

# Donaciones y liberalidades atípicas en fraude a la ley

Donations and atypical donations in fraud to the law

*Miguel Ángel Tomé \**

*A la memoria del Prof. Dr. Esc. Enrique Arezo Pérez*

**RESUMEN:** El artículo ahonda el tema de la donación, contrato que si bien prima facie suele generar idea de generosidad o magnanimidad por parte del donante, puede emplearse como un medio para frustrar derechos de un tercero o realizarse en fraude a la ley.

**PALABRAS CLAVE:** Contratos de donación. Simulación (Derecho). Fraude. Derecho Civil. Uruguay.

**ABSTRACT:** The article explores the subject of the grant, contract, which although prima facie tends to generate idea of generosity or magnanimity by the donor, can be used as a means to frustrate the rights of a third party or be done in fraud to the Law.

---

\* Doctor en D y CS, Universidad de la República. Tribunal Contencioso Administrativo. Uruguay. E- Mail: migueltoome@estudiotome.com

**KEYWORDS:** Donation contracts. Simulation (Law). Fraud. Civil Law. Uruguay.

**SUMARIO:** 1. Aproximación al tema en estudio. 2. Donación típica en contraposición de la liberalidad atípica. 3. Conceptualizaciones previas. 4. Contrato típico de donación afectada por *simulación absoluta*. 5. Contrato típico de donación afectada por *simulación relativa objetiva*. 6. Donación afectada por *simulación relativa subjetiva*. 6.1 Diferentes clases de interposición. 6.2 La interposición ficta. 7. Donaciones en fraude a la ley. 7.1 Interposición real y donación en fraude. 7.2 La intestación a nombre ajeno. 7.3 La intestación a nombre ajeno como especie de negocio indirecto en fraude a la ley. 8. La sanción al fraude y normativa aplicable. 9. Almas muertas.

## 1.

### APROXIMACIÓN AL TEMA EN ESTUDIO

El contrato de donación y las diversas modalidades del género de las liberalidades *-como la donación indirecta-*, han constituido tema de copiosa literatura, no precisamente por la buena utilización que de ellas se ha realizado respecto de un contrato *-que si bien prima facie puede considerarse altruista-* esconde en no pocas oportunidades fines espurios.

En el campo teórico y en líneas generales, los obsequios o regalos, son términos simples de llamar a las liberalidades que estudiaremos, preocupándose el Derecho ya desde largo tiempo de esta manifestación social o familiar que en puridad se denominó “donación”, al advertir que de alguna forma se debía proteger al propio donante en cuanto a su futuro económico, así como el derecho de sus futuros herederos<sup>1</sup>.

Por otra parte, el desarrollo histórico que ha tenido lo ha hecho sufrir diversos cuestionamientos, siendo en puridad observado bajo un manto de dudas, sumado a una indefinición económica final *- la posible o eventual reducción fallecido el donante-* que ha determinado la escasa aplicación práctica del mismo en forma de contrato típico.

---

<sup>1</sup> El Derecho Romano clásico fue el primero en ocuparse de esta situación derivada de la profusión de donaciones. Con acierto señala Arguello, que estos negocios en los que una persona se empobrece sin el aliciente de una contrapartida a su favor, fueron mirados con desconfianza. El recelo de que no siempre estuviese asegurada la libertad de querer del disponente y la protección de eventuales derechos familiares que podían resultar perjudicados, llevó a los romanos a establecer restricciones a las donaciones entre vivos, limitando la cuantía de la donación. La *lex Cincia*, conocida en parte debido a los *Fragmenta Vaticana* (colección de textos jurídicos del siglo IV d.C., sin autor conocido), fue un plebiscito propuesto a fines del siglo III a.C. por el tribuno Cincius Alimentus, que imponía se crease una tasa proporcional a la fortuna del donante, más allá de la cual prohibía la donación, salvo algunas excepciones. En el Derecho imperial, el sistema de la *lex Cincia* pierde vigencia por su inoperancia (se establece una consecuencia gravosa para su incumplimiento) y se reviste a las donaciones de requisitos formales (*insinuatio*), consistente en requerir la redacción de un documento en presencia del jefe de la provincia para operaciones de elevado monto estableciéndose que el donante declarase su voluntad ante la curia de la ciudad o el presidente de la provincia, levantándose y conservándose el acta correspondiente. Se formalizó la prohibición de la donación entre cónyuges, para evitar que el afecto conyugal determinara que el más indulgente, se empobreciera a costa del otro (Arguello, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. Editorial Astrea, 3era edición, Buenos Aires 2000, págs. 342-343).

Es un secreto a voces que de observarse en la titulación un antecedente de donación, en general los escribanos tienden a rechazar la operativa o al menos poner obstáculos para la contratación, lo que en definitiva conducen al mismo resultado. El hombre común, confía en su profesional y advertido de que el título puede ser rechazado en algún banco de plaza como garantía, o por otro colega a la hora de enajenar posteriormente el mismo, resulta determinante para el fatal rechazo de la operación. Lo expuesto determina una escasa aplicación del citado contrato, lo que hace estéril un prolongado estudio de las donaciones como contrato típico.

No obstante, para sortear tales cuestionamientos la práctica forense y notarial arrojan la utilización de diversas figuras ilícitas las cuales consisten básicamente en la implementación de una simulación relativa objetiva en la naturaleza del contrato en unos casos, en la utilización de un tercero cómplice en la simulación relativa subjetiva para casos de prohibición de contratar y en una figura cuyo análisis tendrá particular destaque, la que resulta de la intestación a nombre ajeno, especie del amplio género de los negocios indirectos, temas que además de otras patologías como la propia simulación absoluta del contrato de donación, serán objeto del presente trabajo.

Nos proponemos analizar un tema de indudable trascendencia y aplicación reiterada, que resulta de observar comportamientos fraudulentos que en el marco del género amplio de liberalidades constituyen “donaciones atípicas”, las que no se conforman de acuerdo a las previsiones que el Código Civil patrio, instrumenta a tales fines.

Observaremos que en puridad, son las que revisten mayor número. El cien por ciento de los casos jurisprudenciales observados de los años 2010-2013 refiere exclusivamente a tales cuestiones<sup>2</sup>.

Habida cuenta de lo expuesto, resulta ser objetivo del presente trabajo el análisis de las diversas modalidades en que habitualmente se observa la utilización ilegítima -sea simuladamente, sea en fraude- de liberalidades atípicas o comúnmente como se les llama: donaciones indirectas.

---

<sup>2</sup> A modo de ejemplo: Sentencia Nro. 125/2010 del TAF 2º Turno, Sentencia Nro. 340/2011 del TAF de 1º Turno, Sentencia Nro. 359/2012 del TAF 1º Turno, Sentencia Nro. 327/2012 del TAF de 2º Turno, Sentencia Nro. 313/2013 de la Suprema Corte de Justicia y Sentencia Nro. 122/2013 del TAF de 1º Turno.

## 2.

### DONACIÓN TÍPICA EN CONTRAPOSICIÓN DE LA LIBERALIDAD ATÍPICA

Ha señalado la doctrina más acabada que no existe en el marco normativo del Código Civil una delimitación precisa entre las nociones de gratuidad y liberalidad, pero en base a distintos artículos del citado cuerpo normativo puede considerarse que las liberalidades revisten un ámbito más vasto que el de gratuidad, al comprender a todos los contratos gratuitos (art. 1287 inc. 2 C.C.), pero también a actos no contractuales, como por ejemplo el enriquecimiento sin causa (art. 1308 C.C.)<sup>3</sup>.

GAMARRA con acierto señala que “la gama de las liberalidades no contractuales (liberalidades atípicas) es extensísima, ya que comprende puros hechos materiales (como la plantación, siembra y edificación en suelo ajeno), omisiones (en interrumpir una prescripción, por ejemplo), negocios jurídicos unilaterales (como la renuncia y el testamento) o bilaterales (como el pago), etc.”, construyéndose la categoría de las donaciones indirectas, “tomando en cuenta precisamente las liberalidades que escapan a la zona contractual y que la doctrina llama atípicas para distinguirlas de la donación, que es el contrato de liberalidad típico”<sup>4</sup>.

En consecuencia y a modo de resumen, resulta indudable que existe un género amplísimo de liberalidades *-contractuales unas, no contractuales e indefinidas otras-* que dan cuenta de una intención premeditada de ejercer sobre otra persona un acto de liberalidad sin que medie contraprestación y que exceden todas ellas, las previsiones normativas del contrato de donación.

La donación, como contrato típico, se encuentra regulada extensamente en los arts. 1613 al 1660 del Código Civil y tiene como particularidad con relación a otras figuras contractuales gratuitas (como por ejemplo, el comodato), que se produce una transferencia definitiva del bien donado, al señalarse al tenor de la definición legal que “se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado”.

Las consideraciones vertidas en el punto anterior, dan cuenta de la escasa utilización del referido contrato tipo de donación y de forma oblicua, el empleo de otros medios, directos e indirectos que provocan similares resultados que el primero nombrado, intentando

<sup>3</sup> GAMARRA, Jorge y otros. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo VI, 3era. edición actualizada, FCU Montevideo 2004, pág. 18.

<sup>4</sup> GAMARRA, Jorge y otros, obra citada, pág. 18.

sortear prohibiciones legales o el simple riesgo de la reducción de la liberalidad, conforme lo dispuesto en el art. 1639 C.C. a vía de ejemplo o prohibidas por la ley, como el caso de las donaciones entre cónyuges (art. 1657 C.C.).

En efecto, el citado art. 1639 permite a los herederos forzosos reducir en cuanto al exceso, las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1626 C.C. tengan el carácter de inoficiosas, realizado el cálculo general de bienes del donante al tiempo del fallecimiento del mismo.

El procedimiento resulta de fijar la porción legitimaria, tomando en cuenta el valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del donante previa las deducciones, agregando imaginariamente el que tenían las donaciones realizadas (art. 889 C.C.).

Si hubo exceso, se procederá a su reducción en orden inverso al de sus fechas, esto es, comenzando por las más recientes hasta completar la porción legitimaria que el donante no podía soslayar (art. 890 num. 4 C.C.).

Por su parte, la prohibición legal contenida en el art. 1657 C.C. de la donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio, ha determinado con fines de eludir tal impedimento, la realización de figuras oblicuas o indirectas las que serán detalladas en los puntos siguientes.

### 3.

## CONCEPTUALIZACIONES PREVIAS

Hemos señalado que unos de los problemas habituales que se observan al momento de analizar este tipo de eventuales fraudes, es la confusión que suele presentarse a la hora de encuadrar distintas figuras jurídicas dentro del instituto de la simulación, ejerciendo la correspondiente acción simulatoria, cuando las mismas obedecen a fenómenos ajenos a la misma<sup>5</sup>.

En efecto, la práctica forense arroja varios casos donde el profesional yerra el planteamiento jurídico de la cuestión litigiosa, deduciendo pretensiones de nulidad por simulación absoluta (o en su caso, relativa objetiva), que adolecen de errores conceptuales en cuanto al fundamento de los institutos aplicables.

Se observan la promoción de acciones simulatorias, tanto absoluta como relativa objetiva, cuando en los hechos, nos encontramos ante la llamada intestación a nombre ajeno,

---

<sup>5</sup> TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. *Fraudes Civiles y Comerciales*. Editorial La Ley, Buenos Aires 2014, pág. 227.

donde el negocio es querido por las partes y realizado en forma definitiva, lo que lo aleja de la simulación y lo coloca en eventuales hipótesis de fraude.

El significado jurídico del término “intestar”, deviene en los hechos, en colocar algo a nombre de otra persona. Un concubino pretende adquirir un bien a nombre del otro; este último no tiene el dinero para la compra, pero le es proveído por el primero nombrado, adquiriendo el bien definitivamente. En igual situación, el multicitado ejemplo del padre que compra un vehículo a su hijo, un departamento, un negocio, etc.

Obviamente que no toda intestación constituye fraude, siendo una práctica constante que, en general, no pretende irrogar perjuicio a nadie. El devenir económico arroja que el hombre común no va a un escribano y redacta un contrato de donación. Simplemente va al Banco, retira el dinero, se lo da al beneficiario y este adquiere el bien a su nombre con dinero ajeno.

El problema se observa cuando la presente modalidad de intestación a nombre de otro, se utiliza con fines espurios en perjuicio de acreedores o con intención de violentar la ley.

#### 4.

### **CONTRATO TÍPICO DE DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA**

Los negocios jurídicos simulados se efectúan de diversas maneras, siendo sus especies “tan numerosas como fecunda es la imaginación humana”<sup>6</sup>. Las formas que puede asumir el fenómeno simulatorio, se pueden agrupar en dos categorías: simulación absoluta y simulación relativa.

La clasificación bipartita atiende a si el concierto simulatorio se reduce simplemente a producir una ficción de negocio, no modificándose en modo alguno la esfera jurídica de las partes, o si por el contrario, detrás de la falsa declaración pública, se oculta o disimula otro negocio jurídico sea cual fuere su naturaleza y contenido<sup>7</sup>.

La distinción elaborada que toma como base la distinción entre simulación absoluta y relativa, se realiza teniendo en cuenta la naturaleza íntima del fenómeno simulatorio y es

<sup>6</sup> CAMARA, Héctor. *Simulación en los Actos Jurídicos*. Editorial Depalma, Buenos Aires 1944, pág. 105.

<sup>7</sup> TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. *Negocios Jurídicos Simulados y Fraudulentos*. FCU 2ª edición Montevideo 2008, pág. 91.

fundamental para la determinación de las posibles formas de simulación que ingresen dentro de cada categoría<sup>8</sup>.

Diáfananamente señalaba DE CASTRO Y BRAVO que la simulación absoluta es la forma más simple de la simulación y “supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan solo a su apariencia engañosa”<sup>9</sup>.

Lo expuesto determina que en la simulación absoluta las partes no han querido contratar ni celebrar negocio jurídico alguno. Los fines y efectos de dicho negocio no son queridos por las partes. En otras palabras, no quieren celebrar lo que en definitiva celebran, no quieren sus efectos ni sus consecuencias. El negocio simulado es solamente un medio para llevar a cabo determinados fines, no existiendo en los hechos nada debajo del mismo<sup>10</sup>.

Respecto a la simulación absoluta de un contrato de donación no es una modalidad habitual que se ventile ordinariamente en los tribunales vernáculos, pues los casos reiterados -como serán analizados- se verifican precisamente a la inversa, donde se simula un contrato oneroso, para disimular una donación, encuadrando la misma dentro de la simulación relativa objetiva. Pero como dijo Cervantes “cada loco con tu tema”<sup>11</sup> y nada obsta a que se pergeñe un engaño mediante la concreción de una donación simulada que no es tal.

Lo expuesto deriva en que un deudor apremiado por sus acreedores no elija precisamente esta vía para esquivar a los mismos. El disfavor con que la justicia mira este tipo de actos es ratificado con la sanción de la Ley de Concursos Nro. 18.387 a vía de ejemplo. En efecto, el inc. 1º del art. 81 de la citada ley dispone una presunción objetiva de fraude para aquellos actos a título gratuito realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concursos, considerándose incluidos los actos en que la contraprestación recibida por el deudor hubiera sido notoriamente inferior al valor del bien transferido<sup>12</sup>.

Asimismo, aún cuando el donante pretenda también alterar el orden sucesorio, los herederos legítimos tienen la acción de reducción ya expuesta anteriormente en los arts. 889 y 890 del C.C.

No obstante, mediante la utilización del contrato típico legislado en el Código Civil se puede intentar una apariencia que no es tal. Aún en el último caso referido, el donante puede perjudicar notoriamente a un heredero legítimo, al someterlo a la carga de proceder a recurrir a la justicia posteriormente con el fin de reducir el exceso, ya que la colación se

<sup>8</sup> LIEVANO, José. Introducción al Estudio de la Simulación. Bogotá 1978, pág. 90.

<sup>9</sup> DE CASTRO y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico, Editorial Civitas S.A Madrid, pág. 348.

<sup>10</sup> TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Obra citada, pág. 92

<sup>11</sup> Cuento corto de controvertida autoría: “La tía fingida”.

<sup>12</sup> TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Fraudes Civiles y Comerciales, obra citada, pág. 124.



realiza no del bien donado, sino del valor que el mismo tenía al momento de la donación (arts. 889 y 1108 C.C.).

En tales casos, quien disfruta el bien y percibe sus frutos es el donatario, mientras que el heredero perjudicado debe soportar una pesada carga, que incluye los gastos y las vicisitudes del proceso. Pero reiteramos, en el caso planteado -donación afectada por nulidad por simulación absoluta-, nos encontramos ante un negocio no querido por las partes: el donante nunca quiso donar, ni el donatario recibir en dicho momento la donación.

La acreditación de tal extremo resultará de la eficacia probatoria que en la causa se verifique, pues la prueba de la simulación ha señalado con acierto el Dr. ETLIN<sup>13</sup>, “es una cuestión compleja aquilatable conforme a pautas de razonabilidad, experiencia de lo que normalmente sucede y sana crítica (arts. 140 y 141 C.G.P.), sin llegar a un rigorismo implacable para posibilitar el abordaje de la psicología de las patologías negociales.... si bien la prueba de la simulación se rige por las Reglas Generales (arts. 137 y 139 del Código General del Proceso), la naturaleza de la pretensión ejercida por indicadores, presuncionales o indiciarios (arts. 1600 a 1606 del Código Civil), lo que se llama también “prueba indirecta o circunstancial”, que a través de un razonamiento conduzcan a la averiguación de la realidad subyacente del negocio, para establecer si la causa y el consentimiento corresponden a lo legalmente plausible, o si obedecen a una distinta y encubierta o a otros propósitos. Tal sistema probatorio tiene a su vez como consecuencia connatural y dada la necesidad de ingresar en aspectos de la interioridad psíquica de los objetos del contrato (la “Verdad no documentada”), la necesidad de apoyarse en diversos puntos de hechos que correctamente unidos, muestren la figura del Hecho que se quiere probar, la simulación”.

Por último en este punto, la sentencia -de acreditarse la simulación absoluta- deberá declarar la nulidad por falta de consentimiento y causa, pues participo de la línea argumental de PEIRANO<sup>14</sup> en contra de GAMARRA<sup>15</sup>, al señalar que si bien la causa en los contratos gratuitos es la mera liberalidad del bienhechor, “... ocurre que en razón de la teoría de los motivos es posible señalar que algunas “meras liberalidades”, que aparentemente son tales, se inspiran en motivos profundamente ilícitos...en razón del elemento causa, investigando los motivos que han determinando la producción de las mismas...”, debiéndose analizar “a

---

<sup>13</sup> Sentencia Nro. 52/2008 de cuando era titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5to. Turno.

<sup>14</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. Curso de Contratos. Tomo I, FCU 1974, pág. 77.

<sup>15</sup> GAMARRA, Jorge y otros, obra citada, pág. 104-105, si bien reconocemos que causa en la donación (mera liberalidad) y motivos (premiar a un hijo por ejemplo) resultan conceptos distintos, la posición de PEIRANO permite descubriendo los motivos, determinar la falsedad de la causa, ya que en esta hipótesis en estudio -donación simulada absolutamente- la causa nunca es la “mera liberalidad”.

propósito del contrato de donación, no solo las causas sino también los motivos, entendiendo que ésta es la única manera de ejercer un control efectivo sobre las donaciones que poseen carácter ilícito”.

## 5.

### **CONTRATO TÍPICO DE DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN RELATIVA OBJETIVA**

Por su parte, la simulación relativa revista indudable mayor complejidad que la simulación absoluta. A diferencia de esta, existen dos actos: uno aparente, ostensible, que sirve de cobertura al otro, real, efectivo, denominado acto velado, escondido, disimulado, enmascarado, etc.<sup>16</sup>, que se efectúa de dicha forma por diversos motivos que se expondrán o se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que en realidad oculta su verdadero carácter. La misma se produce cuando las partes crean la apariencia de un contrato distinto del que efectivamente quieren.

En la simulación relativa hay dos contratos: el contrato simulado, que es el destinado a aparecer solo exteriormente y el contrato disimulado, que es el realmente querido por las partes.

La simulación relativa puede apuntar a diferentes direcciones, sea recayendo sobre el mismo negocio jurídico (compraventa con pacto de retroventa que encubre negocio de préstamo oneroso o compraventa que encubre una donación); sea sobre el precio u objeto por distintas razones; sobre el mismo objeto o la causa (así, se dice donar cuando se hace efectivo el pago de una indemnización); o sobre la fecha, la cual se antedata o posdata<sup>17</sup>.

La simulación relativa puede agruparse en dos categorías: a) la simulación relativa objetiva, que a su vez se subdivide en la simulación en la naturaleza del negocio y simulación de contenido del mismo, y b) la simulación relativa subjetiva, que es aquella donde se simulan los sujetos intervinientes.

Dentro de la simulación relativa objetiva, la variante más utilizada resulta ser *simular la naturaleza del contrato*, configurándose la misma cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro.

<sup>16</sup> CÁMARA, Héctor, ob. Cit. pág. 115

<sup>17</sup> CAMPAGNUCCI de CASO, Rubén, El Negocio Jurídico. Editorial Astrea. Bs. As. 1992, pág. 326

ZANNONI<sup>18</sup> brinda un claro ejemplo: “la donación (negocio real), encubierta bajo la apariencia de compraventa (negocio disimulado)”<sup>19</sup>.

Los motivos pueden ser de variada índole, pero lo que importa es que se celebra un negocio jurídico que encubre otro distinto.

Otros ejemplos de simulación en la naturaleza del contrato pueden ser los siguientes: cuando la venta se desfigura bajo la forma de permuta o transacción, o de división; o también en el campo de las obligaciones, promesas de pago, declaraciones de deuda provenientes de mutuo, recompensas de servicios, etc, entre tantos, que en realidad ocultan una equivalencia ilícita.

Pero también puede haber simulación en el contenido, objeto u otros elementos del contrato. En este caso la simulación relativa se manifiesta no sobre el tipo contractual (se dijo compraventa y en su lugar era donación) sino sobre el objeto del contrato, o hilando más fino, sobre un contenido del mismo.

En Italia, Montecchiari<sup>20</sup> señala que en la simulación también puede darse en forma parcial, sucediendo esto cuando el acuerdo simulado contemple solo algunos elementos del contrato y sin embargo el mismo permanece operativo, mediante la sustitución de los elementos simulados con aquellos resultantes del acuerdo que verdaderamente celebraron las partes.

Otro ejemplo respecto al tema tratado podría ser la simulación de la donación de un bien, cuando en realidad el negocio versa sobre otro bien, aunque la hipótesis puede darse solo en caso de bienes no registrables. O bien las partes pueden simular el carácter de la “cosa” llamando por ejemplo, cosa mueble a un inmueble, cosa presente a una cosa futura, cosa propia a una ajena, cosa en el comercio a una fuera del mismo, etc., tratando de este modo de eludir normas prohibitivas.

Asimismo, es posible simular la calidad o estado de la cosa, lo que adquiere relevancia si dicha donación es cuestionada y se pretende la reducción por inoficiosa. En tal caso, la simulación de la calidad de la cosa podría derivar en perjudicar al heredero desplazado, por cuanto adquiere relevancia el precio del bien al momento de la donación, simulación del estado que pudo haber sido configurada con fines de abatimiento del valor.

---

<sup>18</sup> ZANNONI, Eduardo. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Editorial Astrea. Bs. As. 2003, pág. 374

<sup>19</sup> El citado autor entiende también que en el supuesto del ejemplo dado, “el cambio de naturaleza del negocio conlleva también la simulación en su objeto e, incluso, en su causa –entendida como móvil determinante” y cita a Mosset Iturraspe, quien señala que como la compraventa y la donación tienen por finalidad transmitir el dominio de la cosa- “aparentemente” vendida, pero “realmente” donada-, “será suficiente al efecto sustituir el elemento gratuidad por un precio en dinero y consecuentemente alterar la causa o motivo determinante”

<sup>20</sup> MONTECCHIARI, Tiziana. *La Simulazione del Contratto*. Giuffrè Editore, Milán 1999, pág. 101

FERRARA<sup>21</sup> señala que el contrato que más suele emplearse es la venta con precio fingido. Y esta última puede ir acompañada de la reserva de usufructo o de un gravamen de renta vitalicia, modalidades que tienen verdadera realidad y afectan con plena eficacia la donación oculta. Ahora bien, señala además que las circunstancias del caso pueden revelar claramente la verdadera naturaleza del acto, sea por la posición de cada una de las partes, de las relaciones de afecto existentes al momento de la concreción del negocio, de la imposibilidad del supuesto adquirente de disponer el dinero que se pagó como precio; pudiendo la donación vestir el ropaje de un arrendamiento, obteniendo el arrendatario el disfrute gratuito de la cosa arrendada.

La donación disfrazada, “puede tomar la forma de sociedad, si la aportación es puramente fingida y la finalidad del contrato está en conferir un beneficio a alguno de los socios” y lo mismo puede decirse de una transacción, si cuando lo que se da en ella como equivalente, se entrega, no como medio para finalizar o prevenir un conflicto judicial, sino por puro ánimo de liberalidad, siendo en consecuencia en ambos casos objeto de reducción o colación en su caso.

## 6.

### DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA

El último tipo de simulación relativa es la llamada *subjetiva*, por cuanto lo que se altera son los sujetos y que se conoce como simulación por interposición de personas.

En puridad se utilizan como cobertura generalmente cuando existen prohibiciones de contratación, como por ejemplo, con el fin de eludir la prohibición de donación entre cónyuges.

La modalidad en general es presentada de la siguiente forma: un esposo quiere donar a su cónyuge y acuerdan con otra persona afín a los mismos, que este actúe como cómplice y oficie de nexo a fin de sortear el impedimento legal. En tales extremos, el cónyuge A le vende al cómplice B y este a su vez, enajena al otro cónyuge C.

---

<sup>21</sup> FERRARA, Francisco. *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1931, pág. 258.

En apariencia hay dos contratos lícitos, pero en los hechos se vulnera la prohibición legal consagrada en el art. 1657 C.C. mediante la utilización de un testaferrero o “presta nombre” quien nunca tuvo intención de contratar sino solo de ser cómplice del nexo.

Resulta de indudable trascendencia, definir claramente las particularidades de las diferentes clases de interposición, que en los hechos lo constituye un sujeto que contrata -sin intención de adquirir- y que la dogmática jurídica llama “interposición”.

## **6.1 DIFERENTES CLASES DE INTERPOSICIÓN**

NANNI<sup>22</sup> señala que es generalmente compartido por doctrina y jurisprudencia, que el verbo intestar sirve normalmente para resaltar una desviación del normal procedimiento de adquisición de la titularidad de un bien. Y dicha desviación puede resultar de una interposición ficticia o real, o desviarse la adquisición, cuando el pago del precio se realiza por parte de un tercero.

Tomando el léxico del autor citado, nótese que el mismo habla en estos casos de “desviación” en la adquisición de un bien. Ello es natural, se supone que quien quiere adquirir un bien, generalmente lo hace a su nombre. En estos casos, la adquisición se realiza a nombre de otra persona.

Cuando se introduce una alteración de las partes, se traslucen varias posibles figuras que conviene destacar, pues las mismas son diferentes, una se encuentra inmersa en la teoría de la simulación, mientras que las otras dos están fuera de ella.

Por lo pronto, como señalamos, debemos consignar que solamente ingresa en el ámbito de la simulación la interposición ficta de persona, pues en dichos extremos nunca hubo ánimo de comprar ni de vender. Quedan fuera de la simulación, la interposición real y la intestación a nombre ajeno, figurando disímiles con características propias.

## **6.2 LA INTERPOSICIÓN FICTA**

La persona que se interpone es ficticia, no le interesa en absoluto contratar, ni los efectos del negocio que se lleva a cabo. En este tipo de interposición, se afecta la identidad de una de las partes del contrato, existiendo un sujeto llamado interpuesto, que es una persona distinta del verdadero contratante, el cual se denomina sujeto interponente, y que es identificado comúnmente como prestanombre o testaferrero.

---

<sup>22</sup> NANNI, Luca. *L'Interposizione di Persona*. CEDAM- PADOVA 1990, pág 256.

NANNI señala con acierto que “es por lo tanto apropiado el tradicional apelativo de prestanombre, porque el interpuesto se limita a consentir que sea usado su nombre en lugar de aquél del real destinatario”<sup>23</sup>.

Reiteramos el caso expuesto en el punto 3.3 respecto a la prohibición de donación entre cónyuges y la utilización de un cómplice como testafarro.

GALGANO<sup>24</sup> señala, que la voluntad de celebrar un contrato simulado o, en su caso de la interposición ficticia, de perfeccionarlo a través de otro sujeto, resultada de un concreto acuerdo simulatorio, que debe ser de al menos tres personas, ya que no basta un acuerdo solamente entre dos personas; la persona interpuesta y el interponente.

Se necesita forzosamente el acuerdo del tercero interviniente, ya que de lo contrario nos encontramos frente a una interposición real, conforme doctrina y jurisprudencia unánime.

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 19/2003 entendió que,

(...) la simulación relativa subjetiva por interposición de persona, requiere un acuerdo trilateral entre el interponente, que es el sujeto el interesado, que toma la iniciativa del negocio; la persona interpuesta (testafarro, prestanombre, hombre de paja), y el tercero que contrata con el testafarro. Si éste no interviniese en el acuerdo, el interpuesto adquiere realmente (y no en forma ficticia) y la interposición resulta real.

Un acuerdo interno entre el testafarro y el interponente no vuelve simulado el contrato si el tercero no participa del mismo. El tercero, que ignora el acuerdo entre interpuesto e interponente, vende al interpuesto; quiere realmente contratar con el, la calidad jurídica del sujeto interpuesto es irrelevante (no vuelve simulado el negocio), porque queda en el fuero interno de éste (es reserva mentar del prestanombre). El acuerdo trilateral determina que, necesariamente, haya tres partes en la simulación por interposición de personas. Son partes en esta simulación el contratante ostensible, el sujeto interpuesto o prestanombre y el contratante oculto.

El acuerdo simulatorio trilateral conforma un elemento esencial de la simulación relativa subjetiva por interposición de personas: si el vendedor no participa en el acuerdo simulatorio hay que concluir que la simulación no existe<sup>25</sup>.

De la misma forma ha entendido la Corte de Casación italiana:

“En la interposición ficticia de personas, la simulación tiene como presupuesto indispensable la participación en el acuerdo simulado no solo del interpuesto y del interponente, sino que también del tercero contrayente que debe dar su propia voluntad de adhesión al entendimiento alcanzado entre los primeros dos sujetos, asumiendo los derechos y las obligaciones contractuales en relación al interponente<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> NANNI, Luca. Obra citada, pág. 121.

<sup>24</sup> GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1992, pág.337.

<sup>25</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 19 de fecha 17/2/2003 (Parga, Van Rompaey (red), Cairoli, Guillot, Gutiérrez).

<sup>26</sup> Cass. Civ. Secc II, 4 de agosto de 1997, n. 7187 (Cod. de Italia, 472001)

Y en igual sentido señaló que: “la interposición ficticia de persona postula la imprescindible participación al acuerdo simulatorio no solo del sujeto interponente y de aquel interpuesto, sino que también del tercero contrayente, llamado a expresar la propia adhesión al entendimiento alcanzado por los dos primeros..., mientras que la falta de conocimiento, por parte de dicho tercero de los acuerdos realizados entre interponente e interpuesto... integra los extremos del singular caso particular de la interposición real de la persona (el acuerdo entre interponente e interpuesto resultando, en tal caso, constitutivo del solo deber, para este último, de retransferir al primero derechos y obligaciones derivadas del contrato, sin que alguna acción directa pueda ser reconocida por el interponente en relación del tercero), según el mecanismo efectivo típico de la representación indirecta. Resultando, que deducida en juicio la simulación relativa subjetiva de un contrato de compra-venta inmobiliaria, la prueba del acuerdo simulado debe, necesariamente, consistir en la demostración de la participación también del tercero contrayente...”<sup>27</sup>.

Ahora bien, el tercero que vende o enajena, ¿Qué grado de conocimiento debe tener la simulación? ¿Debe estar al tanto de todos los detalles o le basta tener conocimiento de quien es el verdadero sujeto que adquiere y paga el precio?

Al respecto, la Suprema Corte, en sentencia citada, signó que “las manifestaciones de la impugnante relativas al conocimiento de la situación por parte del hermano del causante, no resultan idóneas para modificar la conclusión a la que arribara la Sala, ya que el solo conocimiento del vendedor de la situación no resulta suficiente para tener por acreditada la simulación relativa subjetiva” y citando al TAC de 5° turno señaló que “aun admitiendo que el vendedor supiera quien aportó el precio y conociera el alcance del acuerdo entre el contratante ostensible y el interponente respecto de la retroversión o libertad de disposición por éste del inmueble adquirido “a nombre” del testafarro, tampoco hay simulación porque el vendedor tiene voluntad de transferir el dominio interpuesto, y el origen del dinero, así como el comportamiento posterior de comprador, son circunstancias que no le incumben”<sup>28</sup>.

Otra diferencia con la simulación relativa objetiva, es que aquí, en la subjetiva no existen dos negocios (el simulado y el disimulado) sino solamente uno de ellos, el que se caracteriza por alterarse debido a la introducción de un sujeto distinto al que verdaderamente tiene la intención de contratar. Ese sujeto, figura como parte, pero no tiene ninguna intención de selo, siendo solamente un testafarro o prestranombre, que tampoco adquiere derechos ni obligaciones<sup>29</sup>.

Los ejemplos pueden ser simples, hasta complejamente elaborados, pero, en sustrato en esta hipótesis existe solamente un negocio, donde aparece un tercero que sin intención al-

<sup>27</sup> Cass. Civ., Secc II, 15 de mayo de 1998 (Cod. de Italia, 4/2001)

<sup>28</sup> Sentencia de La Suprema Corte de Justicia, n° 19 de fecha 17/2/2003, citada.

<sup>29</sup> GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 70.

guna de adquirir el bien presta su nombre para ser parte del contrato, y sumado el concierto del vendedor, configura la simulación.

## 7.

### DONACIONES EN FRAUDE A LA LEY

El negocio en fraude a la ley, consiste en utilizar uno o diversos negocios o procedimientos, con el fin de evitar normas prohibitivas. Constituye sin lugar a dudas un comportamiento antijurídico.

En puridad, se busca y utiliza uno o diversos procedimientos formalmente lícitos que operen como *normas de cobertura*. Dichas normas fueron dictadas con otros fines, pero los infractores las utilizan con la intención de enervar los efectos de la *norma defraudada*, dándose un resultado contrario a una norma jurídica amparándose en otra norma, que ha sido dictada con distinta finalidad.

La relevancia del fraude, observa DE CASTRO Y BRAVO en obra citada, será distinta según que el resultado propuesto se centre en lograr algo en sí mismo ilícito (p. ej., escapar de una prohibición legal, conseguir un propósito inmoral) o se limite a buscar una eficacia distinta a la propia de su finalidad (p. ej., transmitir gratuitamente con la firmeza de un título de venta; enajenar por precio sin exponerse al retracto).

El negocio en fraude a la ley no es una figura especial de negocio jurídico; supone una anomalía en el procedimiento, la que mientras no se advierta le hace aparecer como un negocio normal, pero que en cuanto se pone al descubierto queda frustrado y como tal, al quedar en evidencia, se hace pasible de sanción, siendo la más grave la nulidad absoluta.

En igual sentido, se ha señalado que en verdad lo que “cualifica a los supuestos de fraude de ley es la utilización de una norma de cobertura que habría sido dictada con una finalidad distinta pero de la que se hace uso al objeto de conseguir enervar los efectos típicos de otra norma jurídica, que por este motivo denominamos norma defraudada”, dándose origen así a un resultado contrario a la norma jurídica amparándose en otra norma que ha sido dictada con finalidad distinta.

En nuestro derecho, BLENGIO considera “que la noción de negocio en fraude a la ley más aceptable, tanto desde un punto teórico como con referencia a nuestro derecho positivo, es la de que se trata de un negocio (o conjunto de ellos), formalmente lícito articulado



de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley”<sup>30</sup>.

La configuración del fraude, conforme a la tesis objetiva que sostenemos, se observa con el abuso de la forma jurídica, pues no se requiere ni la intención fraudulenta, ni el conocimiento de la ley vulnerada, sino el cumplimiento de un objetivo que catalogamos de ilícito, mediante una norma no prevista para el caso concreto<sup>31</sup>.

Tal configuración del fraude reside en la utilización de una norma (ley de cobertura), a efectos de soslayar otra norma (ley defraudada), lo que determina que en los hechos, la tarea que se impone es la de interpretar ambas leyes conjuntamente con el negocio jurídico cuestionado, a efectos de observar la licitud o ilicitud del último nombrado.

El negocio en fraude no se enfrenta con la ley que pretende esquivar, y busca amparo en otras leyes o principios del ordenamiento. Para la calificación jurídica del fraude se requiere que la ley evitada haya de entenderse de modo que deba aplicarse a dicho negocio, y que, por otra parte, las demás normas en consideración no sean suficientes, por ellas mismas, para otorgarle validez. Es decir, que para llegar a la condena de un negocio por fraude a la ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo (hasta incluir al negocio dentro de su radio de acción), y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura.

En definitiva, habiéndose descubierto la intención de los agentes participantes del fraude, en buscar un resultado contrario a la ley, se impone una interpretación sistemática y finalista de la norma defraudada. Dicha interpretación debe realizarse conforme a todo el ordenamiento buscando su finalidad o no aisladamente

La posibilidad de este tipo de interpretación, señala DE CASTRO Y BRAVO, depende de la concepción que domine en cada sistema. Será imposible o gravemente obstaculizada en los ordenamientos en los que predomina el formalismo, se favorecen los negocios abstractos o se defiende el concepto abstracto de los tipos de los negocios; resulta necesaria en aquellos otros sistemas en los que prepondera la causa sobre la abstracción y la forma, atendiéndose al fin práctico propuesto con el negocio<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> BLENGIO, Juan E. “*El negocio en Fraude a la Ley*”, en ADCU, Tomo XVI, pág. 56.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, véase Sentencia Nro. 213/99 del TAC 3er. Turno: “Se ha definido en el ámbito nacional el negocio en fraude a la ley como . un negocio (o conjunto de ellos) formalmente lícito articulado de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley .”. ADCU Tomo XXX, caso 412. Klett (red), Minvielle, Sassón. Sentencia Nro. 405/2005 del TAC 1º Turno: “Desde hace largo tiempo doctrina y jurisprudencia han aceptado como fraude a la ley aquellos negocios, en apariencia lícitos, utilizados como vías oblicuas para eludir límites legalmente impuestos a la autonomía de la voluntad, afirmando la vigencia en nuestro derecho del principio general “*fraus omnis corrumpit*”. ADCU Tomo XXXVI, caso 400. Castro (red.), Salvo, Vázquez Cruz.

<sup>32</sup> DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio Jurídico*. Editorial Cívitas. Madrid 1985, ob. cit. pág. 370.

## 7.1 INTERPOSICIÓN REAL Y DONACIÓN EN FRAUDE

Hemos señalado que la interposición ficta es distinta a la real, y que esta última queda fuera del ámbito de la simulación.

En perspectiva dialéctica la interposición real de persona- objeto de las presentes reflexiones- es el caso particular donde el tercero contrayente no interviene en ningún modo en el pacto de interposición. De otra forma se tendría interposición ficticia<sup>33</sup>.

En la interposición real, el acuerdo es entre dos personas, quedando extraña la tercera, mientras que en la interposición ficta, el acuerdo se efectúa entre los tres sujetos intervinientes: el que vende, enajena o dispone del derecho, el testafarro y el adquirente efectivo.<sup>34</sup>

En los casos de intestación en otra persona, la adquisición es real y el acto será atacado, si perjudica a terceros por la vía del fraude y no por la teoría de la simulación. La semejanza apunta a la utilización de una figura, en este caso de una tercera persona, para ocultar una de las partes del contrato, y de ahí parten las dificultades para diferenciar una de otra.

Por tanto, la interposición real es aquella en que la persona que comparece adquiere efectivamente el derecho y luego, por un acto posterior, lo vuelve a transmitir al verdadero interesado.

En consecuencia, hay dos transmisiones de derechos, del enajenante a la persona interpuesta y luego de ésta al adquirente, a diferencia de cuando interviene una persona interpósita ficta, donde la relación jurídica se entable directamente entre los dos titulares, siendo el testafarro “una simple apariencia de intromisión”. Por ello, el interponente real- a diferencia del testafarro- deviene titular del bien transmitido<sup>35</sup>.

Habiendo expuesto el marco teórico conceptual procederemos a analizar las posibles donaciones realizadas en fraude mediante la interposición real de personas que en puridad también se pueden asimilar a los negocios fiduciarios.

De plantearse un caso de donación afectada por fraude por interposición real, el cómplice adquiere realmente el inmueble mediante la donación, solo que se obliga a retransmitirlo posteriormente.

Veamos el caso: el cónyuge A le dona a B (cómplice) un inmueble. Este último adquiere el bien, utiliza el mismo, ejerce actos de dominio, pero por la convención privada, debe en un plazo X, donarlo a C.

<sup>33</sup> MONTECCHIARI, Tiziana. *La Simulazione del contratto*. Giuffrè Editore. Milán 1999, pág. 57.

<sup>34</sup> TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Obra citada. Pág. 105.

<sup>35</sup> CAMARA, Héctor. Obra citada, pág. 130.

No existe simulación, pues la adquisición de B fue real, lo que la aleja de la simulación, pero el negocio reviste la categoría de ser en fraude a la ley, si medio intención por ejemplo de soslayar la prohibición de donaciones entre cónyuges.

## **7.2 LA INTESTACIÓN A NOMBRE AJENO**

Nos encontramos, al igual que en el caso de la interposición real, fuera del ámbito de la simulación.

Como expresa GAMARRA<sup>36</sup>, y merece ser reiterado, “no hay que confundir con estos casos aquel en que un sujeto que es tercero (y no parte), respecto del contrato de compraventa suministra el dinero al comprador para que éste pague el precio. Aquí la simulación no puede existir por falta de acuerdo simulatorio; no hay acuerdo para simular una compraventa entre vendedor y comprador; el vendedor quiere realmente, realiza: el contrato (y también el comprador), El caso práctico fue resuelto acertadamente en este sentido. Se trata de una donación (real) de una suma de dinero (hecha por un tercero al comprador), que resulta externa por completo al contrato de compraventa. En cambio, si el precio es pagado por un tercero, ajeno a la operación, que renuncia a la acción de repetición, puede haber una donación indirecta. Pero también aquí la compraventa es real, y la especie nada tiene que ver con la simulación”.

Como señala NANNI<sup>37</sup>, el verbo intestar indica una actividad necesaria para atribuir relevancia externa, mediante la inscripción en registros públicos, o en los libros de una sociedad, o en cualquier otro documento idóneo, en crear una apariencia jurídicamente relevante, a una situación de titularidad de un sujeto sobre un bien. La intestación es por lo tanto el momento conclusivo de un procedimiento o luego que, en el caso en el cual no sea precedida en la realidad por alguna transferencia de derechos, un momento o instante que con buena razón puede definirse como neutro, aunque si, no habiendo duda, en el lenguaje común decir de un sujeto que es intestatario más bien que propietario de un bien, deja entender que la fase antecedente, la intestación ha tenido un desarrollo anómalo.

A los efectos de diferenciar la intestación en nombre ajeno de la interposición real, el citado autor señala que se pueden distinguir dos casos: el primero se tiene cuando en la voluntad de las partes, la intestación se revela como expresión de una voluntad distinta a la real; el segundo se tiene cuando la intestación representa una situación definitiva correspondiente a la voluntad de las partes, si bien madurada a continuación de un procedimiento que

---

<sup>36</sup> GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 68.

<sup>37</sup> NANNI, Luca. Obra citada, pág.253.

presenta caracteres anómalos. El elemento común es la adquisición, simulada o real, de un bien sin desembolso de dinero, mientras es cuestión de interpretación establecer si la falta de desembolso depende de lo ficticio de la adquisición, o por la asunción a la cabeza del interponente de la obligación de transferir el bien a la persona que ha pagado el precio, o por el intento de este último de beneficiar al intestatario.

Como ya observamos, y ello permite comprender correctamente las diferencias entre interposición real e intestación a nombre ajeno, “donde difieren... es en el carácter definitivo de la adquisición del intestado, mientras que el interpuesto realmente adquiere en forma temporal y transitoria, porque el interpuesto real se obliga a retransferir o retrovertir al interponente los bienes que realmente adquirió, y de los cuales es verdadera y efectivamente dueño”... siendo “por tanto, un propietario provisorio, mero vehículo que sirve de pasaje, sin vocación definitiva de propietario...”<sup>38</sup>.

En estas dos últimas figuras el fenómeno es binario, a diferencia de la interposición ficticia que es ternario (deben intervenir las tres partes en el acuerdo simulatorio). En la interposición real y en la intestación el acuerdo es entre dos partes, la que paga el precio y la que figura como adquirente; pero las mismas difieren en cuanto en la real, el sujeto que adquiere es un mero vehículo para un pasaje posterior del bien, mientras que en la intestación, se puede afirmar que la adquisición pretende ser definitiva, y por ende, sin obligación de retransmitir el bien a quien pago el precio.

### **7.3 LA INTESTACIÓN A NOMBRE AJENO COMO ESPECIE DE NEGOCIO INDIRECTO EN FRAUDE A LA LEY**

El fraude a la ley se verifica cuando sus autores intentan amparar el resultado contrario a la ley, en otra disposición cuya finalidad es diferente y el mismo consiste, como señala DE CASTRO, “en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca *evitar* las normas dictadas para regular otro negocio: aquel precisamente, cuya regulación es la que corresponde al *resultado* que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica”<sup>39</sup>.

La dirección a la cual se dirigen los partícipes del negocio, se orienta a la búsqueda de un resultado elusivo, mediante el empleo de otro negocio en apariencia lícito, con el espurio fin de obtener el resultado que se pretende.

---

<sup>38</sup> GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 135.

<sup>39</sup> DE CASTRO, Federico. Obra citada, pág. 369.

El problema del negocio en fraude a la Ley, señala BLENGIO<sup>40</sup>, “...se ha presentado como una cuestión de límites de la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que al autorregularse sus intereses los sujetos tienen la posibilidad de servirse de todas las formas negociales que no hayan sido prohibidas por el ordenamiento jurídico, no lo es menos que no pueden perseguir (y sobre todo alcanzar) determinados resultados que el mismo les veda”, agregando que “el comportamiento de los sujetos encaminados a eludir las prohibiciones y mandatos legales mediante una conducta fraudulenta constituye una constante de todo ordenamiento normativo. Se ha podido decir, y no sin razón, que a eludir la ley han dedicado sus esfuerzos los ingenios más agudos, logrando en algunos casos la perfección y la elegancia de un arte. El mismo arte que ha servido para la evolución y el progreso del Derecho, se ha empleado para perfeccionar los mecanismos que han permitido eludir sus disposiciones, tornándolas inaplicables.”, siendo el fraude a la ley “un fenómeno dotado de una extraordinaria vitalidad, que se renueva constantemente asumiendo siempre formas distintas”.

Expuesto someramente el marco teórico del negocio en fraude a la ley, corresponde delinear los conceptos del *negocio indirecto*.

RUBINO señaló en su oportunidad que lo más característico del procedimiento indirecto, consiste sobre todo en que, aun existiendo un acuerdo, “la causa típica del negocio debe en el ámbito de este, alcanzar ulteriormente un resultado que es verdaderamente ajeno a la figura concreta del negocio contemplado por las partes”<sup>41</sup>.

En nuestro medio, GAMARRA lo clarificó: “la nota más características del negocio indirecto radica en que las partes realizan real y efectivamente un negocio jurídico, pero además de querer el fin que es típico y normal del negocio adoptado, persiguen también la obtención de fines ulteriores que son ajenos y extraños a este”<sup>42</sup>.

El citado autor, pero esta vez en el Tomo VI de su Tratado, conceptualizó la donación encubierta bajo la modalidad de un negocio indirecto, expresando que la voluntad de producir el enriquecimiento de un sujeto puede realizarse mediante el contrato de donación, “pero también empleando otros medios distintos”, como la donación indirecta, término que podría sustituirse más eficazmente por el de liberalidad atípica<sup>43</sup>.

A efectos de concretar la liberalidad, se utiliza una vía indirecta u oblicua, como por ejemplo la renuncia de un crédito de un usufructo en beneficio del nudo propietario.

---

<sup>40</sup> BLENGIO, Juan E. *El Negocio en Fraude a la Ley*, obra citada, pág. 43.

<sup>41</sup> RUBINO, Doménico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, pág. 21.

<sup>42</sup> GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIII. FCU 3era edición, Montevideo 1979, pág. 221.

<sup>43</sup> GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo VI, obra citada, pág. 210.

Pero también se concreta con la llamada intestación a nombre ajeno, cuando un cónyuge adquiere un bien, pero con el dinero proporcionado por el otro.

En la especie, resulta claro que el donante pretende vulnerar prohibiciones legales, tal cual la donación entre cónyuges, constituyendo un claro fraude a la ley, pero además también puede intentar vulnerar las legítimas, disimulando una Institución Testamentaria soslayando el derecho de los demás legitimarios, quien verían menoscabado sus aspiraciones al fallecimiento de aquel. El gran FERRARA también hizo eco de tales vicisitudes en un legendario artículo de doctrina<sup>44</sup>

## 8.

### LA SANCIÓN AL FRAUDE Y NORMATIVA APLICABLE

Habida cuenta de lo expuesto en el punto anterior, corresponde observar la sanción al negocio realizado en fraude a la ley. El artículo 8 del Código Civil señala que “la renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”, lo que permite observar sin hesitaciones la sanción contra el negocio: la nulidad.

Sin embargo, como señala BLENGIO, “no siempre las normas eludidas son prohibitivas y por consiguiente, las consecuencias no deben ser necesariamente las conexas a este tipo de normas. Podría ocurrir que la disposición eludida estableciera simplemente una carga o no se refiera a la sustancia del acto, y, en este caso, sostener la nulidad absoluta del negocio podría resultar desproporcionado además de vidriosa fundamentación legal, pues estaríamos fuera del campo de la causa ilícita (salvo que de ésta se tuviera una noción muy amplia). Hay sin embargo una consecuencia que, sin mayores dificultades, puede entenderse común a todos los casos de fraude: la aplicación de la norma (supuestamente) eludida, pues, en última instancia, la cuestión versa sobre la determinación del alcance de una disposición legal o de sus presupuestos de aplicación. En esta óptica la solución que mejor parece amoldarse a la sustancia del problema y a la naturaleza de los intereses en juego, es la de considerar irrelevantes los actos declarados por las partes, por lo cual el Juez podrá entonces aplicar libremente la norma que se pretendía eludir<sup>45</sup>”.

<sup>44</sup> FERRARA, Francisco. “*Interposición de Persona e intestación en otra persona*”, en RJA, Tomo 41, pág. 225.

<sup>45</sup> BLENGIO, Juan E. *El Negocio*. ob. cit. pág. 61.

No obstante lo expuesto, declarada la nulidad del contrato en cuestión, inmediatamente las dudas comienzan a surgir en cuanto a “cual” es el objeto donado: ¿el dinero?, ¿el inmueble?

Participamos de la línea expuesta por CARNELLI<sup>46</sup>, cuanto a que el objeto de la atribución patrimonial gratuita es el bien y no el dinero, pues como señala el citado autor, a los fines indirectos de recurre toda vez que resulte jurídicamente imposible realizar el negocio en forma directa, “lo que permitirá inferir que la intención común es otra, no es transferir el dinero, sino transferir el bien”, aunque en casos como el expuesto corresponde “interpretar” la voluntad de los partícipes.

Por último, respecto a la normativa aplicable a este tipo de negocio atípico, se ha reseñado fundadamente que tales liberalidades no forman parte del contrato tipo de donación, no obstante, compartimos la posición ensayada por GAMARRA<sup>47</sup> y CARNELLI, en cuanto a extender a las donaciones indirectas las normas previstas en el Código Civil para las donaciones directas, además de sus remisiones a las normas de reducción y colación.

## 9.

### ALMAS MUERTAS

A modo de conclusión diremos que una de las mejores novelas de la literatura rusa del siglo XIX, es la obra de Nicolai GOGOL: “*Almas muertas*”. En ella se reseñan las aventuras de un ambicioso personaje -*Chichikov*-, noble venido a menos, el que pergeña un plan para adquirir tierras del Estado Ruso.

Para el cumplimiento de sus fines, recorre grandes haciendas entrevistándose con sus propietarios a los cuales les ofrece un inusual negocio en fraude a la ley: la compra de campesinos fallecidos después del último censo (que se realizaba cada 10 años) que aún figuran como vivos en los Registros a efectos del pago de impuestos.

Con unos de los terratenientes que negocia (Manilov), Chichikov formaliza un contrato de donación de personas fallecidas<sup>48</sup>, pero que figuran como vivos y de esa forma, se formaliza la escritura. El primero se desprende de los campesinos muertos con lo que permite engañar al fisco y pagar menos impuestos y el segundo, suma “almas” con que conseguir tierras del Estado mediante un negocio de donación en fraude.

<sup>46</sup> ADCU. Tomo V, págs. 201-203.

<sup>47</sup> GAMARRA, Jorge, obra citada, pág. 221 y CARNELLI, Santiago, obra citada, pág. 202.

<sup>48</sup> Capítulo II.

Lo expuesto es una mera anécdota de cómo el problema de la donación encubierta que alberga fines contrarios a la ley resulta una práctica constante, tal como versan innumerables textos jurídicos y literarios de todas las épocas.

Pese a lo extenso del marco normativo de la donación en nuestro Código Civil, la utilización del contrato tipo es prácticamente inusual. En el otro extremo, en la antítesis, la liberalidad atípica se encuentra profusamente utilizada por diversos medios oblicuos que se detallaron en el presente artículo, y pobrementemente legislada, lo que impone un llamado de atención a los operadores del derecho.

Para citar este artículo:

Tomé, Miguel Ángel, Donaciones y liberalidades atípicas en fraude a la ley. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 227-248

*Recibido: 06/10/2014*

*Enviado a árbitros: 10/10/2014*

*Aceptado: 10/11/2014*