

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*Venta de Inmuebles a Herederos Forzosos*

AQUILES HORACIO GUAGLIANONE(\*) (1339)

El título de esta disertación contiene una clara referencia al artículo 3604 del Código Civil, precepto que no se ocupa ni exclusivamente de los inmuebles ni exclusivamente de las ventas, pero que con preferencia será examinado mirando a esos bienes y esos contratos, porque son los que más despiertan el interés de los escribanos.

1. Todo comenzó con un decreto de la Convención, que en enero de 1794, en pleno ardor revolucionario, quiso organizar un nuevo régimen para las transmisiones gratuitas, ya profundamente cambiadas por leyes anteriores. Su artículo 26 prohibía toda donación con cargo de renta vitalicia o venta à fonds perdu, efectuada, en línea directa o colateral, a uno de los herederos presuntos o a uno de los descendientes de éstos, a menos que intervinieran en el acto y lo consintiesen, los parientes del mismo grado del beneficiado o de grado más próximo. Esta disposición

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

tenía efecto retroactivo al 14 de julio de 1789, y por ello su segundo párrafo anulaba todos los contratos de esa especie celebrados a partir de la fecha señalada, salvo el derecho del adquirente a reclamar que el donante o vendedor, o sus herederos, le restituyeran todo lo que aquél justificase haber pagado por encima de la justa renta de la cosa enajenada.

La norma tenía por fin mantener la igualdad entre los herederos, atacando de ese modo las maniobras y artificios ideados en la práctica para violar ese principio, sancionado también por otros textos legales de la Convención.

2. Años después, cuando inicióse el estudio del proyecto de Código Civil, se consideró una propuesta de Bigot de Prémeneu que, encarando los bienes donados con cargo de renta vitalicia, o vendidos à fonds perdu o con reserva de usufructo a un heredero presunto en línea recta, establecía que el valor de tales bienes, por entero, sería imputado a la porción disponible de la herencia del enajenante. La propuesta fue objeto de numerosas críticas, singularmente de Portalis, pero, redactada otra vez por Bigot de Prémeneu sobre la base de excluir la regla cuando mediara el consentimiento de los coherederos, fue al cabo el artículo 918 del Código Napoleón, texto que se ha mantenido sin retoques ni reformas hasta la actualidad, aunque influido ciertamente por las variaciones introducidas en la colación y la reserva por las leyes del 25 de marzo de 1896 y 24 de marzo de 1898, y los decretos - leyes del 7 de febrero y del 17 de junio de 1938.

Ese artículo 918, que es la fuente directa del artículo 3604 de nuestro Código Civil, preceptúa que en caso de enajenación con cargo de renta vitalicia, o à fonds perdu, o con reserva de usufructo, efectuada por una persona a alguno de sus herederos presuntos en línea recta, el valor en plena propiedad de los bienes involucrados se imputará a la porción disponible de la herencia del enajenante, y el excedente, si lo hubiere, deberá ser colacionado a la masa. Pero los otros herederos en línea recta no podrán requerir esa imputación y esa colación, si hubiesen prestado su consentimiento para la enajenación; y tampoco podrán hacerlo, en ningún caso, los colaterales.

3. Tanto el artículo 918 del Código francés como el 26 del decreto de 1794, se inspiraron en una repetida experiencia: que en la gran mayoría de los contratos a que se refieren, media por parte del disponente una intención manifiesta de mejorar, recurriendo a un acto total o parcialmente oneroso en apariencia, a uno de los herederos presuntos; porque esa onerosidad, o es simulada, o de hecho significa tan magro desprendimiento para el adquirente, que en el fondo la transmisión es meramente gratuita. Así como el fundamento de ambas normas era idéntico, así también algo semejante ocurría con la finalidad de ellas, que era mantener la igualdad entre los sucesores; si bien es cierto que el decreto de la Convención buscaba proteger a los herederos de cualquier

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

orden y línea, en tanto el Código sólo se preocupaba de los herederos de la línea recta, munidos de reserva. Pero la diferencia entre ambos preceptos estaba en las soluciones adoptadas, pues mientras el texto de 1794 anulaba la transmisión - lo cual debía traer como efecto necesario las recíprocas restituciones de lo entregado por ambas partes -, el artículo 918 mantenía y mantiene la transferencia operada; por ello, es parecer generalizado en la doctrina francesa que no corresponde hacer lugar a la restitución de lo pagado por el adquirente.

Se advierte enseguida que la primera solución, la de 1794, era más sencilla, pues lo que es nulo ningún efecto produce, salvo los naturales de la nulidad misma, principalmente los deberes restitutorios. En tanto que el mantenimiento del acto, aunque con consecuencias distintas a las que fluirían de las manifestaciones externas de voluntad, genera - y ha generado realmente - numerosos y complicados problemas, que todavía subsisten en derecho francés y son mayores aún en nuestro régimen, inspirado, como he dicho, en el Código Napoleón.

En otras palabras, la ley de 1794 expresaba el resultado de estas reflexiones: el contrato previsto en el artículo 26 es en el fondo una donación, y por ello lo prohibimos; el acto carecerá por tanto de validez y, como corolario de su nulidad, las partes deberán restituirse las prestaciones recibidas, salvo el precio de utilización de la cosa, o sea, una renta justa y razonable. El artículo 918 del Código, por su lado, implicaba afirmar: esto es en realidad una donación, y lo autorizamos como tal; pero, como es evidente la intención de beneficiar al heredero que adquiere el bien, no exigimos la colación pura y simple y aceptamos que existe en el contrato una cláusula tácita de mejora o dispensa, o sea, que ésta es una donación par préciput et hors part (art. 843, texto antiguo y reformado) y no en avancement d'hoirie, mero anticipo de herencia.

4. Lo expuesto conduce a meditar acerca de que el artículo 918 del Código francés no sólo se funda en una presunción razonada de gratuidad, como sucedía con el artículo 26 de la ley de 1794, sino que por sí mismo constituye una presunción legal de donación con dispensa. Vale decir, que la presunción no está sólo en el fundamento de la norma, sino que es la ley misma, es su disposición. No se trata de que, por razón de que presumo la intención de beneficiar, anule el acto; sino que todo contrato redactado en los términos previstos es presumido por la ley donación con dispensa, y como tal rige.

Cuando la presunción es meramente lógica y funciona como fundamento, interfiere muy poco en la vigencia de la norma, y hasta puede afirmarse que por esa autarquía propia de la ley, ésta subsiste aunque se suprima o cambie el fundamento que la originó. Pero cuando la presunción es legal, cuando constituye la norma misma, el texto no puede desprenderse de aquélla sin aniquilarse, sin extinguirse. Es obvio, por ejemplo, que si quitamos del artículo 3741 la presunción de que los ascendientes, los descendientes y el cónyuge del incapaz de recibir por testamento son personas interpuestas, la propia incapacidad de ellos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

desaparece y en adelante tienen aptitud para recibir por ese título.

Y bien: cuando un precepto legal es en sí mismo una presunción, la única tarea que cabe al intérprete es determinar en qué rubro debe incluirlo de la clasificación clásica de las presunciones legales, si entre las *juras et de jure* o entre las *juris tantum*. Así ha ocurrido con el caso del artículo 918 del Código francés, y es atinado recordar ahora que la Corte de Casación siempre optó por calificarlo de presunción *juris et de jure*, con el acuerdo de la mayoría de los autores; si bien la injusticia que puede derivarse en la práctica de ello, movió a algunos tratadistas a adoptar la otra posición.

5. En fin, y aunque esto merecerá luego un desarrollo más detenido, no sólo en cuanto a la naturaleza de la presunción ha suscitado problemas la fórmula del artículo 918, sino también en otros aspectos. Por ejemplo: a) ¿la presunción determina e implica una incapacidad de derecho para otorgar ciertos contratos con ciertos parientes?; b) ¿la presunción de gratuidad obliga a excluir todo remedio dirigido a obtener la restitución de lo pagado por el adquirente? Pero dejemos por ahora esto en simple interrogante.

6. No es el caso de repetir o resumir, en esta breve exposición, todo lo que se ha escrito y enseñado sobre el artículo 3604 del Código argentino. Su redacción impropia, equívoca o desafortunada ha sido objeto de insistente censura por nuestros autores. No es acertado insistir en ello, aunque la reforma de 1968 haya conservado inexplicablemente algunos de los errores del precepto primitivo. Hay acuerdo en que Vélez Sársfield no debió decir "testador" sino "causante"; ni "herederos legítimos" sino "herederos legitimarios", o mejor "herederos en línea recta", ya que el cónyuge no puede ser adquirente, en razón de la incapacidad de derecho sancionada en los artículos 1358, 1441 y 1807. Es evidente, además, que la expresión francesa "en pleine propriété" ha sido mal trasladada del artículo 918 del Código Napoleón a nuestro artículo 3604, pues allá se refería al valor computable para la imputación y colación, y aquí se relaciona con el objeto del contrato, que, basta leer el precepto, puede comprender transmisiones que no sean en plena propiedad. Por último, no explicó Vélez Sársfield si el título de la "entrega" o enajenación debía ser sólo oneroso, o sólo gratuito, o tanto oneroso como gratuito.

En cuanto a la reforma de 1968, está bien manifiesto en ella el propósito de incorporar una opinión minoritaria sobre los alcances del primitivo artículo 3604, opinión que se particularizaba por querer dar a la fórmula de la ley un contenido limitado, no más allá de las hipótesis previstas en el texto francés. Lamentablemente, la pertinacia de ese propósito no ha dejado ver a los redactores que también era su tarea cambiar "testador" por "causante"; que no era atinado sustituir "herederos legítimos" por "herederos forzosos" (pues, como ya he advertido, la disposición no puede comprender al cónyuge); y que una transmisión con reserva de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

usufructo no puede ser "en plena propiedad"...

Estas observaciones bastan desde el punto de vista gramatical y lógico, en el análisis del nuevo artículo 3604. Porque cualquiera sea el tamaño de los errores, no pueden éstos perturbar nuestro juicio, ni suscitar por ende graves problemas de interpretación.

7. Por tanto, nuestro examen del texto elegido, que no cuenta con sobrado tiempo para su exposición ante ustedes, ha de recaer sobre temas más profundos y de mayor complejidad.

8. El primero se refiere a los contratos comprendidos en la fórmula del artículo 3604, antes y después de su reforma.

Se recordará que el artículo 26 del decreto de la Convención, de 1794, tenía en vista dos figuras contractuales bien caracterizadas: la donación con cargo de renta vitalicia y la venta à fonds perdu; figuras que, por su naturaleza, son parcial o totalmente onerosas. El artículo 918 del Código francés, aunque utiliza la frase "bienes enajenados" sin explicar a qué título, ha sido generalmente interpretado como que menciona los actos de apariencia onerosa, con lo cual se descarta, por ejemplo, la donación de nuda propiedad, sometida así al régimen común de colación.

En el derecho argentino, la tesis más aceptada se ha pronunciado a favor de la apariencia onerosa como requisito sine qua non, tanto porque la nota puesta al pie del artículo 3604 habla expresamente de los contratos onerosos, cuanto porque, dada la amplitud de la redacción del artículo 3604, todas las donaciones caerían dentro del régimen de ese precepto, de modo que perdería gran parte de su sentido el capítulo dedicado a la colación; sobre todo el artículo 3484, que exige acto testamentario para la dispensa, contrariamente a que ésta resulta del contrato mismo que determina la transmisión en las hipótesis contempladas en el texto legal de este estudio. Para una tesis limitativa del ámbito de aplicación del artículo 3604 - que al final ha privado en la reforma de 1968 -, cabe tener presente que la enajenación con cargo de renta vitalicia es por definición onerosa, a menos que se done también la renta a pagar por el adquirente, lo cual es un contrasentido. El único caso posible de gratuidad sería entonces la donación con reserva de usufructo, o sea, la donación de nuda propiedad; pero, aparte lo resuelto reiteradamente por la jurisprudencia francesa y la doctrina, no se advertiría, en la hipótesis de incluir esa figura en el artículo 3604, por qué motivo la donación de nuda propiedad produciría la adjudicación al adquirente de la cuota disponible del patrimonio hereditario del donante (por supuesto con el límite del valor de la cosa objeto del contrato), en tanto que la donación de la plena propiedad de la misma cosa no significaría ninguna mejora para el adquirente, sino meramente un adelanto de su parte hereditaria.

Resulta así claro, a nuestro parecer, que si la ley reconoce al adquirente el beneficio de la cuota disponible o de una parte de ella, esto es así como una especie de compensación por juzgar que el acto es oneroso

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sólo en apariencia. Con ello no tomamos partido, por ahora, acerca de si esa resolución de la ley causa que el pretendido donatario se vea privado de la posibilidad de obtener la restitución de lo que realmente ha transferido al enajenante.

9. Desde el punto de vista de la restricción que ha experimentado el texto argentino en cuanto a los contratos involucrados, corresponde manifestar algunas observaciones que interesan por igual a todos los profesionales del derecho y con referencia a toda suerte de bienes, pero que, sobre todo, deben preocupar en mayor medida a los escribanos, por ser ellos quienes tienen la difícil misión de cuidar que los títulos de adquisición de los inmuebles sean perfectos.

10. De acuerdo con el criterio de la mayoría de los intérpretes - con el cual he coincidido en anteriores oportunidades -, el artículo 3604, en su redacción originaria, se aplicaba a toda transmisión por contrato oneroso hecha de ascendiente a descendiente o de descendiente a ascendiente, con la aclaración de que la onerosidad no tenía por qué ser cierta, pues bastaba se la declarase en el acto de transmisión; vale decir, una onerosidad aparente. Agregó por mi cuenta que la aplicación de la norma a un contrato de ese género, requería que, en el momento de celebrarse el acto jurídico, el adquirente fuese heredero presunto del enajenante, de modo que, si éste hubiera fallecido inmediatamente después de suscripto el contrato, aquél le habría heredado. Además, era preciso que, luego, ese adquirente viniera realmente a la sucesión del enajenante, junto con otros herederos del mismo orden, por sí mismo o por intermedio de un descendiente suyo que le representara. O sea que, si el adquirente se tornaba indigno o moría antes que el enajenante sin dejar descendientes que le representaran, o si concurría solo a la herencia o junto con otros legitimarios que habían prestado su conformidad para el acto de transmisión, el contrato adquiría una onerosidad definitiva.

11. Esta regulación de la actividad contractual dispositiva de bienes entre ascendientes y descendientes en estado de heredarse entre sí, suscitaba, y suscita aún después de la reforma, la cuestión acerca de si éste es un problema de capacidad de derecho; en otras palabras, si el padre era incapaz de enajenar a su hijo un inmueble a título oneroso, y viceversa. Sin embargo, no parece difícil advertir que el tema de la capacidad nada tiene que hacer aquí, sino que se trata de la amplitud del poder dispositivo del enajenante: el contrato que tiende a una transmisión a título oneroso, para que tenga eficacia como tal, necesita de la voluntad agregada de otras personas determinadas que no adquieren calidad de partes en el acto; se trata de todos aquellos que hayan de concurrir como legitimarios, por sí o por intermedio de sus representantes, a la sucesión del transmitente. En otras palabras, una situación muy parecida, no idéntica, a la que se suscita con la disposición por un cónyuge de sus inmuebles gananciales, tanto en el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Código (art. 1807, inc. 2º) como en la reforma de 1968 (art. 1277).

A veces, sin embargo, la situación puede ser sorprendentemente semejante, en sus efectos, a las hipótesis de incapacidad de derecho, en razón de que aparezca imposible obtener esa conformidad; por ejemplo, porque el coheredero, concebido antes de morir el enajenante, nazca después; en tal supuesto, el enajenante se vería privado de la posibilidad de disponer a título oneroso, no porque le faltara capacidad, sino por inexistencia aún de quien debe agregar el consentimiento. Una conformidad prestada con posterioridad al deceso no sería integrativa del acto oneroso primitivo, pues siendo el póstumo ya heredero, su consentimiento no significaría otra cosa que la renuncia de un derecho hereditario actual.

12. En suma, no había en el Código de Vélez Sársfield, como regla, enajenaciones onerosas reales entre ascendientes y descendientes que fueran entre sí herederos presuntos, salvo el caso de conformidad de todos los otros legitimarios que luego acudían a la herencia. Y ello era así porque la ley misma se encargaba de establecer que tales actos, fueran puros y simples o con cargo, e involucraran o no el pleno dominio, significaban donaciones del bien en su totalidad.

¿Pero quedaba descartado, para los coherederos no intervinientes, el ejercicio de una acción por simulación absoluta? Lo que tenía en mira la ley era una situación muy generalizada, a saber: que los padres donaban sobre todo inmuebles a algunos de sus hijos, ocultando la gratuidad bajo formas onerosas. No obstante, también era y es posible que el padre aparente vender un inmueble a su hijo sin que en el fondo exista ningún propósito de transmitirle el dominio de la cosa, ni a título oneroso ni a título gratuito. En suma, un simple papel, un acto sin sustancia alguna, dirigido a menudo a ocultar bienes para defraudar a los acreedores. En tal hipótesis no podría caber duda, a mi juicio, de que no habiendo en realidad salido el inmueble del patrimonio paterno, los coherederos del adquirente ficto - tanto como éste mismo - son propietarios del bien por sucesión, al producirse el deceso del disponente, y tienen por tanto derecho a ejercer las acciones aptas - entre ellas la de simulación - para establecer las verdaderas fuerzas del patrimonio hereditario y, además, la entidad exacta de sus legítimas. No siendo pues el caso tenido en vista por el artículo 3604, éste no era aplicable y, consiguientemente, no había donación ni adjudicación de la cuota disponible. Y lo mismo puede decirse bajo el régimen actual, si el acto de simulación absoluta ha tomado alguna de las dos formas previstas en el nuevo texto.

13. El sistema así regulado por el Código presentaba cierta unidad en las relaciones económicas entre ascendientes y descendientes. El contrato - por supuesto con los demás requisitos para la transmisión - producía la transferencia de dominio a favor del adquirente. Si se agregaba la conformidad de los coherederos (los mismos que luego acudían a la sucesión del enajenante), el ciclo quedaba cerrado: el contrato era

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

oneroso. Si esa conformidad no se lograba o no era de todos los coherederos, la transmisión se tenía total o parcialmente como disposición a título gratuito del bien en pleno dominio. El valor de la cosa al tiempo del contrato se sumaba a la masa hereditaria (antigua redacción del art. 3602), establecíase así la legítima de cada heredero y la cuota disponible, y aquel valor se imputaba primero a ésta y luego a la legítima del adquirente; si quedaba todavía un remanente, el beneficiario del acto debía aportar su cifra para integrar con ella las legítimas de los coherederos. En otras palabras, compartiendo la tesis según la cual la colación y la legítima sólo atribuyen a los legitimarios acciones personales contra los donatarios, el título de adquisición del bien resultaba perfecto y la transmisión definitiva.

14. La reforma de 1968 ha traído un cambio en las relaciones transmisivas de bienes a título oneroso entre ascendientes y descendientes. Antes, como regla general y según acabo de exponerlo, tales transmisiones eran sospechadas de gratuitas y juzgadas como tales, cualquiera fuese el texto del contrato respectivo. Ahora la regla general es inversa: los contratos de transmisión entre ascendientes y descendientes tienen el mismo tratamiento que los de igual naturaleza celebrados entre extraños, y operan el efecto propio de su apariencia onerosa hasta tanto se demuestre en juicio que son simulados, ya sea en forma absoluta, ya relativamente escondiendo una donación. Salvo, claro está, las dos hipótesis previstas en el nuevo artículo 3604, que eran de muy escaso uso, y ahora, por su implicancia, no darán lugar a uso alguno.

Esto quiere significar que las personas han recuperado su pleno y excluyente poder dispositivo para enajenar bienes a título oneroso a sus ascendientes y descendientes, sin serles ya necesario conseguir la conformidad de los coherederos del adquirente para que el acto tenga real y definitivamente carácter oneroso. Esto quiere significar, asimismo, que una venta entre padre e hijo carece de influencia alguna en la transmisión del acervo hereditario del primero, y sólo está sujeta a las acciones ordinarias de nulidad que podrían intentarse contra un acto de la misma naturaleza celebrado entre extraños; singularmente - en lo que nos interesa - a una acción dirigida a verificar que la aparente venta es realmente una donación. Y va de suyo que, si esta última progresase, el adquirente debería colacionar por entero el valor del bien transmitido, sin que le fuere posible pretender la mejora o dispensa tácita del artículo 3604, que se traduce - como se sabe - en una imputación inicial sobre la cuota disponible.

15. Y ya que de la simulación estamos hablando, conviene que analicemos, no ya la que puede afectar como vicio a los actos de enajenación entre ascendientes y descendientes, sino la que se ha dado como resuelta mediante la fórmula del artículo 918 francés y las dos redacciones del artículo 3604 argentino.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El texto que proyectó Vélez Sársfield llevaba a imaginar, con su expresión amplia, la figura común de una venta pura y simple que, para el Código, era una donación directa con mejora o dispensa de colación; vale decir, la naturaleza de un contrato escondida bajo la naturaleza de otro, pero siempre recayendo sobre el mismo objeto. Ahora que nuestro artículo 3604 se ha acercado o sobrepuesto a las limitadas hipótesis del texto francés, se advierte enseguida que el supuesto común de venta - donación de dominio pleno ha quedado excluido, y los contratos que encara la ley son sólo dos: a) el de renta vitalicia, que es por esencia oneroso entre las partes, aunque pueda significar una liberalidad entre el que transmite el capital y el acreedor de la renta; b) y el contrato de venta de la nuda propiedad de una cosa, con permanencia del usufructo en cabeza del vendedor. Para ambos casos, la ley dice que se ha donado toda la cosa, la cosa entera, en pleno dominio; aun en la segunda hipótesis, que se refiere exclusivamente a la transmisión de la nuda propiedad. En otras palabras, lo que no advertíamos en razón de la fórmula amplia del antiguo artículo 3604, ahora se ve claramente: la simulación no radica sólo en la naturaleza del acto (donación escondida bajo una venta), sino que abarca también el objeto del acto jurídico: parecía la venta de la nuda propiedad, pero era la donación del bien en su dominio pleno.

16. Esto de la enajenación "con reserva de usufructo", que en realidad es el acto solitario de venta de la nuda propiedad a un heredero presunto (obsérvese que digo "acto solitario", pues si se vende la nuda propiedad a uno y se transmite al mismo tiempo el usufructo a otro, no será el caso del artículo 3604); esto - repito - mueve a algunas reflexiones. Aparentemente, entre simular la venta de la nuda propiedad, o decir abiertamente que se dona esa parte del dominio, el transmitente debería siempre preferir la segunda fórmula contractual, porque en el primer caso el beneficiario colacionaría por lo común los  $\frac{4}{5}$  o los  $\frac{2}{3}$  del valor del bien en su pleno dominio, en tanto que, si se le hubiese donado, sólo colacionaría el valor de la nuda propiedad, que se tiene generalmente como inferior al del usufructo, y se enriquecería con el dominio útil a la muerte del enajenante (no a título hereditario sino por la naturaleza temporal del usufructo).

Esa opción a favor del acto gratuito sincero podría ser conveniente para el propósito benefactor del enajenante, bajo la vigencia del texto de Vélez Sársfield. Porque el valor de lo donado se calculaba al tiempo de la donación. Véaselo en este ejemplo:

1º - Donación en 1940, de padre a hijo, de la nuda propiedad de un inmueble. Valor de ella: \$ 100.000. Valor total del inmueble: \$ 1.000.000. El donante fallece en 1960 sin dejar otros bienes. Concurren a la herencia el donatario y un hermano; el primero debe entregar al segundo \$ 50.000, y se queda con todo el inmueble, cualquiera sea su valor actual.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

2° - La misma hipótesis, pero con venta de la nuda propiedad. El adquirente conserva el inmueble, cualquiera sea su valor actual, pero debe entregar a su coheredero la suma de \$ 400.000, que es su legítima según valor calculado al día de la venta.

Era posible, asimismo, que la transmisión se realizara poco antes del fallecimiento, lo cual razonablemente determinaría un valor para la nuda propiedad superior al del usufructo. Así:

1° - Donación en 1960, de padre a hijo, de la nuda propiedad de un inmueble. Valor de ella: \$ 700.000. Valor total del inmueble: \$ 1.000.000. El donante fallece en 1962 sin dejar otros bienes. Concurren a la herencia el donatario y un hermano; el primero debe entregar al segundo \$ 350.000, y se queda con todo el inmueble, cualquiera sea su valor actual.

2° - La misma hipótesis, pero con venta de la nuda propiedad. El adquirente conserva el inmueble, cualquiera sea su valor actual, pero debe entregar a su coheredero la suma de \$ 400.000, que es su legítima según valor calculado al día de la venta.

Esto significa que, cuanto más cercana se halle la enajenación, en el tiempo, de la época probable de fallecimiento del enajenante, mayor valor tendrá la nuda propiedad y menor el usufructo. Consiguientemente, la donación de la nuda propiedad se irá aproximando en sus efectos a la hipótesis de venta; pero sólo en rarísimas ocasiones la forma onerosa podrá resultar para el adquirente más beneficiosa en sus consecuencias patrimoniales que la forma lucrativa.

La situación descrita era la del Código, repito. Ahora, ocurrida la reforma, la venta y la donación de la nuda propiedad deben encararse en términos completamente opuestos a los antes examinados, en cuanto a los efectos patrimoniales. Naturalmente, mirando siempre desde el punto de vista de la transmisión misma del inmueble y aceptando que la venta haya sido realmente simulada. Ya veremos qué debe resolverse respecto de la prestación pagada por el adquirente, en caso de que la venta haya sido sincera.

¿Por qué los efectos son distintos, según se aplique el Código de Vélez o los textos reformados de 1968? Simplemente, porque los valores donados son referidos ahora "al tiempo de la apertura de la sucesión", como lo disponen los artículos 3477 y 3602. El punto no deja de suscitar dudas, porque, si bien es cierto que la nuda propiedad donada debe avalorarse al momento de la muerte del donante, también lo es que, en ese momento, por virtud del artículo 2920 no existe ni nuda propiedad ni usufructo, sino dominio pleno; amén de que una estimación aproximada de ambos valores, el de la nuda propiedad y el del usufructo, requiere necesariamente que sus dos titulares estén vivos.

Sin embargo, si se me autoriza una comparación atrevida, diré que la nuda propiedad es como un globo, que va hinchándose a medida que se acerca la muerte del usufructuario; y en el instante en que ésta se produce, alcanza su tensión máxima y estalla. En otras palabras, el valor

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de la nuda propiedad es una proporción en el valor total de la cosa como dominio pleno, que va creciendo constantemente y llega al tope del 100% en el momento mismo en que fallece el usufructuario. Entonces se integra con el usufructo, una y otro desaparecen, y surge como un resultado químico el dominio pleno.

Con esta idea, veamos nuevamente el ejemplo de la donación y la venta de nuda propiedad, pero bajo la vigencia del nuevo artículo 3604, concordado con los textos actuales de los artículos 3477 y 3602.

1° - Donación al hijo en 1940 ó 1958. El donante fallece en 1960 sin dejar bienes en su herencia; le sobreviven el donatario y otro hijo. Conforme con los artículos 3476 y 3477, el primero debe colacionar el valor de la nuda propiedad al tiempo de la muerte del causante, y como ese valor se confunde con el del inmueble en pleno dominio en la misma época, el donatario deberá entregar a su hermano la mitad de esa última estimación. En suma, si el inmueble vale \$ 1.000.000, su obligación será de \$ 500.000.

2° - La misma hipótesis del párrafo anterior, pero venta de la nuda propiedad. Conforme con el texto del artículo 3604, el valor del inmueble en dominio pleno (\$ 1.000.000), referido a la fecha de la muerte del enajenante (arts. 3477 y 3602), se imputará primero sobre la parte disponible (\$ 200.000) y el resto será colacionado. En consecuencia, el donatario deberá entregar \$ 400.000 a su coheredero.

Está claro, pues, que si bajo la vigencia del Código de Vélez Sársfield el disponente debía decidirse en la generalidad de los casos por el acto gratuito, para que el beneficio del adquirente fuese mayor, una vez sancionada la reforma su decisión deberá ser a favor de la fórmula venta. En resumen, y para clarificar la situación: ¿por qué en este caso la venta otorga mayor beneficio que la donación? Simplemente, porque lleva consigo la dispensa de colación. De modo que si la disposición gratuita por contrato fuese seguida de una dispensa testamentaria conforme con el artículo 3484, el resultado sería el mismo en ambos supuestos: tanto si se enajenase la nuda propiedad por donación, cuanto si se enajenase por venta, el adquirente debería pagar a su coheredero la suma de \$ 400.000.

17. De lo expuesto se concluye lo siguiente: que en materia de enajenación de nuda propiedad con propósito de beneficiar al adquirente, el artículo 3604 reúne en un acto lo que ordinariamente debe resultar de dos. Mediante la donación, el disponente produce un adelanto de parte hereditaria; y mediante la posterior dispensa testamentaria, produce la mejora derivada de la imputación inicial a la cuota disponible. En tal hipótesis esa mejora no es definitiva, a causa de la revocabilidad esencial del testamento. Usando la fórmula venta, ambos actos - donación y dispensa - quedan reunidos en uno solo, con el agregado de que la mejora es definitiva, puesto que, contrariamente al testamento, la enajenación gratuita entre vivos, bajo apariencia onerosa, es en principio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

irrevocable.

18. Va de suyo que lo dicho tiene en mira una venta entre ascendiente y descendiente sin participación de los demás legitimarios, pues en caso contrario no hay donación presumida, sino acto oneroso real.

19. Muchas otras cuestiones pueden ser examinadas, propias del artículo 3604 en su nueva redacción, o que también podían analizarse bajo la vigencia del texto primitivo. Lamentablemente, el estudio de todas ellas llevaría esta exposición más allá de límites razonables. Por ello usaré de la atención de ustedes nada más que para ocuparme de la suerte de la contraprestación cumplida por el adquirente.

20. Es doctrina común - constantemente reiterada por los tratadistas y los tribunales franceses - que si la ley ve en el acto de enajenación una donación disfrazada o simulada, presumiéndolo así *juris et de jure*, sería contradictorio reconocerlo por una parte, y por la otra admitir la realidad de una contraprestación cumplida; esto último, precisamente, demostraría la falsedad de la presunción y probaría contra ella como si fuera *juris tantum*.

Encarando el problema desde ese ángulo, ninguna reserva parece justificada. La indivisibilidad de un contrato rechaza que pueda ser sincero en cuanto a la causa de una prestación, y simulado en cuanto a la causa de la otra. O sea: es imposible que un contrato pueda calificarse de donación en cuanto a la cosa transmitida, y de venta, permuta o cesión onerosa en cuanto a la supuesta contraprestación que aduce el adquirente de aquélla.

Esto, que se exhibe tan lógico, suscita una gran perturbación en el intérprete, cuando se comprueba la realidad del cumplimiento de la contraprestación mencionada en el contrato. Naturalmente, no preocupa al juez o al abogado que en la escritura se mencione un precio en dinero pagado con anterioridad a ella, ni aun que se hable de un dinero entregado ante el escribano; se supone enseguida que la primera declaración es falsa, o que, en el segundo caso, el dinero ha sido restituido por el enajenante al adquirente en la puerta de la escribanía. Pero en ocasiones el cumplimiento de la contraprestación aparece cierto, indudable, o con un alto grado de verosimilitud. Por ejemplo: el precio de adquisición se paga con un cheque certificado que es objeto de depósito en la cuenta corriente bancaria del enajenante, quien fallece inmediatamente sin hacer retiros de esa cuenta; o no se trata de una venta sino de una permuta, y la contraprestación del adquirente consiste en la transmisión de otro inmueble, el cual aparece inscripto a nombre del causante, en el Registro de la Propiedad, por ese título al tiempo del deceso. ¿Cómo sostener que la entrega de ese dinero o la transmisión del segundo inmueble han sido simulados? ¿Cómo justificar el rechazo de la restitución sin herir la equidad?

Aceptar que el adquirente carece de derecho a recuperar lo que ha dado,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

significa crear un perjuicio en cabeza de aquel a quien se supone beneficiado. Considérese en efecto esta hipótesis: Juan, desconociendo una regla tan especial como es la del artículo 3604, compra a su padre, octogenario, la nuda propiedad de un inmueble que vale \$ 1.000.000; y, como el vendedor tiene ya tantos años, le paga \$ 500.000 por un derecho que, razonablemente, se convertirá pronto en dominio pleno. Al fallecer al poco tiempo el padre, los tres hermanos dicen a Juan: tú recibiste una donación de \$ 1.000.000; toma de ella \$ 200.000 por la cuota disponible y danos a los tres \$ 600.000 por nuestras legítimas; guárdate el saldo por la tuya. Nada te debemos por lo que diste a nuestro padre. Estamos en paz. Con lo cual el pobre adquirente resultaría pagando por el inmueble más de lo que vale, y, además, perdería su parte hereditaria y aún su legítima, no obstante las enfáticas disposiciones de los artículos 3591, 3598, 3599, 3602 y otros del Código Civil.

Otro ejemplo. Juan adquiere de su padre la nuda propiedad de un inmueble que en su pleno dominio vale \$ 1.000.000. A título de permuta le transmite, a su vez, un lote de terreno que vale \$ 500.000. Al fallecer el causante, los tres hermanos dicen a Juan: la donación de \$ 1.000.000, más el inmueble que se halla en la herencia de nuestro padre, suman \$ 1.500.000; toma \$ 300.000 como porción disponible y quédate con el inmueble; nosotros nos guardaremos el lote y tú tendrás que pagarnos \$ 400.000 para completar nuestras tres legítimas. En resumen, Juan se habrá desprendido de \$ 900.000 para recibir un inmueble de \$ 1.000.000. La herencia de su padre le ha significado \$ 100.000, en tanto que 300.000 a cada uno de sus hermanos. Si él no hubiera contratado con su padre, su parte hereditaria habría sido de \$ 250.000, y su legítima de \$ 200.000. Por tanto, la no restitución de lo pagado significa, en la hipótesis, violar la igualdad entre los hijos y vulnerar la legítima de uno de ellos en beneficio de los otros.

A mi juicio la repetición es siempre posible, a menos que no se pruebe debidamente el pago. Me parece que en todo este problema hay una gran confusión de conceptos. No es que se trate de tener por serio, desde el punto de vista de la contraprestación, lo que se da por simulado desde el punto de vista de la transmisión hecha por el causante. No es que se pretenda obtener la devolución de lo entregado, como si hubiera habido una venta nula o resuelta, pues esto contradiría la disposición de la ley, la cual, al afirmar que ha existido un acto gratuito, desdeña que se invoque una venta, ni válida, ni nula, ni resuelta. Lo que importa no es el contrato consentido, sino el pago realizado; es decir, el aspecto obligacional puro, con prescindencia de la convención que determinó un cumplimiento por mero deber aparente. Los ejemplos que he desarrollado muestran a mi juicio en forma diáfana que en el caso mediaría un enriquecimiento injusto; que los coherederos del adquirente reciben sin causa lo que éste pierde, también sin causa. El adquirente ha pagado lo que creyó debía pagar, ignorando que, en razón de un texto legal, no compraba realmente, ni estaba obligado a cumplir esa contraprestación. Cabe pues invocar el artículo 784 del Código. Y de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

todos modos, aunque el pago no hubiese sido motivado por un error de derecho, lo cierto es que no habría habido causa para efectuarlo, ya que lo recibido era, por disposición de la ley, una liberalidad, sin deber compensatorio a cargo del adquirente. Corresponde entonces invocar también los artículos 792 y 793. Por último, si la contraprestación estuviera aún pendiente de cumplimiento, ¿quién se atrevería a sostener que el enajenante o sus herederos estuvieran autorizados a reclamarla? No podrían atenerse a la figura de la donación, impuesta por la ley, y requerir al mismo tiempo una contraprestación reñida con la naturaleza de aquélla. Consiguientemente, si no hay acción para exigir, no puede haber excepción para retener, a menos que se quiera introducir aquí el extraño perfil de la obligación natural. No es justo que se trate de distinto modo al adquirente que pagó y al que no pagó. La situación obligacional de ambos es idéntica, idéntico debe ser su derecho.