

Donación. Distracto *

Antecedentes

- 1) *El 19 de julio de 1978, en escritura pasada al folio 358 del Registro... de esta Ciudad, la señora M. I. I. C. de W. adquirió para sí y sus hijos, entonces menores de edad, A. W., G. W., P. W., M. L. W., y R. W., en la proporción del 50% indiviso para la madre y el 10% indiviso para cada uno de sus hijos.*
- 2) *Por escritura de fecha 1º de agosto de 1991, pasada al folio... del Registro Notarial... de esta Ciudad, los señores A. W., G. W., P. W., M. L. W. y R. W. donaron a su madre, M. I. I. C. de W., la mitad indivisa de un inmueble que les pertenecía en calidad de propio y en igual proporción.*
- 3) *En escritura del 6 de abril de 1999, pasada al folio... del Registro Notarial..., a cargo del consultante, las expresadas partes rescindieron el contrato de donación.*
- 4) *Simultáneamente, en escritura pasada al folio... del citado Registro..., los titulares resultantes, como consecuencia del distracto, dispusieron a título oneroso del inmueble en cuestión.*
- 5) *Expresa el consultante que una escribana referencista, a quien no identifica, observa el título en razón de objetar la legalidad del distracto de donación formalizado, sin expresar, al menos en la consulta, los fundamentos de tal observación.*

Consideraciones

El tema planteado en la consulta guarda gran similitud con el que fuera estudiado en el expediente 16-02323-99, por la entonces Comisión Asesora de

*Dictamen elaborado por el escribano Ángel Francisco Cerávolo el 12 de mayo de 2005.

Consultas Jurídicas de esta institución, en cuyo seno se aprobara por unanimidad, en los temas coincidentes con los de estas actuaciones, el trabajo elaborado por el escribano Francisco Cerávol. Hubo, en cambio, en aquella oportunidad, diferencias de criterios respecto de la viabilidad del distracto efectuado por los herederos de una de las partes del contrato de donación, siendo dicho tema ajeno al planteado en el presente expediente; se aprobaron al respecto los agregados efectuados por la escribana Rosana Gimeno, admitiéndose la posibilidad de que el distracto fuera efectuado por los herederos de las partes involucradas en el negocio pertinente, en contra de la opinión de Cerávol.

En el recordado dictamen, aprobado por el Consejo Directivo de este Colegio en sesión del 2/8/2000, sobre la base de la recopilación de los trabajos citados, efectuada por Horacio L. Pelosi, y publicado en *Revista del Notariado* número 861, p. 193, con relación al tema coincidente con el planteado en estos actuados, se expresó:

“ Viabilidad del distracto de donación de inmueble.

I. 1. Una vez más se plantea en estas actuaciones el tema de la imperfección de título proveniente de donación a personas que no son herederas legitimarias del donante; ahora relacionado con la viabilidad o improcedencia del distracto.

I. 2. Respecto de la cuestión enunciada en primer término se ha pronunciado reiteradamente esta Comisión en sentido concordante con la jurisprudencia plenaria sentada en autos “Escary c. Pietranera” por la Cámara Civil de esta Capital (*JA*, t. 5, p. 1), cuya vigencia es incontrovertible a la luz de lo resuelto por otro plenario de la misma Cámara del 15/7/1977 (*ED*, t. 74, p. 322) y de lo preceptuado por el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 22434, t. o. decreto 1042/81).

I. 3. La doctrina que emana del fallo citado en cuanto al efecto reipersecutorio de la acción de reducción es la sostenida por la gran mayoría de nuestros tratadistas, en lo que respecta a las donaciones a favor de quienes no fueran herederos legitimarios del donante. Se ha dicho, sobre el particular, que en toda donación se halla implícita “la condición resolutoria consistente en que resulte inoficiosa a la muerte del donante”; que “el art. 3955 identifica con la expresión ‘acción de reivindicación’ a la que compete al heredero contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación pasible de reducción por afectar la legítima; por lo tanto, la reducción se efectúa en especie y no en valores; la acción de reducción disuelve el dominio transmitido por el donante, totalmente o en la medida necesaria para salvar la legítima... En sentido opuesto se sustenta que el donatario puede detener los efectos de la acción desinteresando al heredero mediante el pago de la suma necesaria para cubrir la legítima...”(Méndez Costa, María J., en *Código Civil Anotado*, Llámbias-Méndez Costa, t. V-B, art. 3601, pp. 472 y siguientes. Ver extensa bibliografía citada por la autora).

I.4. En dictamen anterior (*Revista del Notariado* 830, p. 585) colacionamos opiniones de algunos de los autores que niegan calidad de reivindicatoria a la

acción de reducción, entendiendo que se trata de una acción personal pues por ella “sólo se persigue el cobro de un crédito, no la cosa” (Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. I, n° 93, p. 268); o con otras palabras, “no tiene el carácter de acción reivindicatoria por no darse los supuestos que la caracterizan [...] se trata de una acción reintegradora patrimonial...” (Cafferata, José I., “Acciones del heredero durante el estado de indivisión”, *ED*, t. 60, p. 933); o “... no se restituye el inmueble al acervo sucesorio [...] sino que se computa su valor...” (Spota, Alberto G., “Nota a fallo”, *LL*, t. 1986-B, p. 85). En posición similar, en cuanto a la negación del carácter reivindicatorio de la acción, se ubica el pensamiento de López de Zavalía; así afirma “... se trata de una acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad, de entre las cuales, el ejemplo más relevante está dado por la acción pauliana [...] El interés es la medida de las acciones en justicia. De lo que se agravia el legitimario es del valor (arts. 1821, 1830, 3602); tenga ese valor y cese su interés. Naturalmente que esa inoponibilidad va a funcionar también frente a terceros, pues lo dice el art. 3955, por lo menos hasta allí donde otros principios detengan la persecución. Pero esto no significa que se trate de una acción reivindicatoria, pues la pauliana no es reivindicatoria y funciona frente a terceros...” (*Teoría de los Contratos*, t. II, pp. 535-539). Independientemente de señalar nuestra disidencia, cabe poner en relieve que de las palabras de este tratadista no puede, en modo alguno, deducirse que la acción conferida por la ley al heredero perjudicado en su legítima es la pauliana, reglada por el art. 961 y sigtes. de nuestro Código como con flagrante error se ha entendido por algunos colegas (Llorens, Luis R., en “Donaciones”. Sección segunda de la obra *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, por Cristina Noemí Armella, Luis Rogelio Llorens y Rubén Augusto Lamber, pp. 129 a 131). Tal interpretación vacía de contenido normas fundamentales del derecho positivo tutelares de la legítima, pues para el andamio de la mentada acción pauliana es preciso la reunión de los requisitos exigidos por el art. 962, entre ellos el de que el crédito en virtud del cual se intenta “sea de una fecha anterior al acto del deudor” (inc. 3), y parece obvio que al momento de la donación el eventual legitimario no era ni pudo ser, como tal, acreedor del donante ni del donatario. Sin embargo, no se trata de una simple inadvertencia pues, anticipándose a la observación, se reflexiona así: “... a) Que existe, por lo menos, una excepción a este principio en el art. 963 del Código... b) Que la acción de fraude protege también a los acreedores eventuales...”. Aquí vuelve a ser evidente el error, pues la justificable excepción del art. 963 corresponde a las “enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto...”, excepción que, como toda norma de ese carácter, no es pasible de interpretación analógica y mucho menos aplicable a situaciones sustancialmente distintas.

I.5. En fallos recientes de la Cámara Nacional Civil que denegaron la apertura de la sucesión del donante pretendida por personas carentes de vocación hereditaria a los fines de bonificar título proveniente de donación, o re-

chazaron la petición de declaración judicial a iguales efectos, se expresaron, entre otros, estos conceptos: "... el inmueble podría ser objeto de eventuales acciones de reducción promovidas por los hipotéticos herederos legitimarios [...] Sin embargo, no existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título ya que, de conformidad con lo dispuesto por la ley sustancial, tal extremo sólo se configurará ante el vencimiento del plazo de prescripción de la acción mencionada, cuyo cómputo se inicia a partir del fallecimiento del donante..." (Sala H, "Soncin, Zulema A.", fallo del 20/11/1996). "La vía intentada para sanear el título [...] carece de normatividad en nuestro derecho. Ante normas claras como las que consagran la acción reipersecutoria no se puede desnaturalizar [...] la misma, obligando al legitimario –si lo hubiere– a un proceder que de ninguna disposición emana" (Sala M, "Estamatti, Mirta R. s/ Sucesión". Expdte. 21273-97. Fallo del 11/8/97).

I.6. El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por decreto 685/95 (Ed. Abeledo-Perrot, abril 1999) distingue claramente las acciones que, en los supuestos de violación a la legítima, competen en los casos de donaciones a un descendiente, de las hechas a favor de otras personas. Así, conforme lo previsto en el art. 2339, la colación es la del "valor de los bienes que le han sido donados por el causante [...] dicho valor se aprecia en valores constantes, al tiempo de las donaciones"; el art. 2340, por su parte, se refiere a las donaciones inoficiosas al descendiente y establece que la colación se hará compensando "la diferencia en dinero". La acción de reducción de donaciones se regula en el art. 2402 y sigtes; dispone el art. 2403: "Si la reducción es total la donación queda resuelta...". La acción prevista es reipersecutoria, según el texto del art. 2406: "La reducción extingue con relación al legitimario los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Previa excusión de los bienes del donatario, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, así como las cosas muebles respecto de las cuales la acción no está impedida por lo dispuesto en el art. 1828". El art. 2502 reduce a dos años contados desde la muerte del causante el plazo de prescripción de las acciones de colación y reducción (inc. f).

I.7. La escritura referida [...] exige la elucidación de estos interrogantes: ¿es viable el retracto de una donación?... Un sector de la doctrina afirma que el distracto sólo es concebible en los contratos en vías de cumplimiento, en los de prestaciones sucesivas o de ejecución continuada, y de ninguna manera admisible en aquellos agotados por el cumplimiento (Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, López de Zavalía, ob. cit., t. I, p. 374; Armella, Cristina, "*Contrarius consensus*. A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación", y autores citados en ese aporte, *Revista del Notariado* 837, pp. 194 a 218.)

I.9. Es cierto que, por su misma naturaleza, es muchísimo más frecuente el distracto en los contratos de prestaciones periódicas o cuyo cumplimiento no se hubiera agotado, mas ello no autoriza la distinción que se propugna en tanto no armoniza con el texto del art. 1200 ni con el principio del que éste es mera emanación, tal como lo destaca Borda aseverando que "esta institución (la

rescisión) es una consecuencia obvia y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos, no obstante lo cual el codificador creyó oportuno establecerla expresamente en el art. 1200 C. Civil” (*Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, 3ª ed., nº 1239, p. 351).

I.10. La norma precitada contempla dos supuestos: a) la rescisión bilateral, en cuya virtud las partes pueden “extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido”; b) la revocación “por las causas que la ley autoriza”. Con relación al primero de esos supuestos, no resulta del texto ni de su espíritu –el de la soberanía de la voluntad– limitación alguna respecto del tipo de contrato. El derecho real transmitido, cuyo “retiro” se autoriza, no pudo ser sino el efecto de un negocio causal, agotado en sí mismo; ello así, la posición doctrinal que comentamos importa una injustificada restricción del ámbito de aplicación del precepto.

I.11. La tesis restrictiva no aparece contemplada en otro importante sector de la doctrina, en el que no se menciona la pretendida distinción o se la rechaza, explícita o implícitamente, entendiendo que el distracto procede, en general, en todos los contratos, opinión a la que adherimos.

I.12. En su comentario, expresa Alterini: “El distracto, ‘contrario consensus’ o ‘contrario actus’ está contemplado en el artículo 1200 del Código Civil como rescisión derivada del mutuo consentimiento [...] Conforme al texto del citado artículo 1200 del Código Civil, mediante el mero distracto las partes podrían retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, lo cual es inexacto; para ello es menester, además del acuerdo rescisorio, la tradición (art. 577, Cód. Civ.) y, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1, Cód. Civ.) y la inscripción registral (art. 2505, Cód. Civ., según ley 17.711...)” (Llambías-Alterini, *Código Civil Anotado*).

I.13. En sentido análogo se expide el *Código Civil Comentado* de Belluscio-Zannoni; se expresa en el examen del art. 1200: “Los modos de extinción de los contratos son tres: la rescisión de que se trata en este artículo [...] La rescisión deja sin efectos el contrato para el futuro en virtud del acuerdo de las partes [...] La rescisión bilateral o distracto es el acto jurídico bilateral y patrimonial de carácter extintivo, o sea que el distracto es un acto jurídico mediante el cual se deja sin efecto un contrato; como tal requiere el mutuo consentimiento [...] También en este caso los efectos operan hacia el futuro, sin que se alteren los efectos ya producidos [...] Los efectos del acto extintivo se producen ‘ex nunc’, o sea hacia el futuro. En consecuencia, los actos ya ejecutados, en los contratos de tracto sucesivo quedan firmes [...] En los demás casos, las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente lo que hayan recibido en virtud del acto extinguido. En los contratos que tienen por objeto derechos reales no basta el mero distracto para que se desplace nuevamente a nombre del anterior titular el derecho real; es necesario cumplir con la tradición y la inscripción.

I. 14. Con referencia al mismo precepto escribe Zannoni: “La disposición legal alude a los contratos, aunque en verdad es aplicable a los negocios o actos jurídicos en general en tanto sean bilaterales, esto es actos jurídicos para

cuya formación se requiere el consentimiento de dos o más personas [...] Ello es así, en tanto el distracto es un acto también bilateral extintivo que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento, lo otorgaron [...] El distracto implica la ineficacia sobrevenida del negocio en virtud del reconocimiento de la autonomía privada: lo que el ‘consensus’ puede hacer, el contrario ‘consensus’ puede destruir, señala López de Zavalía. Obviamente, en este supuesto la ley no indaga acerca de las determinantes subjetivas de los sujetos del negocio que, por su decisión concordante, resuelven destituir de eficacia al negocio. En este ámbito opera el reconocimiento de la voluntad negocial que, del mismo modo que puede vincular a los sujetos, puede desvincularlos de la relación previamente establecida” (Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, 1ª reimpression, p. 128).

I.15. En erudito aporte, Farina se pronuncia en los siguientes términos: “El mutuo disenso se funda en el principio de que lo que el contrato produce, el distracto puede dejar sin efecto, por la recíproca conveniencia de las partes, debido a intereses sobrevinientes [...] En principio, todos los contratos son susceptibles de mutuo disenso, inclusive los contratos reales. La rescisión por mutuo disenso no constituye una renuncia [...] y se produce sin necesidad de pronunciamiento judicial, por la sola voluntad de las partes [...] La rescisión produce la extinción de las obligaciones y de los derechos reales que el contrato rescindido había hecho nacer, pero no retroactivamente sino sólo para el futuro, ‘ex nunc’. Como consecuencia, tratándose de un contrato de ejecución continuada o periódica, la rescisión no perjudica lo que ha sido ejecutado. Por otra parte, los derechos del tercero subadquirente, adquiridos antes de la rescisión, quedan inalterables” (Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos*, pp. 20-21 y 32).

I.16. En el estudio del tema de las vicisitudes extintivas del negocio jurídico, Cariota Ferrara plantea este interrogante: “¿se opera y se puede operar sobre el negocio, como tal, o se opera y se puede operar sobre los efectos del mismo, es decir, sobre la relación o, en general, sobre la situación que de él deriva?”; para concretar así sus conclusiones: “las partes pueden obrar directamente sobre el negocio, aboliéndolo”; en cita a pie de página expresa: “Para una amplia figura de actos y negocios dirigidos contra actos y negocios precedentes, de forma magnífica, recientemente, Carnelutti, en *Foro it.*, 1937, IV, p. 99, que configura la ‘destrucción’ (destruir es lo contrario de construir) [...] El *contrarius consensus* o *contrarius dissensus* es precisamente el acuerdo de las partes con objeto de que un contrato celebrado entre ellas quede suprimido; este resultado, perseguido por las partes, que es la destrucción del negocio precedente, debe considerarse dotado de valor jurídico en el ordenamiento. La objeción fundamental opuesta a la solución positiva que acogemos, por lo demás sostenida por la doctrina dominante, no parece decisiva, pues que el contrato en cuestión no puede tener eficacia retroactiva, incluso contra los terceros, no es argumento del que deba deducirse la imposibilidad lógica o jurídica de que las partes extingan un contrato precedente, ya que éste se encuentra ligado a la tutela de los terceros y al principio de que los contratos, general-

mente, tienen efecto sólo entre las partes, de donde se sigue que no es posible que las partes destruyan, a través de la destrucción del negocio, los efectos que ya se han producido para los terceros o aquellos sobre los que se fundamentan posteriores efectos para dichos terceros (piénsese en un contrato abolutivo de un contrato a favor de tercero y realizado después de la declaración de éste de querer beneficiarse de la estipulación [...] o piénsese en un contrato entre A y B abolutivo, posterior a la venta que del mismo objeto, tuvo lugar entre B y C). Por lo demás, por qué negar una retroactividad real dentro de los límites en los que beneficie y no perjudique a un tercero (Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albaladejo, pp. 573 a 575).

I.17. Hay coincidencia doctrinal en destacar que los efectos de la rescisión se producen *ex nunc*, es decir, para el futuro; ello es lo normal. No obstante, se admite que las partes pueden, por declaración expresa, acordar al retracto efectos retroactivos, obviamente sin perjuicio de terceros por la simple aplicación del principio *res inter alios acta*, universal en el Derecho, consagrado por el art. 1199 de nuestro Código.

I.18. En suma: si el art. 1200 del Código Civil se interpreta correctamente como una de las tantas aplicaciones del principio rector de la autonomía de la voluntad, cuyo espíritu lo insufla; si las partes pueden extinguir las obligaciones que nacen de los contratos y retirar los derechos reales transmitidos; si, inclusive, pueden pactar expresamente que esa extinción se produzca con efectos retroactivos, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, a salvo los derechos de terceros; si esta conducta no viola norma imperativa alguna de nuestro derecho positivo; si todo ello es así, no parece razonable la distinción que se pretende entre contratos de prestaciones sucesivas y contratos agotados por ejecución de las respectivas prestaciones. El distracto, en tanto querido libremente y declarado en forma explícita, puede importar, con los alcances que le acuerda la coincidente voluntad de las partes, la abolición –no la inexistencia– del contrato precedente. Es el distracto, en definitiva, un contrato extintivo del anterior celebrado por las mismas partes, como en textos inequívocos se consagra en las legislaciones modernas; así, v. g. en el Código Civil italiano, art. 1372: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto (en su idioma, “*sciolto*”) sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley. El contrato no produce efecto respecto de terceros más que en los casos previstos por la ley”; art. 1321: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” (*Il Nuovo Codice Civile Italiano*. Anotaciones y concordancias a cargo de Francesco Bartolini, Ed. La Tribuna, Piacenza, 1999). La misma línea se adopta en el nuevo Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, citado más arriba; el Capítulo XII, Título II del Libro IV trata de la extinción, modificación y adecuación del contrato; su art. 1039 prescribe: “Sin perjuicio de lo que se dispone respecto de los actos jurídicos en general, los contratos se extinguen: [...] c) Por rescisión bilateral...”; el art. 1040 expresa: “El contrato puede ser extinguido, por rescisión bilateral, mediante otro que tenga ese objeto. Esta ex-

tinción, salvo estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro, y en todo caso no afecta el derecho de terceros”.

I.19. En tiempos recientes se han esgrimido otros argumentos para embair contra la posibilidad del distracto de la donación; así se ha dicho que “recurrir al distracto para obtener la pretendida bonificación, implica el otorgamiento de un contrato de objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 953 del Código Civil y con la noción de causa que hemos aceptado” (di Castelnuovo, Gastón R., “La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a extraños”, *Revista Notarial* N° 926, pp. 41 y sigtes.). No puede compartirse afirmación tal. Más allá de la añeja discusión doctrinal entre causalistas y anticausalistas, parece fuera de toda discusión que nuestro Código ha adoptado la doctrina clásica, es decir, la tesis que considera a la causa como elemento del contrato. La noción de causa ha dividido a la doctrina; para los partidarios de la tesis objetiva, la causa se define como “la función práctico-social del negocio reconocida (se comprende que en general y preventivamente) por el Derecho, es decir, la función que aquél objetivamente tiene y que el Derecho, como tal sanciona y reconoce; precisamente porque reconocida por el Derecho, la función práctico-social puede constituir la propia razón del negocio jurídico” (Cariota Ferrara, ob. cit., p. 489). En la misma corriente se ha sostenido que la causa “es la razón económico-jurídica del acto en el sentido de fin típico por el cual el negocio recibe la tutela legal”, y también “la causa tiene relieve por servir para limitar la autonomía de la voluntad: el legislador no establece la protección del ordenamiento jurídico si no se sabe previamente para qué han dado las partes su consentimiento y, además, si no se conoce que tal consentimiento se dirige a un fin lícito” (Stolfi, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*. Trad. y notas de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 40-41). En la tesis subjetiva, “causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar; razón directa y concreta de la celebración del acto y, precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla” (Borda, ob. cit., n° 847, p. 85).

I.20. Definido el concepto de causa, la “razón económico-jurídica”, la “función práctico-social” o el “fin inmediato y determinante” del distracto aparecen claramente: la rescisión de la donación con el fin de reintegrar al donante el dominio de lo donado. No se advierte dónde se halla el precepto legal o cuál es la regla moral que supuestamente se violaría. Cabe, todavía, recordar que, en buena doctrina, se diferencia la causa de los motivos que llevan a contratar; la primera –dice Borda– es el fin inmediato, directo y concreto que ha determinado la celebración del acto; los motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto [...] estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. Es claro que un motivo puede ser elevado a la categoría de causa, si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento que él” (ob. cit., n° 848, pp. 85-86). De todas maneras –agregamos– el motivo que adquiriera esa calidad de causa debería ser ilícito o inmoral para

determinar la nulidad del acto. El motivo del retracto de la donación –que no es necesario expresar– puede ser el cambio de las circunstancias económico-sociales de donante y donatario o de uno de ellos; la intención del donatario de liberarse de la obligación alimentaria; la existencia, en la realidad, de una causa de revocación de la donación que las partes, de común acuerdo, evitan exteriorizar, etcétera.

I.21. La bonificación del título puede ser efecto del distracto; no su causa-fin; no descartamos que pueda ser uno de los motivos, en cuyo caso sólo como tal debería juzgarse; cabe aún preguntar –si cupiera– ¿por qué sería ilícito o inmoral?

I.22. Otra de las críticas que se formulan consiste en aseverar que el distracto de la donación implica un nuevo contrato de donación por juzgárselo un contrato también unilateral y gratuito. (Armella, Cristina N., “Contrarius consensus”, *Revista del Notariado* 837, pp. 193 a 212; di Castelnuovo, Gastón R., op. cit.). Al respecto reiteramos que la causa-fin del distracto es la abolición o extinción del precedente contrato; si se trata del distracto de donación de inmuebles las partes quieren la extinción de ese contrato y, en la terminología del Código, el “retiro” (retransmisión) del derecho real de dominio que se transmitió, y de ninguna manera entienden celebrar, ni celebran, un nuevo contrato de donación; ello, con abstracción de los motivos. Si el donatario nada recibe en el negocio jurídico consistente en la rescisión bilateral es porque, en todo caso, nada dio en el momento de la celebración del contrato precedente. Si se siguiera el criterio que ve en el distracto de la donación un nuevo contrato de ese tipo, habría que concluir que la rescisión bilateral de una compraventa implica un nuevo contrato de compraventa, o en la hipótesis del distracto de una permuta existe un nuevo contrato de permuta, conclusión que no tiene asidero en nuestro régimen jurídico. Para aclarar, ejemplifiquemos: “B” compra una máquina a “N”; paga el precio y recibe la cosa; típico contrato de compraventa con prestaciones recíprocas cumplidas; posteriormente, por los motivos que fueran, las partes deciden rescindir el contrato reintegrándose esas recíprocas prestaciones; ¿puede, en rigor, afirmarse que hay otro contrato de compraventa por el que “N” le compra a “B” la misma máquina que le vendió, recibéndola y pagando el mismo precio? Podrían darse otros ejemplos, tales como el de un boleto de compraventa de inmueble –“contrato de promesa de contrato de compraventa inmobiliaria”, en la definición de Molinario–, concluido y agotado como tal, que las partes acuerdan rescindir por mutuo consentimiento; ¿hay, en tal caso, otro boleto de compraventa en el que las partes cambian las respectivas posiciones de prometediente vendedor y prometediente comprador? El distracto es simplemente rescisión del contrato que le dio origen; contrato atípico, figura jurídica autónoma, “categoría de negocios caracterizados sólo por el hecho de que se realizan para neutralizar los efectos producidos por un contrato precedente contra el cual se dirigen...”, en palabras de Dejana (citado por Cariota Ferrara en su obra, p. 575). La gratuidad del distracto es, en todo caso, consecuencia natural de la gratuidad de la donación, del mismo modo que la onerosidad del distracto de una compraven-

ta es corolario lógico de la onerosidad de ésta, sin que pueda, en ambos supuestos, aseverarse la existencia de una nueva donación o una nueva compraventa. Lo dicho, en tanto, en la realidad, la atribución patrimonial consecuente al distracto pueda calificarse como gratuita, pues que lo sea, o no, depende del juzgamiento del caso particular; adviértase que puede darse el caso de que el valor de la obligación alimentaria que se impone al donatario en la donación sin cargo (art. 1837) sea equivalente y aun superior al de la cosa donada, en cuyo supuesto ha de calificarse el distracto como contrato oneroso.

I.23. Sentada la premisa de la, en general, gratuidad del distracto de la donación gratuita, no cabe deducir de ella que hay otra donación en la que el donatario es donante y viceversa; se trata, insistimos, de un contrato atípico, que tiene por objeto extinguir un contrato precedente. Entendemos que, a todo evento, no procedería la acción reipersecutoria del art. 3955 del Código Civil que pudiera intentar un heredero forzoso del donatario fundado en la gratuidad de la rescisión de la donación gratuita, libremente querida por el causante.

I.24. Por último, se ha pretendido algo así como sentar una presunción doctrinal de simulación del distracto de la donación en los siguientes términos: “En general, el distracto es seguido de un contrato simulado o, lo que es peor, el propio distracto es simulado” (Armella, op. cit., p. 212). No puede aceptarse tal afirmación, apriorística, generalizada y huérfana de sustento lógico y jurídico. Acotamos: la simulación puede darse en la donación, en el distracto, tanto como en cualquier otro negocio jurídico bilateral o unilateral; no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (art. 957); no puede oponerse al sucesor singular de buena fe, es decir, al que desconocía el carácter simulado del acto que servía de antecedente a su derecho; debe ser alegada y probada por quienes resultaran perjudicados; compete al juez de la causa apreciar la prueba producida y decidir, en su caso, la anulación del acto.

I.25. Desechados así los argumentos esgrimidos en contra de la viabilidad del distracto en las donaciones, sintetizamos nuestra opinión: el distracto es un contrato atípico, abolutivo del propio contrato precedente entre las mismas partes; ello, naturalmente, sin perjuicio de terceros. Por aplicación del principio universal de la autonomía privada, en tanto receptado y sancionado por el ordenamiento jurídico es viable, en general, respecto de todos los contratos y, en consecuencia, respecto del contrato de donación de inmueble; es título causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del artículo 2602 del Código Civil; instrumentado en escritura pública (art. 1184), precedido o seguido por la tradición (art. 577) e inscripto en el respectivo registro (art. 2505), hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera el trasmitente; producido ese efecto, en el caso del distracto de la donación desaparece la posibilidad de la eventual acción de reducción. Reiteramos, de esta manera, la opinión vertida en dictamen aprobado por el Consejo Directivo del Colegio en sesión del 9 de septiembre de 1992 (expdte. Consulta escribano M. Z.), coincidente, en punto a la procedencia del retracto de la compraventa inmobiliaria, con nuestro dictamen publicado en

Revista Notarial, año 1966, N° 767, p. 1238, y con el producido por los escribanos Julio E. Martínez Perri y Horacio E. Fontenla, casi contemporáneamente (*Revista del Notariado* N° 690, año 1966, pp. 1502 y sigtes.).

Las consideraciones transcriptas son compartidas por el suscripto y resultan totalmente aplicables al caso en consulta.

II. En concordancia absoluta con lo expuesto, en reciente sentencia (que aún no se encuentra firme) dictada en noviembre de 2004, en autos caratulados “Portillo, Mariana c/ Queglas, Alberto Jorge y otro s/ Rescisión de Contrato” se expresó: “En primer término corresponde señalar que se considera imperfecto el título proveniente de una donación cuando, como en el caso, la misma no fue realizada a herederos legitimarios del donante. Ello a la luz de lo dispuesto por dicho artículo (3955) el que establece que ‘La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes del inmueble comprendido en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante [...] es decir que el donatario adquiere un dominio imperfecto, entendiéndose por tal el derecho real revocable de una persona sobre una cosa propia sea mueble o inmueble (art. 2661) [...] Es que la donación efectuada a quien no resulta ser heredero legitimario del donante está sujeta al efecto reipersecutorio de la acción de reducción ya que puede resultar inoficiosa a la muerte de aquél. Ello en virtud de la doctrina que emana del fallo plenario de la Cámara Civil ‘Escari, José y otra c/ Pietranera, Tancredi’ del 11/6/1912 [...] El distracto, ‘contrarius consensus’, ‘contrarius disensus’ o ‘contrarius actus’, está contemplado en el art. 1200 como rescisión derivada del ‘mutuo consentimiento’. Siendo característica de ella su operatividad para el futuro (‘ex nunc’) (Conf. Jorge J. Llambías-Atilio A. Alterini, *Código Civil Anotado*, t. III A, *Contratos*, pp. 167 y sgtes). Según Zannoni se trata de un negocio o acto jurídico bilateral extintivo (por definición) ‘que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento lo otorgaron (*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 128), estableciendo que la rescisión siempre opera hacia el futuro, sin perjuicio de los derechos de terceros (ob. cit, p. 130). Teniendo en cuenta el referido carácter de ‘acto jurídico bilateral extintivo’ puede afirmarse que el distracto no constituye una nueva donación –como sostiene parte de la doctrina–, sino que por el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de una causa que las partes pueden expresar –como en el caso– o no, deciden de mutuo acuerdo retirar los derechos reales que hubieran transferido. Conforme al texto del art. 1200, mediante el mero distracto las partes podrían ‘retirar los derechos reales que se hubiesen transferido’, lo cual es inexacto; para ello es menester además del acuerdo rescisorio, la tradición (art. 577) y, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1º) y la inscripción registral (art. 2505) (conf. Llambías-Alterini, ob. cit., pág. cit.). Encontrándose cumplidos en el caso en examen con todos los recaudos precedentemente explicitados, sumado a ello que se exteriorizó en la escritura de revocación el motivo por el cual la misma se efectuaba, fundamentos que a la luz de lo expuesto resultan razonables y lícitos, ya

que resulta plausible que al querer disponer del bien la donataria, en virtud del carácter de inoficiosa de la donación se viera impedida de hacerlo, al advertir los eventuales compradores tal circunstancia; cabe concluir que el título se encuentra bonificado, revistiendo el carácter de título perfecto, por haber cesado toda posibilidad de reivindicación por efecto del distracto de la donación. Al haber reingresado la porción indivisa del inmueble en el patrimonio del transmitente y no revistiendo aquel –como señalara– el carácter de una nueva donación de parte de la donataria, desapareció la posibilidad del eventual ejercicio de una acción de reducción; procediendo el rechazo de la demanda por rescisión fundada en la imperfección del título...” (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 15, Secretaría Única, fallo de noviembre de 2004 no firme).

III. En el caso en consulta, por escritura del 6 de abril de 1999, pasada al folio... del Registro Notarial..., a cargo del consultante, la señora M. I. I. C. de W. y sus hijos, los señores A. W., G. W., P. W., M. L. W. y R. W. rescindieron la donación que éstos le habían efectuado a aquélla por escritura de fecha 1º de agosto de 1991, pasada al folio... del Registro Notarial... de esta Ciudad, con relación a la mitad indivisa del departamento designado como Unidad Funcional Nueve, ubicado en el cuarto piso del edificio sito en esta Ciudad, con frente a la calle A..., esquina la calle J. Á. Se expresó en dicha escritura de distracto que “en ejercicio del derecho que les acuerda el artículo 1200 del Código Civil, por mutuo acuerdo resuelven rescindir la donación efectuada...”. Con causa en dicho distracto, las partes se retransmitieron el dominio y, según sus expresiones, se habrían hecho tradición del referido inmueble.

No existió, en dicho acto y según la clara voluntad de las partes, una nueva donación, sino una abolición por mutuo consentimiento del contrato de donación efectuado el 1º de agosto de 1991.

Por lo demás, es de destacar que en el caso planteado en esta consulta, aun de considerarse por vía de hipótesis que el distracto fuera una nueva donación (postura que rechazamos), se habría tratado de una liberalidad a favor de los herederos forzosos (por el distracto la madre le trasmite a sus hijos) que, eventualmente, sería pasible de una acción de colación (que operaría en valores y no en especie) y no de reducción, por lo que no cabría acción reivindicatoria alguna. Tampoco cabría dudar de la “bonificación” operada con el distracto de la donación, aun en la hipótesis del criterio doctrinario que rechazamos, puesto que el inmueble habría vuelto a cabeza de los primitivos donantes, a título gratuito, obstando toda acción reipersecutoria de reducción por parte de los eventuales herederos de esos donantes.

IV. Conclusiones

- El distracto es un contrato atípico, extintivo del contrato precedente entre las mismas partes o, si se quiere, de los efectos del mismo, inclusive retroactivamente, si así se pactara en forma expresa; ello, sin perjuicio de terceros; es posible, en general, con relación a todos los contratos y, por tanto, respecto de la donación de inmuebles; es título causa suficiente para la transmi-

sión del dominio en los términos del art. 2602 del Código Civil; instrumentado en escritura pública, seguida o precedida de la tradición, e inscrita en el Registro, hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera el transmitente; producido ese efecto, en el caso del distracto de la donación, cesa la posibilidad de una eventual acción de reducción (del dictamen de Francisco Cerávolo relacionado).

- El contrato de distracto celebrado en escritura del 6 de abril de 1999, pasada al folio... del Registro Notarial..., por el cual se dejara sin efecto la donación de los hijos a la madre, tuvo la virtualidad de hacer cesar la imperfección del título en cuestión, motivada en la posibilidad de la procedencia de una acción de reducción con causa en la eventual inoficiosidad de la donación instrumentada en la escritura del 1º de agosto de 1991.