

NOTA A FALLO LA DONACIÓN DE INMUEBLES Y OTRO DE SUS PROBLEMAS*

Por **Julio César Capparelli**

La sola lectura de la palabra “donación” produce reacción al investigar los antecedentes de un título. Comienzan las preocupaciones, surgen las dudas, aparecen los fantasmas y como consecuencia de todo ello se frustra la contratación. Pareciera que los títulos que reconocen en sus antecedentes una donación –salvo contadas excepciones– estuvieran condenados a la exclusión del tráfico jurídico. El propietario del bien si desconocía esta circunstancia, pasa de ser un dueño feliz a ser el dueño de una cosa que padece algo así como un mal incurable.

La lectura del fallo nos hizo pensar que algo así debe de haber ocurrido en el caso que suscita el pedido de auxilio al tribunal para tratar de poner remedio a lo que parece irremediable.

Generalmente los problemas se presentan en los casos de donaciones efectuadas a terceras personas que hacen nacer la duda acerca de si la legítima de los herederos del donante no ha sido burlada. Una tía soltera le dona su departamento a una sobrina. Para el hombre común no debería encerrar ningún problema; pero para los que se manejan en el mundo de las leyes no es así. ¿La donante pudo haber tenido hijos?, ¿sus padres pueden estar vivos?, ¿se estarán burlando los derechos de posibles herederos forzosos?, ¿cómo saberlo? La amenaza de la acción de protección de la legítima a que se refiere el art. 3955 del Cód. Civil produce espanto. Es difícil que la sobrina del ejemplo pueda vender el departamento y sentirse agradecida para con su tía, salvo a un precio muy bajo para provecho de algún arriesgado.

Ése es el problema más común. El caso del fallo, en cambio, es insólito.

E. M. M. Z., siendo de estado civil casado, recibe un lote por donación de su madre. En ese lote decide construir su vivienda, en la que habita con su mujer y sus cuatro hijos. Cuatro años después decide constituir una sociedad anónima familiar, integrada por él y su esposa, a la cual siete meses después de su constitución dona el bien. Cinco años más tarde la sociedad incorpora a su patrimonio el lote lindero. Podemos imaginar que la familia ha podido así ampliar su jardín. He aquí que dos años después de todo esto, la sociedad dona a uno de sus accionistas, que no es otra sino E. V. M. G. A., casada con E. M. M. Z., los dos lotes.

Todo mal. Quizás para el hombre común todo esto puede hacerse. Que una madre le done un lote a su hijo parece muy generoso. Que sobre ese lote se construya la vivienda familiar, no importa si es con dinero del marido o de la mujer es indiferente. El pensar en constituir una sociedad familiar integrada por los cónyuges para que todo esté a nombre de los dos y en caso de fallecimiento de alguno de ellos sólo haya que transferir acciones y si la sociedad tie-

*Publicado en *La Ley* del 3/3/2003.

ne alguna otra actividad, todo continúa normalmente; tal ha sido el consejo de algún amigo que lo hizo y al contador no le pareció mal. Incluso el abogado al que consultaron en una reunión de amigos y fuera de contexto les dijo que muchas familias constituyen sociedades e incorporan sus bienes a la sociedad. Lo malo es que el escribano interviniente parece no haberles advertido que la donación a la sociedad podía encerrar dificultades y que se podía elegir mejor camino. Hasta acá el caso no es sino la reproducción de la conducta de muchísimas familias con respecto a sus bienes. Lo totalmente atípico es el último eslabón, o sea, la donación que hace la sociedad a uno de sus dos accionistas, cónyuge del donatario de uno de los lotes que a su vez donó a la sociedad.

¿Qué ocurrió? Es difícil saberlo a partir de la sola lectura del fallo. Podríamos aventurar que lo que imaginamos precedentemente pudo haber pasado tal como lo expusimos pero el último tramo de la historia se hace más difícil. Si hubieran querido disolver la sociedad anónima, ambos cónyuges habrían debido adjudicarse los bienes. Si hubieran querido insolventar a la sociedad en perjuicio de terceros, la donación no parece la vía adecuada. Por alguna razón decidieron transferir a ella sola los bienes. Pudo haber sido para que ella tuviera un patrimonio que le permitiera realizar algún negocio. Quizás no lo podían hacer a nombre de él porque pudo haber tenido acreedores al acecho. No lo sabemos. Lo cierto es que este acto constituyó el broche de oro de una serie de desatinos jurídicos, por decir lo menos.

Los problemas de las donaciones realizadas

Ya la primera donación pudo haber tenido su dificultad. Es cierto que la donación de una madre a su hijo no suele cuestionarse por tratarse de una donación efectuada a su heredero forzoso, pero no es menos cierto que sería importante saber si la donante tenía otros hijos, si están presentes y manifiestan haber recibido donaciones equivalentes. La donación estaría sujeta a colación¹. Es menos complicado por cuanto el donatario debe reunir a la masa hereditaria el valor de lo donado, no la cosa misma², por lo tanto, un tercer adquirente se encuentra fuera de peligro.

En cuanto a la donación del lote a la sociedad, el tema es más serio. El lote pudo haberse aportado como capital, en cuyo caso se habría operado una subrogación real con las acciones que pertenecieran al donante o pudo haberse vendido a la sociedad; el dinero recibido habría reemplazado al bien. No habría habido problema. Pero eligieron el camino más barato en un sentido, ya que la donación no paga impuesto de sellos, ni se aplica el impuesto a la transferencia de inmuebles, pero resulta el camino más caro desde el punto de vista jurídico. La donación del inmueble en el que se había construido la vivienda familiar probablemente era todo el patrimonio del donante y dicho acto vulnera la legítima de sus herederos forzosos. El subadquirente del bien no puede desconocer esta circunstancia y se encuentra amenazado por la reiper-

(1) Art. 3476.

(2) Art. 3477.

secución por parte de los herederos forzosos, cuya acción nace a la muerte del donante (art. 3955). En el caso, el donante vive, por lo tanto la amenaza se prolonga en el tiempo.

Quizás hasta ese momento se habría podido sanear el defecto volviendo las cosas a su estado anterior. Si bien el distracto a que se refiere el art. 1200 del Cód. Civil no constituye ordinariamente un buen remedio sino que puede empeorar las cosas³, en el caso podría haberse aplicado, ya que la devolución del bien al donante por parte de la sociedad anónima no crea los problemas que surgen en los casos en los que el donatario es una persona física que tiene sus propios herederos forzosos, constituyendo esta devolución un perjuicio a la legítima de sus propios herederos legitimarios.

El último tramo de este dislate es más complicado. En primer lugar, la sociedad está donando, acto que requeriría la conformidad de la asamblea ya que no es objeto de la sociedad anónima el hacer donaciones, pero más allá de esa dificultad, hay que señalar que aparentemente está entregando a título gratuito los dos lotes, uno habido por donación y otro por compra, a uno solo de los socios sin que se justifique tal accionar.

La mayor complicación resulta de la consideración de todos estos actos en su conjunto, que fue lo que dio lugar al pedido de intervención del tribunal, ya que por esta última donación lo que estaba en cabeza del marido termina siendo de titularidad de la mujer, vulnerando la prohibición de donación entre cónyuges que prescribe al art. 1807 inc. 1º del Cód. Civil, que no sólo prohíbe la donación entre esposos sino que incluye “la que pudiera hacer uno a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación”. A partir de lo dispuesto en este artículo se percibe la intención del legislador de evitar a toda costa la donación entre esposos, incluyendo estos otros supuestos de los cuales resultaría que el otro cónyuge por ser heredero forzoso del donatario podría venir a recibir el bien.

Llegamos así a toparnos con la prohibición y, aplicándola al caso, vemos que por vía oblicua el lote que pertenecía al marido termina ingresando al patrimonio de su esposa.

La interpretación del problema en el fallo de primera instancia

En el punto II de la sentencia del tribunal de alzada se resumen los argumentos del juez *a quo*.

El encuadre jurídico de los peticionantes debe haber sido el de la simulación.

Según esta perspectiva debería entenderse que el fin buscado por el marido fue el donar el bien a su esposa, para lo cual junto con ella constituyeron

(3) Cf. ARMELLA, Cristina N., “Donación. La pretendida bonificación de los títulos”, *La Ley*, 1994-D,1049.

una sociedad anónima para que fuera ésta la que transfiriera el dominio del bien, ya que no lo podía hacer directamente el marido. La constitución de la sociedad sería un acto simulado para encubrir la donación prohibida.

El juez de primera instancia dice que la prueba aportada no resulta suficiente para probar la existencia de la simulación, que no resulta quiénes fueron los terceros en cuyo fraude se hizo la simulación, que no aparecen los cónyuges como donante y donatario ya que en medio existe la sociedad anónima, que es una tercera persona. Rechaza también que los actos cumplidos afecten al orden público, razón por la cual no cabe declarar la nulidad absoluta y por último invoca el art. 959, que si bien por excepción habilita a las partes a pedir la nulidad, ello no corresponde si se sigue para ellos un provecho.

Siguiendo este criterio habría que tener esos actos realizados por firmes, no estarían interconectados, no habría habido simulación alguna ni perjuicio a terceros, en todo caso no estaría involucrado el orden público sino el interés de los particulares y por ello no correspondería la intervención del tribunal.

El resultado de tal sentencia conduce a dejar todo como está y a afirmar que no ha habido transgresión alguna. El problema de tal resultado es que la confirmación de tal sentencia tendría efecto para las partes pero los terceros seguirían sosteniendo que ha habido una transgresión a la prohibición de donar entre cónyuges, irreparable, lo que dejaría al bien fuera del comercio. No parece un buen saldo.

La sentencia del tribunal de apelación

La alzada se inclina por la simulación. Analiza la prueba y resalta que la sociedad ha sido constituida por los cónyuges, únicos integrantes de la misma, lo que se mantuvo invariable a través del tiempo. A partir de ello concluye en la utilización de la sociedad para lograr un fin no querido por la ley vulnerando los preceptos civiles consagrados en los arts. 1218, 1219 que prohíben toda convención entre esposos y el art. 1807 inc. 1°, que prohíbe expresamente la donación entre cónyuges.

La cita de los arts. 1218 y 1219 en realidad no es pertinente ya que dicha prohibición se refiere a las convenciones matrimoniales, no a la contratación entre cónyuges que son dos cosas distintas. Las convenciones están prohibidas dado que no existe la posibilidad de optar durante el matrimonio por otro régimen matrimonial. La única capitulación permitida es la del art. 1217 que, reducida hoy a dos incisos, permite en el inc. 1° hacer un inventario y en el inc. 3°, las donaciones del esposo a la esposa.

Concluye aceptando que se ha recurrido a la simulación como medio para burlar la prohibición de donar entre esposos, límite establecido por el orden público matrimonial. De allí se deriva en consecuencia una nulidad que es absoluta, por afectar justamente al orden público, pudiendo y debiendo por lo tanto el tribunal declarar la nulidad que se ha hecho manifiesta.

Esto explica que el tribunal pueda dejar de lado el principio *nemo auditur turpitudinem suam alegans*, ya que más importante que enervar la acción pe-

dida por los que han transgredido la norma de orden público es la preservación del mismo a cargo de los jueces (art. 1047).

La sentencia tiene como resultado el volver todo al estado anterior, impidiendo el enriquecimiento de la cónyuge a expensas del empobrecimiento del marido. Evita así que lo que pertenece a uno de los cónyuges pase a integrar el patrimonio del otro, lo que parece un principio incontrovertible.

Nuestra opinión

Estamos de acuerdo con el resultado. Creemos que es acertado y valioso.

Sólo tenemos alguna objeción con respecto al planteo de la simulación como encuadre adecuado y pensamos que vale también la pena empezar a reflexionar sobre la conveniencia o no de que subsista la prohibición de donar en nuestro ordenamiento.

La simulación está tratada por Vélez en los arts. 955 a 960 del Cód. Civil.

En el art. 955 define a la simulación teniendo en consideración la naturaleza del acto o la persona a la cual se dirige.

Con respecto a la naturaleza del acto, el art. 956 dice que la simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real y relativa, cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

Hay en tales casos una discrepancia entre la voluntad declarada y el verdadero querer interno. Tratándose de una simulación absoluta la apariencia de acto es total, en realidad no se ha querido celebrar el acto, salvo su ropaje exterior, lo que encierra otro propósito.

En los casos de simulación relativa se celebra un acto bajo la apariencia de otro. Se simula una venta para ocultar la donación.

Tanto una como otra suponen un acuerdo de voluntades para realizar el acto simulado, sea absoluto o relativo. Ese acuerdo subyacente suele instrumentarse mediante un contradocumento que permite en su oportunidad revertir las cosas.

Esta apariencia de acto concertada encierra el ánimo de engañar. Se realiza un acto y se esconde la verdadera intención de no generar otra realidad jurídica o de aparentar una cosa y hacer en el fondo otra.

Esto puede hacerse si no tiene un fin ilícito o si no perjudica a terceros⁴. Existe, por lo tanto, una simulación permitida y una prohibida.

Frecuentemente la simulación implica un perjuicio a terceros, un fraude o se debe a una ilicitud. Se trata de obtener por vía oblicua lo que la ley no permite.

En los casos de fraude, quien en apariencia transmite derechos a un tercero pretende insolventarse para que no puedan hacer efectivo el crédito. Esto supone un crédito anterior al acto y que el acto simulado sea a título oneroso, ya que si el acto fuese a título gratuito puede ser revocado a solicitud del acreedor perjudicado, aun cuando el adquirente del bien ignorase la insolvencia del

(4) Art. 957.

deudor⁵. Esto muestra que la donación no constituye el camino común de la acción fraudulenta porque no sólo cae el acto a pedido de quien resulta perjudicado sino que ni siquiera es menester probar el acuerdo simulatorio ni el conocimiento de la insolvencia provocada por tal acto.

La simulación puede referirse también a la persona con la que se celebra el acto. El acto puede no ser simulado en cuanto a su naturaleza jurídica, pero la apariencia se crea con respecto a la persona con la que se lo celebra. En esos casos el acuerdo versa sobre la persona interpuesta y el verdadero destinatario del acto. Frecuentemente quien adquiere los derechos suscribe un contradocumento en el que reconoce quién es el verdadero titular y las obligaciones que contrae respecto del mismo para transferirle los derechos cuando lo requiere o para cumplir sus instrucciones. Es el típico testafarro. Tampoco es común la realización de un acto a título gratuito con ese fin porque el perjudicado puede fácilmente atacarlo.

En el caso del fallo no podemos pensar en una simulación absoluta. La sociedad quiso constituirse y tuvo larga vida. El donante quiso donar el lote a la sociedad; no fue una transferencia como aporte de capital. Podemos adivinar que la sociedad se debe de haber constituido con un capital mínimo mediante un trámite simple y luego se hace la donación como modo de ir poniendo los bienes a nombre de la sociedad, no otra es la intención al constituir una sociedad de familia. El haber donado y no aportado como capital o vendido a la sociedad supone un costo menor dado que la donación no está sujeta al pago del impuesto de sellos ni al impuesto a la transferencia de inmuebles ni al impuesto a las ganancias. El resultado es excelente desde lo económico y desastroso desde lo jurídico.

La sociedad adquiere el lote lindero. Tampoco estamos ante una simulación. Pasado el tiempo, la sociedad dona ambos lotes a E. V. M. G. A. Quizás si se los hubiera vendido estaríamos ante un acto simulado, pero la donación integró ciertamente el querer real del órgano societario que así lo resuelve.

No surge con claridad el *animus simulandi*. Más bien todo lo contrario. La constitución de la sociedad anónima parece el procedimiento habitual en el que se embarcan muchos cónyuges. La donación a la sociedad fue un mal camino para aportar el bien a la sociedad. Pudieron haberlo hecho mediante un aumento de capital y una participación accionaria que reflejara lo acontecido. Se habría operado una subrogación real reemplazando las acciones al inmueble.

Es de remarcar que no es muy distinto lo que suelen hacer los cónyuges al adquirir bienes. Generalmente adquieren en condominio y por partes iguales, lo que no suele reflejar la realidad económica de cada uno de ellos. Así se van ganancializando bienes propios por omisión de la declaración que prescribe el art. 1246 para que opere la subrogación real y así se van transfiriendo al patrimonio del otro cónyuge bienes que no deberían ser de su titularidad. Práctica común y generalizada mediante la cual se da por tierra con la prohibición de

(5) Art. 967.

donar del art. 1807 inc.1º del Cód. Civil sin que nadie se desgarré las vestiduras.

Tampoco se ve la simulación en la última donación, la de la sociedad a una socia, cónyuge del otro accionista.

Esta cadena de donaciones tampoco sirve si se hubiese tramado en perjuicio de terceros como lo establece el art. 967.

Sólo cabe preguntarse si todos estos actos realizados a lo largo de muchos años forman parte de un concierto fraudulento para burlar la prohibición de donar entre cónyuges del art. 1807 inc. 1º del Cód. Civil.

La sociedad que constituyeron los cónyuges habría debido ser la “interpósita persona” que permitiera la donación del marido a la mujer.

Hay que tener en cuenta que la sociedad le dona los dos lotes, el que había pertenecido como propio al marido y el que había adquirido la sociedad, que si aplicáramos la teoría del *disregard of legal entity* podríamos considerar como lote ganancial, en apariencia de titularidad conjunta por partes iguales si atribuyéramos igual poder económico a ambos cónyuges.

Debería haber existido una intención de burlar la ley por parte de los cónyuges mediante el artificio de la creación de una sociedad anónima. Sin embargo, no nos parece que haya sido así. Lo más probable es que las cosas se hayan ido dando, hayan ido sucediendo, no con la intención expresa de efectuar una transmisión de bienes del marido a la mujer, sino que lo deben de haber hecho porque así les iba resultando conveniente a medida que ocurrían las cosas. Entre el momento en que el cónyuge edifica la casa, hasta que constituye la sociedad pasan unos cuatro años. Desde entonces hasta la compra del lote lindero transcurren cinco años más. Y desde esa fecha a la donación de los dos lotes a la esposa otros dos años. En total once años o por lo menos siete años desde la constitución de la sociedad anónima. No parece que se haya planeado tan larga espera para el traspaso de bienes. Sobre todo si se piensa que además todo se instrumentó recurriendo al contrato de donación, el más frágil en la especie. Habría sido más fácil comprar directamente el lote lindero a nombre de la esposa con lo cual ni siquiera habría sido necesario constituir una sociedad ni dar explicaciones en la escritura de compra. Y con relación al lote recibido en donación por la madre del esposo, si hubieran querido transferírsele a la esposa simuladamente, habría bastado con conseguir un presta-nombre que comprase el bien, estuviese dispuesto a firmar un contradocumento del cual surgiese que el bien pertenece en realidad a la esposa del transmitente y un poder a favor de ella, de manera que al disponerlo pudiera quedarse con el dinero producto de la venta. Mucho más fácil y más seguro.

Lo más probable es que todas estas cosas no hayan pasado por la mente ni hayan estado en la intención de estos cónyuges. Por el contrario, obraron espontáneamente, seguramente sin asesoramiento adecuado y sin medir las consecuencias jurídicas de esos actos.

Pensamos que se trata en el caso de un supuesto de fraude a la ley, supuesto más genérico que el de la simulación⁶.

La palabra “fraude” tiene varias acepciones. Una de ellas, la más común, es el engaño a un tercero. En ese caso el fraude es un acto real realizado con el fin de engañar. Por ejemplo: el titular de un bien lo aporta o lo vende a una sociedad constituida por terceros o por él mismo, en cuyo caso se desprende pronto de su tenencia accionaria. Esto puede hacerse mediante actos jurídicos reales, vende de verdad y se queda con el dinero y lo oculta o mediante simulación, aparenta vender pero no transfiere el dominio. El acto resulta inoponible al tercero perjudicado sin necesidad de evaluar la validez del mismo.

En otro sentido, un acto fraudulento es un acto real que tiene como fin el burlar la ley, no a un tercero. Por ejemplo, un cónyuge tiene en venta un edificio de oficinas. Una de ellas le conviene a su esposa, que es profesional y con su dinero ganancial está queriendo comprar una oficina. No puede comprar la que vende el esposo a mejor precio y con menos gastos porque el art. 1358 lo prohíbe. Debe comprar por interpósita persona y obtener un poder a su favor de administración y disposición. El acto no es simulado en cuanto tal sino respecto de la persona del adquirente, pero no es fraudulento respecto de terceros sino respecto de la ley.

Aparece así el fraude como noción más genérica, de la cual la simulación constituye la especie. Se procura obtener un efecto similar al prohibido por una norma imperativa utilizando otra norma o una institución jurídica, por ejemplo, el de las sociedades, que permite eludir la norma y lograr un acto aparentemente válido. Esto puede realizarse mediando intención o resultar así aun no existiendo intención de transgredir la norma, a veces como consecuencia del desconocimiento de la misma.

Éste es el caso que llega al tribunal. Es un caso de fraude en un sentido amplio, en el cual no se simula nada, sino todo lo contrario. Pero del conjunto de actos concatenados resulta la transgresión de la ley, aun cuando ello no haya sido previsto ni querido expresamente por las partes.

Quizás al juez de primera instancia le ocurrió esto. Juzgó que no había mérito para pronunciarse por la simulación y encontró además una norma obstativa en el art. 959 del Cód. Civil.

El tribunal de apelación se inclina por la simulación y vuelve todo al estado anterior, evaluando probablemente el resultado de la sentencia.

En realidad, la figura del fraude en sentido genérico permite un enfoque adecuado al caso. El engaño no está dirigido a los terceros y quizás ni siquiera a la ley, pero resulta así en su consideración global. Por lo tanto, queda configurado. Al advertirlo los propios interesados sólo tienen la posibilidad de acceder al tribunal a impetrar la nulidad. La simulación la habrían podido dejar

(6) Cf. RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil*, N° 1450, págs. 880 y sgtes., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BUERES-HIGHTON, *Código Civil*, art. 961, págs. 685 y sgtes.; BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, art. 961, pág. 346, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 4, pág. 431.

sin efecto ellos mismos, no así la nulidad que debe ser declarada por el juez. El tribunal de segunda instancia no choca con la literalidad del art. 959 prevista para la simulación. Esa norma supone la intención de violar la ley o defraudar a un tercero, por eso abre la acción para dejar sin efecto el acto en tanto ello no signifique un beneficio para los peticionantes.

En el caso, la norma prevista para la simulación puede aplicarse analógicamente para el caso de fraude a la ley. En tal supuesto, las partes tienen acción para dejar sin efecto el acto y la nulidad debe ser declarada por el juez cuando se hace manifiesta porque lo que está interesado es el orden público. No es de interés de las partes el mantener las cosas como están sino de interés público el que la norma se respete y de no ser así que los actos realizados sean declarados nulos, porque lo que está en juego es una nulidad absoluta.

No obstante el reparo que nos merece la prohibición en sí misma, lo que requeriría un tratamiento específico, ya que subsiste, parece correcto el remedio logrado por la sentencia que procura un resultado justo.