial Pons, Navarra, 2001.
- BERNI, Joseph: *PRÁCTICA CRIMINAL, CON NOTA DE LOS DELITOS, SUS PENAS, prefusiones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y RITUAL*, Valencia, 1749.

- BOIX REIG, Javier (Dir.) / LLORIA GARCÍA, Paz (Coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, (VV.AA.), Iustel, Madrid, 2008.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada, 2000.
- BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil Español*, López Robert Impresor, Barcelona, T. IV, 1891
- BONET CORREA, José: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, T. V, Libro 4º, Civitas, Madrid, 1990.
- BONET CORREA, J./REINA OJEDA, I.: *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: «*La terminación del delito*», *ADPCP*, Fasc. I, T. XLVIII, 1995.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Estafa y otras defraudaciones*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª. ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- CABEDO NEBOT, R./URQUÍA GÓMEZ, F./SEGOVIA LÓPEZ, L./GUTIÉRREZ CARBONELL, M./BRIONES VIVES, F./LÓPEZ COIG, J. C.: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal*, (C. Vásquez Iruzubieta, Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1998.
- CALDERÓN CEREZO, Á./CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Código Penal Comentado*, Deusto, Bilbao, 2004.
- CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria: *Falsedades documentales no punibles*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César: «Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado», *ADPCP*, Fasc. I, T. XVII, 1964.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Bosch, Barcelona, 1990.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed. adaptada al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986.
- CARMONA SALGADO, C./COBO DEL ROSAL, M./GONZÁLEZ RUS, J. J./MORILLAS CUEVA, L./QUINTANAR DÍEZ, M./DEL ROSAL BLASCO, B./SEGRELLES DE ARENAZA, I.: *Compendio de Derecho Penal Español (PE)*, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco: *Teoría General del Derecho*, trad. de GARCÍA POSADA, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CASTAN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 9.ª ed., T. I, v. 2, Reus, Madrid, 1955.
- CASTAN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 11.ª ed., T. I, v. 2, Reus, Madrid, 1971.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico: *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1949.
- CEREZO MIR, José: «La estafa procesal», *ADP*, 1966.
- CEREZO MIR, José: «La regulación del «Iter Criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», *RDPC*, 2.ª Época, N° 1, 1998.
- CEREZO MIR, José: «La estafa procesal», *ADPCP*, Fasc. I, T. XIX, 1966.
- CHAVEAU, A./HELIE, F.: *Théorie du Code penal*, T. XII, 6º ed., Marchal & Godde, París, 1887-1908.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *El Delito de Estafa*, Bosch, Barcelona, 2000.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, Laborum, Murcia, 2004.
- COVIELLO, Nicolás: *Doctrina general del Derecho civil*, 4ª. ed. trad. por F. DE J. TENA, UTHA, 1938.
- COBO DEL ROSAL, Manuel: «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, N° 56, 1995.

- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L.:
Manual de Derecho Penal. Parte Especial, II, Akal, Madrid, 1990.
- Code Penal*, conforme a *celles de l'imprimerie impériale*, Deuxième Édition, Paris, 1811.
- Code Penal, Nouveau Code Penal, Ancien Code Penal*, Dalloz, París, 1994.
- CODERCH SALVADOR, Pablo: «**Simulación negocial**, deberes de veracidad y autonomía privada», *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: Dos estudios de dogmática jurídica* (Salvador Coderch, Pablo y Silva Sánchez, Jesús María), Civitas, Madrid, 1999.
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.
- CÓDIGOS ESPAÑOLES: *Código de Las Siete Partidas*, T. II, 3.^a, 4.^a y 5.^a Partida, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1998.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido en VV.AA. *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. II, (Arts. 138 a 385), Trivium, Madrid, 1997.
- CÓRDOVA RODA, Juan: «Fraude Fiscal y falsedad documental», VV.AA. (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- COROMINAS, Joan y PASCUAL, José A., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, V. I., Gredos, Madrid, 1991.
- CORONEL JONES, Cesar: *La simulación de los actos jurídicos*, Nomos, Bogotá, 1989.
- CREUS, Carlos: *Derecho penal, PE*, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.
- CREUS, Carlos: *Falsificación de documentos en general*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «Insolvencias punibles», *CPC*, N° 67, 1999.
- CUESTA PASTOR, Pablo: *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002.
- DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos* (trad. W. Rocés), Blass, Madrid, 1926.

DE CASTRO GARCÍA, J./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. M./GÓMEZ DE LA BÁRCENA, J. M./SANTOS BRIZ, J./ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A./HERNÁNDEZ GIL, F.: *Código Civil*, 8.^a ed., Colex, Madrid, 1996.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 2.^a ed., Civitas, 1991.

DE LA MATTA BARRANCO, Norberto J.: «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», *PJ*, 2.^a época, N° 34, Junio 1994.

DE LA MATTA BARRANCO, Norberto J.: «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus TIEDEMANN*, Madrid, 1995.

DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, Eduardo: «El Notario ante posibles actos o negocios simulados con trascendencia penal», en VV.AA., *Delitos Económicos. La Función notarial y el Derecho penal*, FUENTES MARTÍNEZ, Jesús-Julián (Dir.), Thomson-Civitas, Navarra, 2007

DE VICENTE REMESAL, Javier: «Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: Delimitación y cuestiones concursales», *La Ley*, 3, Madrid, 1990.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: *El delito de contrato simulado*, Conosur, Santiago de Chile, 1992.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de administración*, PPU, Barcelona, 1994.

DEL ARCO TORRES, M.A. / PONS GONZÁLEZ, M.: *Diccionario de Derecho Civil*, Granada, 1999.

DEL ROSAL, Juan: «De la relación concursal entre falsificación y estafa», *ADPCP*, Fasc. II, T. II, 1949.

DEL ROSAL, Juan: «Del dolo penal y civil en la estafa», *ADPCP*, Fasc. I, T. VII, 1954.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: «Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal», *ADPCP*, Fasc. II, T. XLVII, 1994.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2002.
- DÍAZ ALABART, Silvia y ALBADEJO, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, v. 1º-B, Arts. 1261 a 1280 CC, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- DÍAZ VALCARCEL, Luis M.: *La revisión del Código Penal*, Nauta, Barcelona, 1964.
- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Vigésima Primera edición, Madrid, 1992.
- Diccionario de uso del español*, H-Z, Gredos, Madrid, 1992.
- Diccionario ideológico de la lengua española*, 1ª. ed., Gili, Barcelona, 1941.
- Diccionario ilustrado Vox*, Spes, Barcelona, 1945.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. I, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. I., 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. III, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio: *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 1995.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la propiedad. PE*, T. II-B, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
- DORAL GARCÍA, José Antonio: *El contrato como fuente de obligaciones*, Eunate, Pamplona, 1993.
- DORAL GARCÍA, José Antonio / DEL ARCO, Miguel Ángel: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.

- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: *Donación de Inmuebles, Forma y Simulación*, 2º Edición, Arazandi, Navarra, 2003.
- ECHANO BASALDUA, Juan I.: «¿Falsedad ideológica de particular en Escritura Pública? (Revisión de la doctrina jurisprudencial)», *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín FERNÁNDEZ-ALBOR*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- ECHEBERRIA Y OJEDA, Pedro Antonio: *Manual Alfabético de Delitos y Penas según la leyes y Pragmáticas de España*, Madrid, 1791.
- ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho de obligaciones*, trad. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, T. II, 2.ª parte, Bosch, Barcelona, 1966.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto: *Presunciones legales y Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FARALDO CABANA, Patricia: «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», *EPC*, XXI, 1998.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar: *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *Código Civil, Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- FERRARA, Francisco: *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción de Rafael ATARD y Juan A. DE LA PUENTE, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.
- FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José: *La obligación negativa*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.
- FERRER SAMA, Antonio: «Estafa procesal», *ADPCP*, Fasc. I, T. XIX, 1966.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

- GALLEGO SOLER, José-Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa: *Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido*, en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf> [visto por última vez el 17 de Febrero de 2016].
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- GARCÍA CANTIZANO, Ma. del Carmen: *Falsedades documentales*, Tirant Monografías, Valencia, 1994.
- GARCÍA CANTIZANO, Ma. del Carmen: «De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo documental)», VV.AA. (Fco. MUÑOZ CONDE Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico. PG*, Perú, 2003
- GARCÍA DE MARINA, Manuel: *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Serlipost, Barcelona, 1990.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Instituta-Digesto*, Jaime Molina, Barcelona, 1889.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Código*, T. II, Barcelona, 1895.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda Parte, Código*, T. II, Barcelona, 1895.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, Digesto*, Barcelona, 1897.
- GARCÍA, José Manuel: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, T. I, Civitas, Madrid, 1988.
- GARCÍA GIL, Francisco Javier: *Código Penal y su Jurisprudencia, Legislación Complementaria*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GARCÍA GIL, F. Javier: *La prueba en los procesos penales. Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 1996.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del <Ius Puniendi>», en *Estudios Penales y Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Enrique CASAS BARQUERO*, 1996.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel: «Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad», VV.AA. (Javier BOIX REIG, Director), *Estafas y Falsedades*, Iustel, Madrid, 2005.
- GATTEGNO, Patrice: *Droit penal spécial*, Dalloz, 2ª. ed., París, 1997.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. del Carmen: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. del Carmen: en PUIG I FERRIOL/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil, II*, 3ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «¿Qué es la imputación objetiva?», *EPC*, X, 1987.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADPCP*, Fasc. II, T. XXXVIII, 1985.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, 1994.
- GÓMEZ LANZ, Javier: *La interpretación de la expresión "en perjuicio de" en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2006.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: «Las insolvencias punibles en el Código Penal actual», *CPC*, N° 64, 1998.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M.: «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Compendio de Derecho Penal Español. PE*, I, (Manuel Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Compendio de Derecho Penal Español. PE*, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.) y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992», en VV.AA., *Hacia*

- un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus TIEDEMANN*, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Manual de Derecho Penal (PE), II. Delitos contra la propiedad*, (Cobo del Rosal, Manuel, Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Derecho Penal Español. PE*, (Cobo del Rosal, Manuel, Dir.), Dykinson, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel: *La prescripción en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, T. VII, Esteban-Hermanos Impresores, Salamanca, 1897.
- GROSSI, Paolo: *El Orden Jurídico Medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina: *Simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*, Colex, Madrid, 1999.
- HERRERO HERRERO, César: *Infracciones Penales Patrimoniales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio: *El Código Penal, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, T. II, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1908.
- HUERTA TOCILDO, Susana: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.
- HUERTA TOCILDO, Susana: «Los delitos patrimoniales en el proyecto de C. P. de 1980», *CPC*, N° 15, 1981.
- IBARRA RODRÍGUEZ, Alejandro: «Delimitación conceptual de los términos «evasión tributaria, elusión tributaria, fraude a la ley tributaria y economía de opción»», *DPC*, N° 14, 2006.
- JAKOBS, Günther: *La falsedad documental*, Trad. por J. López Barja de Quiroga y L. C. Rey Sanfiz, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011,
- JAKOBS, Günther: *Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2.^a ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- JAKOBS, Günther: «La privación de un derecho como delito patrimonial», trad. N. PASTOR MUÑOZ, *InDret*, 4-2008.
- JAREÑO LEAL, Ángeles: «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: Análisis de la Jurisprudencia», VV.AA., *Estafas y falsedades*, (Javier BOIX REIG, Director), Iustel, Madrid, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal. PG*, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, 5a. ed., Comares, Granada, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal, PG* (trad. José Luis Manzanares Samaniego), 4.ª ed., Comares, Granada, 1993.
- JOSHI JUBERT, Ujala: «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *ADPCP*, 1992.
- JOSSERAND, Louis: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, trad. E. SÁNCHEZ LARIOS y J. M. CAJICA JR., Puebla, México, 1946.
- KINDHÄUSER, Urs: «Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa», trad. N. PASTOR MUÑOZ, *AP*, N° 17, 2002.
- KINDHÄUSER, Urs: «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», VV.AA. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Manual de Derecho Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Derecho de obligaciones, «Teoría General del Contrato»*, v. II, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1987.
- LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- LAMPE, Ernst-Joachim: «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§261 StGB)», *EPC*, XX, 1997.
- LANDECHO VELASCO, Carlos/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Derecho Penal Español. PE*, 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- LARENZ, Karl: *Derecho Civil, PG* (trad. M. Izquierdo y M. Picavea), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001.
- LARGUIER, Jean/LARGUIER, Anne-Marie, *Droit penal spécial*, Mémentos Dalloz, 6ª. ed., París, 1989.

- LAURENZO COPELLO, Patricia: *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1992.
- LORCA MARTÍNEZ, José: *Las Estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, Arazandi S.A., Pamplona, 1997.
- LORCA MARTÍNEZ, José: *El fraude en la transmisión de bienes*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Manual de Derecho Penal, PE*, T. II, Akal, Madrid, 1990.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La falsedad ideológica», *AP*, N° 22, 1998.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La malversación como delito de administración desleal», *La administración desleal*, CGPJ, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal» en VV.AA. *Derecho penal económico*, CJPG, Manuales de Formación Continuada 14, Madrid, 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La falsedad ideológica», VV.AA. *Curso de Derecho Penal Económico* (Bacigalupo Zapater Dir.), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan: *Los deberes de información tributaria*, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1992.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal* (S. MIR PUIG y D.M. LUZÓN PEÑA, Coords.), Aranzadi, Pamplona, 1995.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Universitas, Madrid, 1999.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/ROSO CAÑADILLAS, Raquel: «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *InDret*, Barcelona, 2010.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/ROSO CAÑADILLAS, Raquel: «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *RdD*, núm. 16, 2013.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José: *Comentarios al Código Penal. PE*, (Córdoba Roda/García Arán, Dirs.), T. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, v. 2º, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1967.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel/MORENO VERDEJO, Jaime: *El delito de falsedad documental en el Código Penal de 1995. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Consultas de la Fiscalía General del Estado*, Colex, Madrid, 1999.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996
- MARTÍN GARCÍA, Pedro: «Falsedad y estafa», VV.AA., *Falsedad y defraudaciones* (F. Muñoz Conde, Coord.), *CGPJ*, Madrid, 1995.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico. PE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *El delito societario de administración desleal*, 2001.
- MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «Las falsedades en documentos oficiales», VV.A.A., *Las Falsedades Documentales*, Ed. Comares, Granada, 1994.
- MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», VV.AA., *Falsedad y defraudaciones* (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *CGPJ*, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. PE*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», 2015, *EPC*, vol. XXXV (2015), p. 457-566.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001.

- MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *El concurso aparente de leyes*, EJS, Santiago de Chile, 2008.
- MAURACH, Reinhart: *Derecho penal, Parte general*, (actualizada por H. Zipf y trad. J. Bofill Genzsch), 7.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MAZEAUD, Henri: *Lecciones de Derecho civil*, (trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo), Ejea, Buenos Aires, 1959-1965.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, v. I, Dilex, Madrid, 2004
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MÉNDEZ, Rosa M. / VILALTA, A. Esther: *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 2001.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*, Secretaría General Técnica de Publicaciones, 1992.
- MIR PUIG, Santiago: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Reppertor, Barcelona, 1998.
- MIR PUIG, Santiago: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed. (2.^a reimpresión), Reppertor, Barcelona, 1999.
- MIR PUIG, Santiago: «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *EPC*, XIV, 1991.
- MIR PUIG, Santiago: *Función de la Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, Santiago: «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada N° 4, 1999, Consejo General del Poder Judicial.
- MIR PUIG, Santiago: «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», *ADPCP*, Fasc. I, T. XXXVI, 1983.
- MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las Bases del Derecho penal*, Editorial B de F, 2.^a edición, 2002.
- MOMMSEN, Teodoro: *Compendio del Derecho Público Romano*, 1.^a ed. argentina, Impulso, Buenos Aires, 1942.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.
- MORENO GIL, Óscar: *Código Civil y Jurisprudencia Concordada*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Rosa: «Las falsedades documentales en el Código Penal de 1995. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa) y 26 de febrero de 1998 (caso Argentin Trust)», *AP*, N° 46, 1999.
- MORENO VERDEJO, Jaime: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, (DEL MORAL GARCÍA y SERRANO BUTRAGEÑO, Dirs.), Comares, Granada, 2002.
- MORENO VERDEJO, Jaime y MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «El delito de apropiación indebida en el Código Penal de 1995», *Cuadernos de Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. PE*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría General del delito*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. PE*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. PE*, 18.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma penal de 1983*, Destino Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1983.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *El delito de alzamiento de bienes*, 2.^a ed. revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Bosch, Barcelona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines», *CPC*, N° 2, 1977.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios», VV.AA. (ÉL MISMO, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», *EPC*, X, 1987.

- NAVARRO, Guillermo Rafael: *Casos especiales de estafas y otras defraudaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- NAVARRO HERNÁN, Hernán: *El documento auténtico y la casación civil y penal*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- NÚÑEZ, Ricardo C.: *Derecho Penal Argentino*, T. V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.
- NÚÑEZ, Ricardo C.: *Manual de derecho penal. PE*, Marcos Lerner, Córdoba, 1976.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil, Parte General*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.
- OLIVA GARCÍA, Horacio: *La estafa procesal*, 2º edición, Darro, Madrid, 1974.
- ORTEGA LLORENTE, José Manuel: «Las falsedades ideológicas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA., *Estafas y Falsedades* (Javier BOIX REIG, Dir.), Iustel, Madrid, 2005.
- ORTS BERENGUER, Enrique: «La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el proyecto de código penal de 1994», VV.AA., *Falsedad y defraudaciones* (Fco. Muñoz Conde Coord.), CGPJ, Madrid, 1995.
- ORTS BERENGUER, Javier: *Derecho Penal. PE*, (Vives Antón, Coord.), 3ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PABÓN GÓMEZ, Germán: *Lógica del indicio en materia criminal*, 2ª ed, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, T. III, 5.^a ed., Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código penal concordado y comentado*, Tomo IV, Madrid, 1856.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, Edisofer S.L., Madrid, 2000.
- PAILLAS, Enrique: *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

- PAREDES CASTEÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PARICIO, Javier: «Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia», *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M.ª REIMUNDO YANES* (A. Murillo Villar, Coord.), T. II, Universidad de Burgos, Burgos, 2000.
- PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: «Responsabilidad civil de administradores de sociedades» en VV.AA., *Tratado de Responsabilidad Civil* (Reglero Campos, Dir.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPC*, N° 5, 2000.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», VV.AA., *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, (J-M SILVA SÁNCHEZ, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2003.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: Derecho penal o autoregulación empresarial», *InDret*, 2006.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *Lecciones de Derecho Penal. PE*, VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), Barcelona, 2007.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria / COCA VILA, Ivó: «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma al Código Penal», *Iuris*, 2013.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria / COCA VILA, Ivó: *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis: *Derecho de daños*, T. I, 2ª. ed., Bosch, Barcelona, 1995.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004

- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, N° 59, 1996.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Compendio de Derecho Penal, PE*, (M. Bajo Fernández, Dir.), v. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Manual de Derecho Penal, PE, Delitos patrimoniales y económicos* (Bajo Fernández, M., Pérez Manzano, Mercedes. y Suárez González, Carlos), 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus TIEDEMANN*, Madrid, 1995.
- PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis: *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica*, http://www.upf.es/dret/filos/curricu/jperez_archivos/aplicabilidad.pdf [visto por última vez el 7 de Febrero de 2006]
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica legislativa*. Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2004.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *Rol social y sistema de imputación. Consideraciones acerca de la incorporación de estructuras sociales en la operación del sistema jurídico-penal*, Bosch, Barcelona, 2004.
- PLANIOL, M. / RIPERT, G.: *Derecho Civil*, Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Universidad de Sevilla, 1972.
- PONT CLEMENTE, Joan Francesc: *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2006, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG I FERRIOL, L. / GETE-ALONSO Y CALERA, Mª / GIL RODRÍGUEZ, J. / HUALDE SÁNCHEZ, J.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato*, T. II, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

- PUIG PEÑA, Federico: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.^a ed. (actualizada con la colaboración de G. Ortiz Ricol), Mateu Cromo Artes Gráficas, 1988.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, v. I, Bosch, Barcelona, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. II, 2.^a ed., actualización C. GARCÍA VALDÉS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la PE del Derecho Penal*, T. III, 2.^a ed., actualización C. GARCÍA VALDÉS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, VV.AA. (ÉL MISMO, Dir.), 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín: VV.AA., *Comentarios a la PE del Derecho Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MUÑOZ CONDE, Francisco: *La reforma penal del 1983*, Destino Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1983.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español», VV.AA. (Fco. Muñoz Conde, Coord.), *Falsedad y defraudaciones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, J. M. / TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», VV.AA. (J. M. Silva Sánchez, Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

- RIVERO HERNÁNDEZ: «Naturaleza y situación del contrato del ‹falsus procurator›», *ADC*, Tomo 29, 1976.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. PE*, 13.^a ed., Dykinson, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal Español. PE*, 17.^a ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal», *ADPCP*, Fasc. II, T. XLIX, 1996.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial. Comentario a la STS 17 marzo 1995, A 2.029. Pte: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro)», *PJ*, N° 39, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M./JORGE BARREIRO, A./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Comentarios al Código Penal*, (Gonzalo Rodríguez Mourullo, Dir.), Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel: *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, T. III, 2.^a Ed., Aguilar, Madrid, 1960.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Miguel C.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales», *EPC*, XI, 1988.
- ROGRON, J. A.: *Code penal expliqué, 1854*, Plon Frères, París, 1854.

- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio: «El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán», *RP*, N° 23, Enero 2009.
- ROSEMBUJ, Tulio: *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ROSEMBUJ, Tulio: *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte General*, T. I, 2ª. ed., trad. D.M. LUZÓN PEÑA y otros, Civitas, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus: «La problemática de la imputación objetiva», *CPC*, N° 39, 1989.
- ROZAS VALDÉS, José Andrés: *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Penal Español», *DPC*, N° 7, 2004.
- RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho civil*, (trad. por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijero), Librería de Ángel Pola, 1939.
- RUIZ VADILLO, Enrique: «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto, estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983», *EPC*, VII, 1984.
- RUIZ ZAPATERO, Guillermo: *Simulación Negocial y Delito Fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- RUSSELL, Bertrand: *Fundamentos de Filosofía*, Cultura, Santiago de Chile, 1936.
- SANCINETTI, Marcelo A.: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito de Jakobs*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: «La criminalización en el ámbito previo, como tendencia político-criminal contemporánea», *DPC*, N° 20, 2007.
- SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, Pablo: *El delito contable tributario*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

- SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, Pablo: *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías: *Derecho Penal Español. PE*, T. II, 5.^a ed., Reus, Madrid, 1950.
- SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código Civil*, II, Art. 1088 a disp. trans., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- SELCUK, Sami: «El objeto del delito de estafa», *CPC*, N° 28, 1986.
- SERICK, Rolf: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica* (trad J. Puig Brutau), Ariel, Barcelona, 1958.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. PE*, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2000.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa», *CPC*, N° 50, 1993.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: *Comentarios del Código Civil. Arts. 1.088 al 1314*, T. 6, Bosch, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», *RDPC*, 2.^a Época, N° 9, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Ingeniería financiera y Derecho penal», VV.AA., *Fenómenos delictivos complejos*, CGPJ, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «**Las inveracidades** de los particulares ante el Derecho penal», *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica* (Salvador Coderch, Pablo y Silva Sánchez, Jesús María), Civitas, Madrid, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El «actuar en lugar de otro» en el nuevo Código penal español», *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La estafa de seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)», *CPC*, N° 32, 1987.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal», en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- SOLA RECHE, Esteban: *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, Comares, Granada, 1996.
- SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946.
- SOTO NIETO, Francisco: «Las falsedades en documento privado. El uso del documento falso como medio para cometer una estafa», VV.AA., *Las Falsedades Documentales*, Comares, Granada, 1994.
- SPROVIERO, Juan H: *Delitos de estafas y otras defraudaciones*, T. 1, 2ª ed., Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: «Delitos contra el patrimonio» en *Comentarios al Código Penal* (G. Rodríguez Mourullo, Dir.), Civitas, Madrid, 1997.
- SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut: *Simulación*, Doctrina y Ley, 1ª ed., Bogotá, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, Joseph M.: *La víctima en el Derecho Penal, De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TESORO DE LA LENGUA CASTELLANA O ESPAÑOLA, Horta, Barcelona, 1943.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *EPC*, V, 1982.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Acción y resultado típico en la estafa procesal», *Estudios Penales en Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Significación dogmática de la «compensación de culpas» en el derecho penal», *Estudios Penales en memoria del Prof. A. Fernandez-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», *EPC*, X, 1987.
- TORRALBA, Vicente: *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, V. II, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1989.
- URÍA, Rodrigo: *Derecho mercantil*, 20ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993
- VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: «Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa», *ADPCP*, FASC. III, T. XXXIX, 1986.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *Comentarios al Nuevo Código Penal* en VV.AA. (G. Quintero Olivares, Dir.), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *Comentarios a la PE del Derecho Penal*, VV.AA. (Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F., Dirs.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa, delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 1ª reimpresión, Bosch, Barcelona, 1989.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. (Coord.), BLASCO GASCÓ, F. / CAPILLA RONCERO, F. / LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M./MONTÉS PENADÉS, V. L. / ORDUÑA MORENO, J. / ROCA I TRIAS, E.: *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- VAN WETTER, P.: *Derecho romano* (trad. de L. de Michelena), T. I y T II, 1ª. ed., J. Góngora y Álvarez Impresor, Madrid, 1889.
- VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo: *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Nuevo Código Penal Comentado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- VERON, Michel, *Droit penal spécial*, 7ª. ed., Armand Colin, París, 1999.
- VIADA Y VILASECA, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, 3.ª ed., Librería de Fernando, Madrid, 1885.

- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: «Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales», *EPC*, XXI, 1998.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *La Falsedad Documental: Análisis Jurídico-Penal*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- VILLEY, Michell: *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Universidad de Pamplona, 1979.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.) / BOIX REIG, Javier / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos / ORTS BERENGUER, Enrique y otros: *Comentarios al CP de 1995, V. II (Arts. 234 a disp. finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador / BOIX REIG, Javier / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Derecho Penal. PE*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VOGEL, Joachim: «Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo», VV.AA., *Estudios de Derecho penal económico* (L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, Dirs.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.
- ZANNONI, Eduardo A.: *La ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N. C. P.)», *CPC*, N° 59, 1996.
- ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles: *Comentarios al CC* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), Marcial Pons, Navarra, 2001.