

SUBSANAR DONACIÓN A TERCERO ¿VENTA AL DONANTE? ¿DONACIÓN DE DINERO?

Por **Carlos Nicolás Gattari**

Sugiriome la monografía una briosa consulta, por Armando Verni despachada (*RdN* 857-187-99). Trata en ella dos casos: el primero –que dejo de lado– cambia la causa de donación gratuita e inoficiosa (1789, 1830) por otra con cargo o remuneratoria (1826 y 1822). Es decir, no sería ya tal sino donación onerosa con elusión de la acción reivindicatoria. El problema está en la manera de probar la existencia de la causa cambiada.

Al respecto, Cristina Noemí Armella advierte que “el cambio de causa constituye una novación. Ésta consiste en transformar una obligación en otra (801). Por ende, no podría aplicarse a la donación porque, celebrado el contrato, no hay obligaciones” (pág. 32, versión taquigráfica de la *Sesión abierta de la Academia Nacional del Notariado* del 12/7/99, en adelante citada como “sesión”).

El segundo caso –sobre el que me propongo razonar– obra en el resumen que precede al texto y dice:

“1) El art. 1837... tiene una finalidad distinta que no es la de sanear un título sujeto a la acción de reivindicación a que hace mención el art. 3955...

“2) La compensación en dinero al donante de un inmueble, realizada por el donatario no legitimario, no sana el título de propiedad sujeto a la acción de reivindicación mencionada.

“3) La transmisión del inmueble a título de venta efectuada por quien fuera donatario a su donante hace desaparecer la acción de reivindicación... La posterior enajenación ampara a los terceros en los términos del art. 1051...”

Sobre el 1837 (1) estamos de acuerdo. Para el resto, mi plan se integra así:

- a) Argumentos de Armando Verni (1).
- b) Albricias por la nueva solución: venta al donante (2).
- c) Estudio de los argumentos negativos (3/6).
- d) La lesión y la simulación (7/8).
- e) Cómo operar con doctrinas contradictorias (9).
- f) Resumen de mi opinión (10).

1. Argumentos de Armando Verni

En lo posible, extracto con sus propias palabras y subrayo las normas:

...2. En su anterior redacción, el 3602 establecía el modo de calcular la legítima: *se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador..., se agregará el que tenían las donaciones al tiempo en que las hizo. En el actual, por el contrario, los valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión (3477), o sea, al día del fallecimiento (194, al pie).*

Suponiendo que el inmueble donado hubiera acrecido su valor por una transformación zonal, la supuesta indemnización compensatoria no sería tal a la fecha de apertura de la sucesión. El reintegro al donante podría ser inferior al valor final, producto de la valorización mencionada, que lesionaría a los herederos. Todos estos interrogantes inconmensurables determinan la persistencia de la observabilidad del título (195).

Mi autor cita a Borda, pág. 136, quien considera “conveniente la regla según la cual la restitución debe ser en especie, pues sólo así se puede asegurar a los herederos forzosos... Autorizar al donatario (o tercero) a pagar en dinero lo que falta para completar la legítima es desvirtuar el sistema legal que quiere que la división del acervo hereditario se haga en especie. Es una solución que ha merecido una consagración prácticamente universal”.

A la fecha del contrato no puede determinarse cuál ha de ser esa integridad, lo que mantiene la observabilidad del título. Borda, pág. 138, analiza supuestos en los cuales “los jueces tendrían que admitir el pago en dinero... pero no al valor que la cosa tenía en la donación, sino en el momento del fallecimiento, puesto que el heredero tenía derecho a una parte actual y no a un valor pasado”.

4. En la subsanación con dinero, concluida la compraventa, el donatario dona a su donante el dinero producto de la venta del inmueble que fuera donado y se concluye un nuevo contrato: donación de dinero. Empero, no hay posibilidad de conectar los negocios jurídicos expresados, los cuales tienen virtualidad no integradora y actúan en campos patrimoniales y causales distintos (195/96).

5. *La nueva solución.* Creo que esta donación a terceros tiene una solución no mencionada. El donatario enajena el inmueble a quien fuera su donante, quien lo conserva hasta su muerte, momento de apertura de su sucesión y presentación de legitimarios, quienes no podrán ejercer acción alguna de reivindicación ya que el inmueble es *pars hereditatis*.

O bien, el titular dominial que fuera donante, con el inmueble reintegrado

a su patrimonio en virtud de un negocio jurídico de compraventa, decide, en el ejercicio pleno de sus derechos, proceder a su venta recibiendo el precio. El inmueble que estaba en su patrimonio volvió a salir en virtud de su voluntad negocial, entre vivos y a título oneroso (196).

2. Albricias por la nueva solución

Todo lo que signifique descubrir nuevos medios para solucionar el problema de las donaciones a terceros merece sincero aplauso. Muy buena la idea de Verni de apuntar directamente al donante, pues el inmueble reingresa en su patrimonio deferible por herencia, con lo cual quedan a salvo las legítimas de sus herederos respecto de ese bien raíz integrante del acervo.

La redacción de la escritura como acto de reingreso es de compraventa simple. El inmueble que salió del patrimonio del donante por causa de donación –en la hipótesis gratuita e inoficiosa– vuelve al mismo donante por causa de venta, es decir, onerosamente. En una de las variantes de Verni, si el bien no es enajenado a tercero, cuando fallezca su titular, el bien integra la herencia.

Es justo destacar que Francisco Cerávolo pensó en la misma solución al afirmar que “si al patrimonio del donante reingresara el bien inmueble por una adquisición a título oneroso, por herencia o legado, desaparecerá la posibilidad de acción reivindicatoria” (sesión, pág. 33).

La segunda hipótesis es que el comprador-ex donante lo trasmita a tercero por venta, con lo cual ingresará el precio del contrato a su patrimonio. De tal manera, el título no merecerá ninguna observación que pueda fundarse en el 3955. Supongamos que Higinio Marcaraque es titular del inmueble de la calle Pandión 666. ¿Cómo serían los pasos según el caso?

1) Higinio Marcaraque dona el inmueble a Aldonza Zarco, quien no es heredera forzosa del donante. El título incurre en la acción del 3955.

2) Luego Aldonza vende a su donante Higinio en \$100.000. De tal manera, el inmueble regresó al patrimonio de éste. No hay ya reivindicación.

3) Higinio Marcaraque lo vende en el mismo acto a Tulio Longo en \$100.000. Éste tiene un título perfecto que no merece observación (agregado mío).

La hipótesis es que las partes de la donación, Marcaraque y Zarco, vivan (1) para hacer la venta entre ellos (2). La cuestión es advertir que las diferencias y el resultado último entre ambos sistemas, el descubierto y el rechazado, varían sólo en los actos pero no en el patrimonio.

Base común: Higinio Marcaraque dona a Aldonza.

I. Hipótesis nueva:

a) Aldonza vende a Higinio

b) Higinio vende a Tulio

c) Higinio dona el valor a Aldonza.

II. Hipótesis negada:

a) Aldonza vende a Tulio

b) Aldonza da el valor a Higinio

c) Higinio lo dona a Aldonza

En uno y otro caso, al liquidarse el inmueble, ingresa en el patrimonio de Higinio la misma suma de \$100.000. Pero en el primero hay dos ventas y en el segundo, una. ¿Cuándo podría producirse la venta a Higinio? Lo más pro-

bable, un boleto de venta firmado por Aldonza. Y tal es la razón de que el precio sea el mismo y de que ambos actos sean simultáneos o con diferencias de pocos días.

Por último, en ambos casos, para evitar que se los tache de simulados, Higinio reitera su primitiva voluntad y dona el valor a Aldonza. Como se trata de contenido numerario escapa a la acción del 3955. ¿Pensar que lo más probable es que Higinio no tenga herederos! Además ¿el trasmitente regala un inmueble y luego lo paga a su mismo donatario? ¿Cuántas cosas hay que hacer para salvar un título porque es misión fundante del notario!

Pensemos ahora en los argumentos de Verni contrarios a la donación de dinero. Ellos son: a) supuesto mayor valor del inmueble, el heredero tiene derecho a valor actual; b) para Borda conviene la restitución en especie por ser solución consagrada universalmente; c) no es posible conectar la venta y la donación de dinero por ser negocios inconexos y no integrados.

3. Supuesto mayor valor del inmueble, es decir, actualizado

Se impugna la donación de dinero porque a) los valores deben computarse al día del fallecimiento del donante. Coinciden Jaime Giralt Font, Horacio Pelosi y Armella, se podría agregar Cerávolo cuando afirma que son soluciones de cierta relatividad porque pueden aparecer nuevos herederos (sesión, págs. 28, 37, 41 y 33).

b) “Suponiendo que el inmueble donado hubiera acrecido su valor con motivo de una transformación zonal, el reintegro podría ser manifiestamente inferior”. Primero habría que probarlo y que el bien, a la inversa, no disminuya. Quizá pudiera entrar en el 1/5. Si prospera el Proyecto de Código Civil, aunque mantiene la reivindicación, pero minorada, el testador puede disponer de 1/3, aumentando con ello la posibilidad de perfeccionar el título de donación.

En segundo término, hay algunos hechos para meditar.

1) ¿Y si la transformación zonal es para peor? ¿Qué pasa en Palermo Chico o cerca de conventillos, fábricas nuevas, centros de diversión, etc.?

2) Según la consulta, lo que debe entregar el titular actual para no disminuir la legítima es el mismo inmueble. ¿Si ahora hay seis departamentos? ¿Qué hacen los legitimarios: aceptan dinero o pagan la diferencia?

3) 1830/32: hay donación inoficiosa si el cargo o la remuneración exceden el 1/5. El legitimario tiene derecho al bien transmitido, previo pago del valor real del cargo o remuneración. Si le conviene, ¿acepta dinero por el exceso?

4) En una división con acervo de 3 inmuebles entre 2 herederos y 1 cesionario del otro hermano ¿quién impugna una adjudicación mayor a éste, si pactan la diferencia en dinero?

5) Venta y precio: la parte o el intermediario dan al notario un papel que detalla la venta; el precio, inferior al real. Los herederos pueden impugnar el título porque el precio vil les afectó. ¿Caso excepcional, no?

Aduzco estos sucesos reales en los cuales se maneja no el inmueble sino el

dinero, aun por convenio de partes, para que se note la diferencia con la impugnación, hasta ahora pura doctrina, porque la solución –que estimo correcta– no creo ni sé que se practique aún y creo que no elimina la donación de dinero.

Si se supone que la transformación zonal da mayor valor, quizá podría pensarse que lo mismo ocurre con el dinero, v. gr.: hipotecas, acciones. Incluso, hasta se utilizó en la compra de otro bien raíz o en un próspero negocio; el titular pudo haberlo entregado ya a sus herederos forzosos: son suposiciones.

Como veremos en el 5, la donación en dinero se puede conectar con la legítima. Alguien podrá pensar que con la donación del valor entregado por el donatario al donante estamos ligando con la herencia futura, lo cual está prohibido. Pero es que la donación del inmueble, cuando se celebra y por ese solo hecho, ya está ligada con la legítima, siendo exteriorizado por el hecho de la muerte, suceso que se tiene en cuenta para el complemento.

4. Borda y otros. Opiniones encontradas

Borda sostiene: “Se ha dicho que la restitución debe ser en especie. La acción de reducción resuelve el dominio transmitido por el causante, en la medida necesaria para respetar la integridad de la legítima. El principio de restitución en especie es incontestable en lo que atañe a las donaciones a extraños. No obstante lo dispuesto por el art. 3477, pensamos que también el heredero debe hacer la restitución en especie. No hay ninguna razón de lógica o equidad que explique por qué los extraños deben restituir en especie y los herederos en valores” (pár. 619 y 622, *Manual de sucesiones*, 1997, 13ª edic.).

Zannoni opina: “En principio la reducción opera en especie. Sin embargo, se trata de saber si, resultando inoficiosa la donación y demandado el donatario por reducción, el bien debe ser necesariamente reintegrado en especie, como lo sostiene Borda o, en cambio, si el donatario está facultado para conservarlo pagando su valor al legitimario hasta quedar cubierta la legítima. Ésta última es la solución de Lafaille y Fornieles”. Así también opina Jorge O. Maffia (pár. 889).

“Razones: a) el cómputo de la porción legítima se refiere a valores contables (actualizables) en la masa de cálculo; b) pagando el donatario el valor del bien está transformando el acto gratuito del donante en oneroso; c) el interés de los herederos forzosos en la restitución o reintegro del bien en especie, desaparece si se satisface el valor” .

“El criterio que sostiene la doctrina mayoritaria, que compartimos, no hace sino aplicar el principio de la conversión del negocio jurídico ineficaz en razón de su resolución. Se trata, no más ni menos, de la conversión legal que permite atribuir eficacia al resultado negocial –trasmisión del dominio de la cosa donada– adecuando o compatibilizando ese resultado a un negocio distinto que tiene por fin práctico idéntico resultado” (pár. 975, *Derecho de las sucesiones*, 1997, 4ª ed.).

Rubén Augusto Lamber, en la sesión, pág. 35, y en su calidad de asesor colegial para los notarios bonaerenses, fue citado por Verni con relación a la in-

demnización compensatoria equivalente al valor de la cosa donada, por la acción de complemento en el *Cuaderno de apuntes notariales* 5, p. 23, solución que reitera en el 10, p. 22, incluyendo un modelo de escritura.

El plenario de 1912 Escary con Pietranera es un empate. El dictamen de Zapiola afirma la acción de reivindicación; luego dice: “Creo que el demandado puede evitar los efectos de la acción desinteresando al reivindicante, esto es, pasándole la cantidad necesaria para completar su legítima. Siendo ése el único objeto de la acción no se explicaría su prosecución, a pesar de ofrecer el pago del perjuicio ocasionado por la donación”. Lamber coincide con él.

Miguel Norberto Falbo ofrece una fórmula original de subsanación: en una compra que hace Alejandro a Beatriz, donataria de su tía Amalia. Ésta declara: a) recibir de su sobrina en este acto el importe total del precio; b) su patrimonio no se ha reducido en absoluto. Su sobrina Beatriz actuó como mandataria y la donación tuvo la categoría de negocio jurídico indirecto de apoderamiento. Ratifica el contrato de compraventa formalizado (Seminario XXVII, 1993, B, 2).

Cargat en alguna oportunidad recomienda esta solución si se da el caso. También la recomiendan asesores de los colegios notariales porteño y bonaerense (no todos). Más adelante reproduzco artículos del Proyecto de reforma que solucionan la cuestión si el donatario o el titular actual ofrecen el pago del valor hasta cubrir la legítima. Si bien es de *lege ferenda*, indica claramente cuál es la posición actual en el tema.

5. La legítima y la donación de dinero se conectan y son integrables

En la misma *RdN* 857-107-99 se publican sesiones de trabajo organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de esta ciudad. Interesa la titulada *Contratos conexos*, que desarrollan José María Gastaldi y Luis F. Leiva Fernández, cuyo pensamiento reproduzco:

A) José María Gastaldi expresa: “En ese ámbito (de los contratos conexos) rige la llamada autonomía de la voluntad, principio consagrado en el artículo 1197 del Código Civil”. Su basamento constitucional luce en el Preámbulo al asegurar la libertad; en el art. 14, que consagra los derechos individuales; en el 17, que establece el derecho de propiedad y, sobre todo, en el 19, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido.

“¿Qué es la conexidad contractual y cuáles son sus alcances? ...En un concepto muy general..., se presenta cuando dos situaciones contractuales que podrían subsistir por separado, se encuentran ligadas entre sí por algún motivo que deriva bien de una práctica negocial, o bien de negocios que se concretan en contratos... que se han venido encadenando por alguna razón, hasta formar entre ellos un verdadero nexo o ligazón que puede llevar a consecuencias importantes, incluso a la modificación de sus efectos individuales” (111).

“...Este fenómeno ha de ser analizado a la luz de dos elementos esenciales del contrato. Uno de ellos es el consentimiento... El segundo... es la causa o finalidad del contrato y si es obligatoria o no la existencia de una causa o fina-

lidad común... En la causa concreta se puede investigar si hay alguna ilicitud en la conexidad..." (114).

B) Luis F. Leiva Fernández, por su parte, manifiesta: "Con respecto al nexo voluntario, es decir, aquella conexidad dispuesta por las partes, hay dos especies muy marcadas", que clasifica en: a) la cadena de contratos en sucesión (ventas sucesivas de una misma cosa); b) las uniones de contratos contemporáneos que pueden vincularse en forma interdependiente o accesorio (118).

Además de otros efectos, el tema de la lesión constituye un tema muy rico. Debe buscarse el equilibrio. "La existencia de lesión debe analizarse viendo económicamente ambas prestaciones. También podría ser que ambos contratos estén desequilibrados, pero que los desequilibrios se compensen, en cuyo caso tampoco habrá lesión" (120).

Como pauta de interpretación, la doctrina de los propios actos, permite verificar "si el contrato celebrado entre A y B puede producir efectos entre B y C, tomando la postura del señor B, que es el único que participó en ambos".

B donatario vende a A que es tercero

B donatario entrega dinero a C (120).

6. Aplicando las nociones ofrecidas por ambos profesores:

El tercero compra al donatario y paga el precio (A compra a B). El donatario entrega su valor al donante (B lo da a C). Causa final directa conocida por las partes: eliminar la posible acción de los legitimarios por medio de la donación de dinero (causa contractual) y reiterar la donación. Los legitimarios son personas distintas del causante, pero en cuanto herederos continúan la del difunto.

Si, con el fin de suprimir la reivindicación latente, ingresa en vida al patrimonio del causante que defiere la herencia valor actualizado equivalente al del inmueble que salió, cabe interpretar que la legítima queda cubierta. Luego la acción no puede nacer y es inexistente. El título es perfecto.

En resumen: A) una doctrina exige el reintegro del bien raíz fincado por herencia. B) Otra más numerosa permite el ingreso de valor crematístico; a) para ésta el valor ingresado ahora podría coincidir con el transmitido cuando muere el donante; b) si, entonces, es igual o supera no hay problema; siendo inferior se cubre el valor faltante; c) pero el título es perfecto (salvo en la doctrina A).

En definitiva, la hipótesis de la doctrina B es la donación de dinero como valor para cubrir la legítima. Ahora bien, ese derecho se liga, por voluntad autónoma y expresa de las partes, con el patrimonio herencial del causante cuando está vivo o finado. Si de ese patrimonio sale o salió tanto, se cubre con un ingreso similar en el momento oportuno.

El Proyecto de Código se refiere al tema en los artículos 2394/95, 2402/03-05, 2502-05. Me interesan el 2395 y el 2403.

2395. La porción legítima es dos tercios del valor líquido de la herencia al

tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados apreciado en valores constantes.

2403, sobre la reducción, a la que subdivide así:

a) si la reducción es total, la donación queda resuelta.

b) si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima y el bien donado: 1) es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario, 2) si indivisible, la donación se resuelve y el donatario es acreedor del legitimario por el valor excedente de la legítima.

En todo caso el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.

Mi conclusión:

a) si la porción legítima de los descendientes es de 2/3 (2395), el causante puede disponer de 1/3 aun a favor de terceros;

b) **esa legítima siempre es parcial** (2/3, b). Por ende, siempre cabe que, en todo caso, *el donatario pueda impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.*

En este mismo momento creería que con el nuevo sistema, dado en los artículos que seleccioné, para las donaciones a terceros tendríamos una hipótesis similar a la actual entre herederos pues, a pesar de la acción real acordada (2402/05), el donatario o sus sucesores podrían frenarla ofertando dinero (2403). Ergo, todos los títulos de donaciones son perfectos si el donatario o el titular actual se cotizan con los legitimarios.

Pero me desvié, aunque creo que la digresión vale la pena.

Para el régimen en vigencia, ilustran las siguientes normas civiles:

1831/32: reducir la donación es facultad del heredero, no obligación (3601);

3593: la legítima filial es de 4/5 de los bienes quedados y de las donaciones;

3600: el heredero preterido sólo puede pedir su complemento;

3602: el valor de los bienes quedados por muerte fija la legítima, pero no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse aquélla.

Cabe afirmar que, queriéndolo las partes, Higinio y Aldonza, la donación de dinero se puede realizar después de la primera venta y aun luego de varias enajenaciones. No se requiere coetaneidad cuando la conexión de los contratos (donación de inmueble-venta-donación de dinero) nace por voluntad autónoma de las partes, mientras una de ellas sea el donante (o sus herederos).

7. Rubén Augusto Lamber y la lesión. Contrato típico o atípico

Verni cita a Rubén Augusto Lamber y reproduce parte de un dictamen publicado en el *Cuaderno de Apuntes Notariales* (195, 4) que dice: “No es de la esencia de la acción de reducción recuperar la cosa, sino evitar perjuicio al legitimario. Por ello, la legítima se salva con la acción de complemento (3600) y la reducción opera en el valor que mengua la legítima.

“Eso es lo que ocurre con la indemnización compensatoria que tiene por único objeto salvar el título, reintegrando al donante el valor del desplaza-

miento patrimonial que podría haber lesionado a sus herederos. Si se compensa el valor mediante una indemnización se elimina la lesión”. El consultor rechaza estas consideraciones con la doctrina de Borda, para quien conviene la especie.

Retomando el final de Lamber, me permito remitir al art. 327 del Proyecto, más claro y comprensivo que el vigente 954 sobre la lesión. Si bien no hay contrato entre donatario y herederos del donante, la indemnización que éstos puedan pretender por la legítima minorada debe fundarse en el equilibrio de valores y la compensación de que habla Leiva Fernández.

Ambas normas suponen lesión si hay ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Y las dos también dejan en manos del demandado el detener la acción de invalidez ofreciendo un reajuste equitativo.

¿Quién es el demandado? En nuestra hipótesis el donatario, aun en abstracto.

El Proyecto también puede servir para captar mejor la cuestión en referencia a la autonomía de la voluntad, aun admitiendo que fuera atípico el contrato de donación de dinero. El art. 913 dice que los contratos atípicos están regidos por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad.

El 914 habla de los que tienen tipicidad social, realizados habitualmente en el lugar de celebración, subsidiada la voluntad de las partes por los usos locales. Y el 903 indica que, en el orden de prelación legal, se aplican:

- a) las normas indisponibles de este Código;
- b) la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la ley Borda y quienes lo siguen interpretan el 3955 como reducción en especie. Autores más numerosos, incluso por vía del tembladeral en que diversas normas tratan la reivindicación, estiman posible la donación en dinero. De modo que, en habiendo diversas interpretaciones sobre las normas indisponibles, se pueden aceptar ambas versiones opinables.

Por la autonomía de la voluntad, por sí y por la opinabilidad precedente, a la que se agrega la tipicidad social del contrato que se celebra con la donación de dinero al donante para eliminar la acción, es posible: a) aceptar que la venta al donante es una solución eficaz y b) también por la práctica negocial actual de la donación de dinero.

8. Simulación

Los autores hablan de simulación en formas de subsanar la donación, incluida la tratada. Piensan que si Aldonza vende a Tulio, dona el dinero a Higinio dentro de la escritura (pero pienso que Higinio lo devuelve). Por esa causa, al ejemplificar la segunda hipótesis de Verni intenté liquidar la simulación haciendo que Higinio reciba y devuelva en la escritura. La circunstancia fundante es la carencia de herederos forzosos. Su entorno lo conoce con plena seguridad moral.

Si hubiera legítimo estaríamos en la hipótesis tratada. La legítima se integra con: a) la donación de dinero que al donante hace el donatario cuando vende, ligada expresamente con dicha legítima y b) el mayor valor que deberá pagar el donatario o el titular actual del inmueble hasta cubrir lo que falta.

Al respecto, conviene tener presente lo que dijo Arianna, quien ejerce como abogado: en Tribunales no hay muchos casos de reducción y menos de colación con reducción (sesión, p. 42). En más de veinte años de realizar estudios de títulos, cuando la mala fe exigía treinta, incluso llegando hasta la década del 80/90 del siglo pasado, nunca vi un expediente por reducción ni colación.

El Proyecto dice que existe simulación cuando las partes otorgantes del acto aparente acuerdan declarar una voluntad distinta de la real (328). El 955 pone ejemplos: cláusulas insinceras, fechas falsas, personas interpuestas.

Hay varias clases de simulación. Por el criterio de realidad: a) absoluta, cuando el acto nada tiene de real y b) relativa, si el acto muestra una apariencia que oculta su verdadero carácter (956). Si es la ley: a) lícita, cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (957); b) ilícita, si perjudica a un tercero, e inválida, si fuera ostensible en el acto. Pero cuando el acto simulado encubre otro real, éste es eficaz (329 Proy.).

Son elementos constitutivos de la simulación: a) el acuerdo de partes; b) el propósito de engañar, ya sea inocuo, en perjuicio de terceros o de la ley; c) la disconformidad consciente entre voluntad y declaración. La consumación del engaño no es un elemento integrante (C 1º CC Córdoba, 15/9/92, “Figuroa, Alberto y otro c. Olivero, Raúl y otro”, LL 1993-C-545). Interpreto que no lo es porque está fuera de la simulación.

Aldonza e Higinio ¿están simulando? Si bien existe acuerdo de partes no hay ningún propósito de engañar ni de perjudicar a los herederos por dos causas: a) salvar la legítima y b) eliminar una acción perjudicial para el donatario o sus sucesores, siendo así que es inexistente. En efecto, Higinio carece de herederos, por ello, ni él ni Aldonza están simulando.

La entrega y reentrega se hace para encajar dentro del parámetro legal: aun sin herederos y sin esperar al deceso de Higinio. Empero, como los bancos y los escribanos están nerviosos, se hacen todos los pases necesarios para que el bien raíz se convierta en dinero que escapa al art. 3955. ¡Qué bien si al donar Higinio hubiera declarado soltería, carencia de legitimarios con testigos, y otros!

No hay *causa simulandi* porque no hay motivo para aparentar un negocio jurídico inexistente o presentarlo en forma distinta de la real: una donación de inmueble cuya titular, al disponer, debe subsanar un título que es perfecto porque está fuera del 3955, pero que el ámbito negocial y profesional considera objetable “por si acaso”, es decir, por una sospecha abstracta, aunque reiterada.

Todas las donaciones a tercero lamentablemente están sospechadas. Copio una sentencia llena de sospechas (que enumero) referida a una compraventa que, de no haber habido impugnación judicial, hubiera vivido felizmente.

“Debe declararse la simulación de la compraventa celebrada aparentemen-

te entre el causante y su yerno, si se demostró la causa de la simulación consistente en el propósito de beneficiar por esa vía a una de las hijas del vendedor.

“Concurren además otras presunciones que acreditan el carácter ficticio de la operación como ser: 1) la reserva de usufructo de por vida, siendo el disponente de avanzada edad; 2) el parentesco entre los contratantes, máxime cuando se trata de liberalidades encubiertas; 3) el bajo precio de la venta, carente de justificación; 4) la carencia de medios del comprador para afrontar el pago; 5) así como el hecho de que el pago no se hiciera ante el escribano; 6) la falta de justificación de la operación impugnada y 7) la falta de datos acerca de la inversión del dinero supuestamente percibido” (CNCiv., Sala E, 29/4/81, “S. de K., E. y otra c. C., R. y otra”, LL 1981-C-493).

Hay otras sentencias, pero curiosamente versan sobre compraventas, esto es, contratos onerosos con precio vil, percibido antes del acto, posesión retenida, etcétera. He requerido en computadoras y buscado en repertorios sobre alguna donación simulada y no encontré casi nada. Necesitaría más tiempo.

Pero sí topé con ésta: “Si las partes coinciden en que no se abonó precio alguno por la cesión de derechos, por tal escritura se configuró una simulación relativa no reprobada por la ley en tanto no perjudicó a terceros ni tuvo un fin ilícito, según lo normado por los arts. 956 a 960. Simplemente bajo la apariencia de una cesión a título oneroso se encubrió una liberalidad, esto es, una transferencia gratuita (CCiv. y Com. Río Cuarto, 17/3/86, Palacios, Delfor L., LL. 770-C-86).

9. ¿Qué peso tiene una doctrina que objeta si hay otras que aceptan?

El nuevo medio presentado por Verni para subsanar la objeción me parece plausible. Es un verdadero acierto pues ofrece un instrumento de subsanación. En cambio, la negativa del que está en uso por más de una década (tipicidad social, 914 Proy.) no me parece saludable, no tanto por los argumentos puestos cuanto por la bulla que pueda producir entre ciertos escribanos temerosos en todo lo que se refiere a donación.

Además, en los argumentos sólo se citan dos autores: Borda, que sostiene la restitución en especie, y Lamber, que la acepta en dinero ya en vida del donante. Por mi parte, prefiero no casarme con un solo autor que me proporciona su autoridad, porque podría haber más en la tesis contraria.

Es de esperar que, en estos casos, no se produzca lo acontecido hace 25 años con la SCA. Desde 1940, y aún antes, los notarios constituyeron tales sociedades con el socio comanditario que representaba a otros pero mantenía ocultas sus identidades. Las SCA compraban y enajenaban inmuebles, firmaban cualquier contrato. Se presentaban en Tribunales, realizaban trámites ante reparticiones públicas o privadas, integraban, como socias, sociedades anónimas. En fin, esos contratos fueron aceptados en todos los ámbitos. ¿No fue un *error communis qui facit jus* (error común que constituye derecho)?

De repente, la DGI comenzó a molestarse por los personajes ocultos. En

vez de dirigir sus dardos investigativos a los socios aparentes que, de tal modo, hubieran pasado las riendas al silenciado para no clavarse, hubo sentencias y juicios que dictaminaron la nulidad del contrato. Luego fueron condenadas por el art. 370 de la ley 19550 que, menos mal, ofreció el remedio.

Pero ínterin, entre notarios, bastante miedosos se sobresaltaron. Título actual de SCA rechazado. Peor aún. Al estudiar títulos, observaron ventas de SCA a diez y aún veinte años de distancia. Como si dijéramos que ahora observamos las donaciones subsanadas con donación de dinero al donante desde hace veinte años.

Quien estudió el tema de las SCA fue Osvaldo S. Solari. Junto con otros, entre los que me hallaba, nos escandalizamos del alboroto producido porque era sin sentido. Argumento simple: si la ley y la jurisprudencia plenaria rigen para lo futuro, una o muchas sentencias ¿tienen efecto retroactivo? ¿Y la doctrina?

Resumo los criterios que sugerí para cuando hay contradicción entre doctrina y jurisprudencia, o entre doctrina notarial (consultas, convenciones) y extranotarial. Una, dejar de lado las opiniones retrógradas que abundan en formalidades porque sí y sin justificación razonada; segunda, estudiar a fondo, antes de aceptar, las demasiado atrevidas que todavía no están mentalizadas. Tercera, guiarse por la mayoría y seguir la tesis más asentada, p. ej., el consentimiento general válido contra esporádicas sentencias condenatorias. Hay temerosos que, por el Proyecto actual, tocan el parche de retirada, siendo así que fue aceptado por otras sentencias y la doctrina notarial, y registrado en casi todas las escrituras (*Práctica notarial* 3, 124).

En concreto, conviene recordar los autos “Casanova, José y otro c. Gobierno Nacional” (*RdN* 1481/70). Se inicia juicio de responsabilidad contra el juez por actos procesales. El camarista Jorge Pérez Delgado expresa: “No son escasos los pronunciamientos judiciales que se dictan ante circunstancias que admiten más de una interpretación... que no traducen sino una discrepancia en los criterios decisorios”.

10. Resumen de mi opinión

En primer lugar, salvo Borda y algún otro autor que sostienen la conveniencia de restituir el bien raíz, otros muchos estamos de acuerdo en que la donación de dinero es la solución del problema. Que esta afirmación sea válida para quienes pensamos directamente que lo es nada tiene de extraño. Pero la idea de que también quienes pretenden negarla, en último término, parecerían afirmarla se presenta como pretenciosa.

Y, sin embargo, no es así. Discurramos. Armella, Cerávolo, Giralt Font y Pelosi juzgan correctamente que el valor se aprecia al deceso del donante. También Verni dice, con textuales palabras: “Si el bien donado hubiera aumentado el valor por una transformación zonal la supuesta compensación no sería tal. El reintegro al donante podría ser inferior”.

No sé si interpreto bien, pero me parece que las posibilidades son dos: a) si la compensación es superior o igual, el título en apariencia sería perfecto; b) si

la compensación es inferior, se debe pagar el mayor valor para preservar la legítima de los herederos. Esto ¿no perfeccionaría el título?

De tal modo, unificamos el discurso en derredor del título perfecto. Ello significaría que se complementa lo que falta a la legítima. Es lo que dice Lamber cuando recurre al 3600 sobre la acción de complemento. Aún cabe seguir discutiendo. El 3600 acuerda la acción al legitimario. Pero el 2403 proyectado, combinado con la lesión del 954, último párrafo del CCiv., permite esta vez al donatario completar el valor de la porción legítima herencial con un reajuste equitativo. Así, la acción de complemento cabe a los dos términos de la relación.

La donación actual del dinero que hace el donatario-vendedor a su donante, ¿perjudicará al heredero cuando lo sea? No lo sabemos, pero las posibilidades son tres:

- a) si debe restituir el bien, el título es observable, pero esta conveniencia –ni siquiera exigencia– quedó descartada por ser minoritaria;
- b) si el donatario paga el dinero para cubrir la diferencia con el valor del bien al deceso del donante, el título es perfecto;
- c) si no existe perjuicio ninguno al heredero, el título es perfecto.

En definitiva, la tesis que rechaza la donación en dinero porque el inmueble puede ser de mayor valor al deceso del causante está aceptando que el título es bueno si se complementa con más dinero el acervo sucesorio para lograr el equilibrio. Esto teniendo en cuenta que si hubiera desequilibrio la norma considera lesión a la desproporción evidente.

Significaría que ingresan en la masa hereditaria los valores dados por el difunto, valores revertidos que comprenden: a) el dinero donado al causante en vida, b) más lo que faltara al posible valor acrecido en la apertura de la sucesión.

Si esta interpretación fuera correcta deberíamos considerar que estamos en el caso del art. 3477, que no merece observación en ámbito notarial ni judicial librado de toda acción real.